S 36 BA 104/21 ER

Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	Berlin-Brandenburg
Sozialgericht	Landessozialgericht Berlin-Brandenburg
Sachgebiet	Krankenversicherung
Abteilung	4.
Kategorie	Beschluss
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	Betriebsprüfung Verletzung der Aufzeichnungspflicht Summenbescheid unverhältnismäßiger Aufwand Schätzung Schwarzarbeit
Leitsätze	Auch wenn der Arbeitgeber Aufzeichnungspflichten verletzt hat und im Verwaltungsverfahren keine für die Feststellungen zu Versicherungspflicht und Beitragshöhe erforderlichen konkreten Angaben macht, stellt es für den Träger der Rentenversicherung keinen unverhältnismäßigen Aufwand i.S.v. § 28f Abs. 2 Satz 2 SGB IV dar, Beschäftigte des Arbeitsgebers einmalig zu befragen, deren Name und Beschäftigungszeiträume, teilweise auch deren Anschriften ihm aufgrund eigener Daten bekannt waren oder durch eine Einsicht in die Ermittlungsakten, gegebenenfalls ergänzt durch einfache Nachfragen bei darin genannten weiteren Behörden, hätten in Erfahrung gebracht werden können.
Normenkette	SGB IV § 28 a SGB IV § 28 f SGB IV § 28 p

	SGB X § 21
	SGG § 86 b

1. Instanz

Aktenzeichen	S 36 BA 104/21 ER
Datum	25.05.2021

2. Instanz

Aktenzeichen	L 4 BA 28/21 B ER
Datum	07.06.2022

3. Instanz

Datum	-

Â

Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Sozialgerichts Berlin vom 25. Mai 2021 geÃ¤ndert. Die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage gegen den Bescheid vom 18. Februar 2021 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 3. Juni 2021 wird angeordnet, soweit BeitrÃ¤ge zur Sozialversicherung sowie SÃ¤umniszuschlÃ¤ge fÃ¼r die Zeit vom 1. Dezember 2015 bis zum 30. April 2017 nachgefordert werden. Im Ãbrigen wird die Beschwerde zurÃ¼ckgewiesen.

Â

Die Kosten des Verfahrens werden hinsichtlich beider RechtszÃ¼ge von der Antragsgegnerin zu zwei Dritteln und von der Antragstellerin zu einem Drittel getragen.

Â

Der Streitwert wird auf 69.512,94 EUR festgesetzt.

<u>GrÃ¼nde</u>

Â

Die am 4. Juni 2021 eingegangene Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Sozialgerichts Berlin vom 25. Mai 2021 ist zulÃ¤ssig und im tenorierten Umfang begrÃ¼ndet. Zu Unrecht hat das Sozialgericht das Begehren der Antragstellerin vollstÃ¤ndig abgelehnt, die aufschiebende Wirkung ihres Widerspruches gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 18. Februar 2021 anzuordnen, mit welchem gegen die Antragstellerin als Betreiberin der CafÃ©s

â□□Kâ□□ und â□□Lâ□□ Nachforderungen zur Sozialversicherung fÃ¼r die Zeit vom 1. Dezember 2015 bis zum 31. Dezember 2017 in einer GesamthÃ¶he von 139.025,88 EUR festgesetzt wurden, wovon 94.141,38 EUR auf Beitragsforderungen und 44.884,50 EUR auf SÃ¤umniszuschlÃ¤ge entfallen. Nach Erlass des zurÃ¼ckweisenden Widerspruchsbescheides vom 3. Juni 2021 und anschlieÃ□ender Klageerhebung mÃ¶chte die Antragstellerin im Beschwerdeverfahren erreichen, dass der Senat den angefochtenen Beschluss aufhebt und die aufschiebende Wirkung der erhobenen Anfechtungsklage gegen den Bescheid vom 18. Februar 2021 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 3. Juni 2021 anordnet.

Â

Der Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz ist gemÃ¤Ã□ Â§ 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) zulÃ¤ssig. Denn Widerspruch und Anfechtungsklage haben gemÃ¤Ã□ Â§ 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG keine aufschiebende Wirkung, wenn â□□ wie im vorliegenden Fall â□□ BeitrÃ¤ge einschlieÃ□lich der darauf entfallenden Nebenkosten nachgefordert werden.

Â

Der Antrag ist auch begrÃ¼ndet, soweit BeitrÃ¤ge zur Sozialversicherung sowie SÃ¤umniszuschlÃ¤ge fÃ¼r die Zeit vom 1. Dezember 2015 bis zum 30. April 2017 nachgefordert werden. Insoweit Ã¼berwiegt das Aussetzungsinteresse der Antragstellerin das Vollziehungsinteresse der Antragsgegnerin.

Â

Aus dem bereits vom Gesetzgeber grundsÃ¤tzlich geregelten Vorrang des Vollziehungsinteresses folgt zugleich, dass regelmÃ¤Ã□ig nur solche Zweifel an der RechtmÃ¤Ã□igkeit des Bescheides ein Ã¼berwiegendes Interesse an der aufschiebenden Wirkung begrÃ¼nden kÃ¶nnen, die einen Erfolg des Rechtsbehelfs als zumindest Ã¼berwiegend wahrscheinlich erscheinen lassen. Insoweit mÃ¼ssen ernstliche Zweifel an der RechtmÃ¤Ã□igkeit des angegriffenen Verwaltungsakts bestehen, um entgegen dem Regel-Ausnahme-VerhÃ¤ltnis des Gesetzgebers das Aussetzungsinteresse hÃ¶her zu gewichten. Umgekehrt sind die Anforderungen an die Erfolgsaussichten geringer, je schwerer die angefochtene Entscheidung wirkt. Insofern ist neben den wirtschaftlichen VerhÃ¤ltnissen in die AbwÃ¤gungsentscheidung auch einzustellen, ob die Vollziehung fÃ¼r den Abgaben- oder Kostenpflichtigen eine unbillige, nicht durch Ã¼berwiegende Ã¶ffentliche Interessen gebotene HÃ¤rte zur Folge hÃ¤tte (Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 15. Januar 2021, L 28 BA 68/20 B ER, Rn. 2; hier und nachfolgend alles zitiert nach JURIS).

Â

Nach der in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes regelmÃ¤Ã□ig nur mÃ¶glichen und gebotenen summarischen PrÃ¼fung bestehen ernstlichen Zweifel an der RechtmÃ¤Ã□igkeit des angefochtenen Bescheides hinsichtlich der BeitrÃ¤ge

und SÃ¤umniszuschlÃ¤ge fÃ¼r die Zeit vom 1. Dezember 2015 bis zum 30. April 2017. BezÃ¼glich der Zeit vom 1. Mai 2017 bis zum 31. Dezember 2017 ist der angefochtene Bescheid jedoch rechtmÃ¤Ãig.

Â

Er wurde in Ãbereinstimmung mit Â§Â 24 Abs.Â 1 des Zehnten Buches des Sozialgesetzbuches (SGB X) nach vorheriger schriftlicher AnhÃ¶rung erlassen. Hierbei wurde der Antragstellerin nochmals die MÃ¶glichkeit eingerÃ¤umt, fÃ¼r alle Arbeitnehmer vollstÃ¤ndige und prÃ¼ffÃ¤hige Entgeltaufzeichnungen und sonstige sozialversicherungsrechtlich relevante Unterlagen vorzulegen.

Â

Die Rechtsgrundlage des angefochtenen Bescheides kann nur in Â§ 28p Abs. 1 Satz 1 und Satz 5 des Vierten Buches des Sozialgesetzbuches (SGB IV) liegen. Danach prÃ¼fen die TrÃ¤ger der Rentenversicherung bei den Arbeitgebern, ob diese ihre Meldepflichten und ihre sonstigen Pflichten nach dem SGB IV, die im Zusammenhang mit den GesamtsozialversicherungsbeitrÃ¤gen stehen, ordnungsgemÃ¤Ã erfÃ¼llen; sie prÃ¼fen insbesondere die Richtigkeit der Beitragszahlungen und der Meldungen (Â§ 28a SGBÂ IV) mindestens alle vier Jahre. Die TrÃ¤ger der Rentenversicherung erlassen im Rahmen der PrÃ¼fung Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und BeitragshÃ¶he in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der ArbeitsfÃ¶rderung einschlieÃlich der Widerspruchsbescheide gegenÃ¼ber den Arbeitgebern.

Â

Dem angefochtenen Bescheid steht nicht entgegen, dass die Antragsgegnerin keine BetriebsprÃ¼fung bei der Antragstellerin vor Ort vorgenommen hat. Sie durfte das Ergebnis der vom Hauptzollamt durchgefÃ¼hrten Ermittlungen zu Grunde legen und auf dieser Grundlage die PrÃ¼fung nach Â§ 28p SGB IV durchfÃ¼hren und durch Verwaltungsakt abschlieÃen. Das Gesetz schreibt in Â§Â 28p SGB IV keinen zwingenden Ort fÃ¼r die DurchfÃ¼hrung der BetriebsprÃ¼fung vor. Die BehÃ¶rde bestimmt nach den Â§Â§Â 20 Abs.Â 1 SatzÂ 2, 21 Abs.Â 1 SatzÂ 1 SGB X Art und Umfang der Ermittlungen und nach ihrem pflichtgemÃ¤Ãen Ermessen die Beweismittel. Reichen die vom Hauptzollamt ermittelten UmstÃ¤nde aus, kann sie sich hierauf beschrÃ¤nken und die BetriebsprÃ¼fung mit einem PrÃ¼fungsbescheid abschlieÃen (Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 19. Februar 2021, L 28 BA 2/21 B ER, Rn. 18; Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 3. MÃ¤rz 2021, L 8 BA 36/20 B ER, Rn. 25; Landessozialgericht Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 27. Oktober 2020, L 7 BA 15/19 B ER, Rn. 59; Landessozialgericht Baden-WÃ¼rttemberg, Urteil vom 29. Juni 2017, L 10 R 592/17, Rn. 19 ff.; SÃ¤chsisches Landessozialgericht, Urteil vom 22. April 2016, L 1 KR 228/11, Rn. 31).

Â

Dass die Antragsgegnerin den angefochtenen Bescheid als sogenannten Summenbescheid nach Â§ 28f Abs. 2 Satz 1 bis Satz 4 SGB IV erlassen hat, ist nur hinsichtlich der Zeit vom 1. Mai 2017 bis zum 31. Dezember 2017 rechtmÃ¤Ãig. Nach dieser Vorschrift kann der prÃ¼fende RentenversicherungstrÃ¤ger den Beitrag in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung und zur ArbeitsfÃ¶rderung von der Summe der vom Arbeitgeber gezahlten Arbeitsentgelte geltend machen, wenn ein Arbeitgeber die Aufzeichnungspflicht nicht ordnungsgemÃ¤Ã erfÃ¼llt und dadurch die Versicherungs- oder Beitragspflicht oder die BeitragshÃ¶he nicht festgestellt werden kÃ¶nnen.Â Das gilt aber nicht, soweit ohne unverhÃ¤ltnismÃ¤Ãig groÃen Verwaltungsaufwand festgestellt werden kann, dass BeitrÃ¤ge nicht zu zahlen waren oder Arbeitsentgelt einem bestimmten BeschÃ¤ftigten zugeordnet werden kann.Â Soweit der prÃ¼fende TrÃ¤ger der Rentenversicherung die HÃ¶he der Arbeitsentgelte nicht oder nicht ohne unverhÃ¤ltnismÃ¤Ãig groÃen Verwaltungsaufwand ermitteln kann, hat er diese zu schÃ¤tzen.Â Dabei ist fÃ¼r das monatliche Arbeitsentgelt eines BeschÃ¤ftigten das am BeschÃ¤ftigungsort ortsÃ¼bliche Arbeitsentgelt mitzuberÃ¼cksichtigen.

Â

Die Regelung des Â§ 28f Abs. 2 Satz 1 SGB IV erÃ¶ffnet eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass die Feststellung der Versicherungspflicht und BeitragshÃ¶he im PrÃ¼fbescheid personenbezogen zu erfolgen hat (Bundessozialgericht, Urteil vom 16. Dezember 2015, B 12 R 11/14 R, Rn. 18; Urteil vom 7. Februar 2002, B 12 KR 12/01 R, Rn. 19). Die Regelung bezweckt, Einnahmeverluste der Sozialkassen infolge einer Verletzung der Aufzeichnungspflicht zu vermeiden und auszuschlieÃen, dass Arbeitgeber mittels einer Aufzeichnungspflichtverletzung Wettbewerbsvorteile erlangen kÃ¶nnten (vgl. Bundessozialgericht, Urteil vom 7. Februar 2002, B 12 KR 12/01 R, Rn. 18; Werner, in Schlegel/Voelzke, SGB IV, Stand Februar 2022, Â§Â 28f Rn. 43).

Â

Die Voraussetzungen fÃ¼r einen Summenbescheid unterliegen der vollen gerichtlichen ÃberprÃ¼fung (vgl. Bundessozialgericht, Urteil vom 7. Februar 2002, B 12 KR 12/01 R, Rn. 28). MaÃgeblich ist hierbei die Sach- und Rechtslage bei Erlass der letzten behÃ¶rdlichen Entscheidung, hier also bei Erlass des Widerspruchsbescheides. Einer spÃ¤teren Ãnderung der Sachlage ist nach den allgemeinen Regeln nicht durch eine Aufhebung des angefochtenen frÃ¼heren Bescheides im Wege der Anfechtungsklage, sondern allenfalls durch dessen teilweisen Widerruf Rechnung zu tragen (Bundessozialgericht, Beschluss vom 4. April 2018, B 12 R 38/17 B, Rn. 38-39; Urteil vom 7. Februar 2002, B 12 KR 12/01 R, Rn. 28).

Â

Die Antragstellerin hat ihre Aufzeichnungspflicht hinsichtlich der Zeit vom 1. Mai 2017 bis zum 31. Dezember 2017 nicht ordnungsgemÃ¤Ã erfÃ¼llt (Â§ 28f Abs. 2 Satz 1 SGBÂ IV). Ein Arbeitgeber hat gemÃ¤Ã Â§ 28f Abs. 1 Satz 1 SGB IV fÃ¼r

jeden BeschÃ¤ftigten, getrennt nach Kalenderjahren, Entgeltunterlagen im Geltungsbereich des SGB IV in deutscher Sprache zu fÃ¼hren und bis zum Ablauf des auf die letzte PrÃ¼fung (Â§ 28p SGB IV) folgenden Kalenderjahres geordnet aufzubewahren. Dabei steht einer unzureichenden oder fehlenden Dokumentation sowohl eine Nichtvorlage gegebenenfalls ordnungsgemÃ¤Ã gefÃ¼hrter Aufzeichnungen als auch eine unterbliebene Mitwirkung gleich (Bundessozialgericht, Urteil vom 4. September 2018, B 12 R 4/17 R, Rn. 21). Auf ein Verschulden des Arbeitgebers kommt es nicht an (Bundessozialgericht, Urteil vom 16. Dezember 2015, B 12 R 11/14 R, Rn. 55; Urteil vom 7. Februar 2002, B 12 KR 12/01 R, Rn. 22).

Â

Nach diesen MaÃgaben wurde hier die Aufzeichnungspflicht dadurch verletzt, dass die Antragstellerin Â keine vollstÃ¤ndigen Entgeltaufzeichnungen bezÃ¼glich sÃ¤mtlicher Mitarbeiter fÃ¼r die Zeit vom 1. Mai 2017 bis zum 31. Dezember 2017 vorlegte. Als Ergebnis der Ermittlungen durfte die Antragsgegnerin hier zum maÃgeblichen Zeitpunkt des Widerspruchsbescheides festhalten, dass die CafÃ©s der Antragstellerin jedenfalls ab dem 1. Mai 2017 regelmÃ¤Ãig an allen Tagen der Woche durchgehend 24 Stunden geÃ¶ffnet waren und im Drei-Schicht-System mit jeweils mindestens einem Mitarbeiter je Schicht betrieben wurden, so dass die Antragstellerin allein mit den zur Sozialversicherung gemeldeten Arbeitnehmern und den gemeldeten Arbeitsentgelten den GeschÃ¤ftsbetrieb der betroffenen CafÃ©s nicht aufrechterhalten konnte. Das folgt zunÃ¤chst aus den sichergestellten DienstplÃ¤nen fÃ¼r die Monate Mai, August und September 2017, aus denen sich die genannten Ãffnungszeiten und Schichten ergeben. Zudem kann sich die Antragsgegnerin auf die Aussage des Zeugen B vom 4. September 2018 stÃ¼tzen. Dieser war zwar nach eigenen Angaben nur in den Monaten Februar bis Mai 2018 in dem ebenfalls von der Antragstellerin betriebenen CafÃ© â□□S Bâ□□ beschÃ¤ftigt, sagte aber aus, dass alle vier CafÃ©s der Antragstellerin an allen Tagen der Woche durchgehend geÃ¶ffnet gewesen seien. Auch der Zeuge A K, der am 29. Oktober 2017 angab, seit dem 26. April 2017 in dem CafÃ© â□□S Bâ□□ beschÃ¤ftigt gewesen zu sein, bestÃ¤tigte die durchgehenden Ãffnungszeiten dieser GaststÃ¤tte. FÃ¼r Zweifel an der Glaubhaftigkeit dieser Angaben bestehen keine Anhaltspunkte. DarÃ¼ber hinaus war anhand gefundener Zahlungsbelege festzustellen, dass fÃ¼nf BeschÃ¤ftigte der Antragstellerin im Oktober 2017 entgegen der Meldung zur Sozialversicherung ein deutlich hÃ¶heres als das gemeldete Arbeitsentgelt im Wege der Barzahlung erhalten hatten, so dass Schwarzarbeit im Sinne des Â§ 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 des SchwarzarbeitsbekÃ¤mpfungsgesetzes (SchwarzArbG) vorliegt. Insoweit sagte auch der Zeuge M, der nach eigenen Angaben seit dem 7.Â September 2016 im CafÃ© â□□S Bâ□□ gearbeitet hatte, am 30. Oktober 2017 aus, dass er fÃ¼r seine wÃ¶chentlich geleisteten 40 Arbeitsstunden eine monatliche Ãberweisung von 150,00 EUR und den Rest als Barzahlung erhalten habe. Zudem gab der Zeuge B an, er habe lediglich einen Stundenlohn von 6,00 EUR bekommen und dabei gewusst, dass das nicht der gesetzliche Mindestlohn gewesen sei. Das monatliche Arbeitsentgelt habe er jeweils am Ende des Monats in einem Briefumschlag erhalten. Eine Entgeltabrechnung sei jedoch nie ausgestellt worden.

Zusammenfassend lagen jedenfalls ab dem 1. Mai 2017 breit angelegte Aufzeichnungspflichtverletzungen der Antragstellerin vor, die auf ein planvolles, der vorsÃ¤tzlichen Vorenthaltung von SozialversicherungsbeitrÃ¤gen dienendes Vorgehen mit erheblicher krimineller Energie hindeuten, so dass die Antragsgegnerin jedenfalls schlussfolgern durfte, dass die hier betroffenen CafÃ©s seit dem genannten Zeitpunkt mit durchgehenden Ãffnungszeiten betrieben wurden. Soweit die Antragstellerin mit eidesstattlicher Versicherung vom 9. April 2021 erklÃ¤rt hat, dass die CafÃ©s â Kâ und â Lâ in den Jahren 2015 bis 2017 regelmÃ¤Ãig nur von 10 Uhr bis 24 Uhr geÃ¶ffnet gewesen seien, ist dieses Vorbringen hinsichtlich der Zeit ab dem 1. Mai 2017 durch die genannten Beweismittel widerlegt. Auch auf die sichergestellten Dokumentationen der Arbeitszeit einzelner Mitarbeiter kann sich die Antragstellerin nicht berufen, da deren VollstÃ¤ndigkeit und Richtigkeit angesichts der ermittelten umfangreichen UnregelmÃ¤Ãigkeiten grundsÃ¤tzlich zu bezweifeln ist.

Â

Angesichts des obigen Befundes drÃ¤ngte sich zwar die Vermutung auf, dass die Antragstellerin in derselben Weise auch die Aufzeichnungspflicht fÃ¼r die Zeit vom 1. Dezember 2015 bis zum 30. April 2017 verletzt hat. Die Antragsgegnerin durfte jedoch nicht ohne weitere Ermittlungen davon ausgehen, dass die betroffenen CafÃ©s auch in dieser Zeit durchgehend geÃ¶ffnet waren. HierfÃ¼r lagen keine hinreichenden Beweise vor, insbesondere keine schriftlichen Belege. Lediglich die Angaben der vom Hauptzollamt als Zeugen vernommenen BeschÃ¤ftigten M und A K betreffen diesen Zeitraum. Sie beziehen sich jedoch allein auf das CafÃ© â S Bâ, so dass ohne weitere Beweismittel keine RÃ¼ckschlÃ¼sse auf die hier gegenstÃ¤ndlichen CafÃ©s â Kâ und â Lâ mÃ¶glich sind. In dem Schlussbericht des Hauptzollamtes wurde im sachlichen Zusammenhang mit den Ãffnungszeiten ausdrÃ¼cklich angeregt, weitere BeschÃ¤ftigte der AntragstellerinÂ zu den Jahren 2015 und 2016 zu befragen. Angesichts des erheblichen Umfanges des PrÃ¼fzeitraumes und der Nachforderungen, der mÃ¶glichen Feststellung weiterer Pflichtbeitragszeiten (Â§ 55 Abs. 1 des Sechsten Buches des Sozialgesetzbuches) zugunsten der BeschÃ¤ftigten â gegebenenfalls bis zu 17 Monate â sowie in Anbetracht der eidesstattlichen Versicherung der Antragstellerin hÃ¤tte die Antragsgegnerin zumindest versuchen mÃ¼ssen, die tatsÃ¤chlichen Ãffnungszeiten der betroffenen CafÃ©s weiter aufzuklÃ¤ren.

Â

Denn es kann im Einzelfall â wie hier â erforderlich werden, dass sich der TrÃ¤ger der Rentenversicherung nicht auf die Ermittlungen des Hauptzollamtes beschrÃ¤nkt (Landessozialgericht Baden-WÃ¼rttemberg, a.a.O., Rn. 21; SÃ¤chsisches Landessozialgericht, a.a.O., Rn. 31; Bayerisches Landessozialgericht, Beschluss vom 21.Â Oktober 2013, L 5 R 605/13 B ER, Rn. 22; Beschluss vom 4. Dezember 2013, L 5 R 652/13 B ER, Rn. 27 ff.; siehe auch Pietrek in jurisPR-SozR 14/2015 Anm. 2). Der Senat verkennt hierbei die nur beschrÃ¤nkten ErmittlungsmÃ¶glichkeiten der Antragsgegnerin im Hinblick auf die BeschÃ¤ftigten der Antragsgegnerin nicht. Sie kann hierfÃ¼r, um dem ihr obliegenden

Untersuchungsgrundsatz (Â§ 20 SGB X) nachzukommen, unter anderem Beteiligte anhÃ¶ren, Zeugen vernehmen oder die schriftliche oder elektronische Ãuâerung von Beteiligten und Zeugen einholen (Â§ 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGBÂ X). FÃ¼r Beteiligte gilt indes nach Â§ 21 Abs. 2 SGB X, dass sie bei der Ermittlung des Sachverhalts mitwirken, insbesondere ihnen bekannte Tatsachen und Beweismittel angeben sollen. Eine weitergehende Pflicht, bei der Ermittlung des Sachverhalts mitzuwirken, insbesondere eine Pflicht zum persÃ¶nlichen Erscheinen oder zur Aussage, besteht fÃ¼r Beteiligte nur, soweit sie durch Rechtsvorschrift besonders vorgesehen ist. Letzteres gilt auch fÃ¼r Zeugen (Â§ 21 Abs. 3 Satz 1 SGB X).

Â

Allerdings darf nicht auâer Acht gelassen werden, dass BeschÃ¤ftigte zwar im straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Sinne als Zeugen zu vernehmen sind, wenn das Verfahren ihre Versicherungspflicht und die darauf beruhende Beitragspflicht ihres Arbeitgebers betrifft. Sozialrechtlich sind sie indes Beteiligte im Sinne des Â§ 12 SGB X, weil ihnen gegenÃ¼ber die der Beitragsnachforderung zugrunde liegenden Feststellungen zur Versicherungs- und Beitragspflicht rechtsgestaltende Wirkung haben (Bundessozialgericht, Urteil vom 22.Â Juni 1983, 12 RK 73/82, Rn. 15; Bundessozialgericht, Urteil vom 25. Oktober 1988, 12 RK 21/87 , Rn. 18). Daher ist der prÃ¼fende TrÃ¤ger der Rentenversicherung grundsÃ¤tzlich gehalten, im Verfahren nach Â§ 28p SGB IV BeschÃ¤ftigte des geprÃ¼ften Arbeitgebers zu befragen, erzwingen kann er entsprechende Angaben der BeschÃ¤ftigten mangels einer durch Rechtsvorschrift vorgesehenen Aussagepflicht jedoch nicht.

Â

Der Senat hegt erhebliche Zweifel, dass die Befragung der bei der Antragstellerin im Zeitraum zwischen Dezember 2015 und April 2017 BeschÃ¤ftigten fÃ¼r die Antragsgegnerin mit einem unverhÃ¤ltnismÃ¤Ãigen Aufwand im Sinne des Â§ 28f Abs. 2 Satz 2 SGB IV) verbunden gewesen wÃ¤re. Name und BeschÃ¤ftigungszeitrÃ¤ume, teilweise auch die Anschriften zahlreicher BeschÃ¤ftigter waren der Antragsgegnerin aufgrund eigener Daten (vgl. die Ãbersicht âAnzeige der Meldungenâ zu der das CafÃ© âKâ betreffenden Betriebsnummer, Blatt 6 der Verwaltungsakte) bekannt oder hÃ¤tten von ihr durch eine Einsicht in die Ermittlungsakten, gegebenenfalls ergÃ¤nzt durch einfache Nachfragen bei den darin genannten BehÃ¶rden (zum Beispiel dem Jobcenter Berlin Spandau, das eine umfangreiche Liste von bei der Antragstellerin beschÃ¤ftigten Leistungsbeziehern nach dem Zweiten Buch des Sozialgesetzbuches zur VerfÃ¼gung gestellt hatte) in Erfahrung gebracht werden kÃ¶nnen. Warum darin ein unverhÃ¤ltnismÃ¤Ãiger Aufwand gemÃ¤Ã Â§ 28f Abs. 2 Satz 2 SGB IV liegen sollte, hat die Antragsgegnerin weder in den angefochtenen Bescheiden noch im gerichtlichen Verfahren dargelegt.

Â

Der Senat weist aber zugleich darauf hin, dass angesichts der fehlenden

Aussagepflicht der BeschÃ¤ftigten AktivitÃ¤ten der Antragsgegnerin, die Ã¼ber eine Befragung (beziehungsweise den einmaligen Versuch hierzu) hinausgehen, also etwa Erinnerungen oder intensivere Ermittlungen zur aktuellen Anschrift, nicht geboten sein, sondern sich als unverhÃ¤ltnismÃ¤ÃŒig erweisen dÃ¼rften.

Â

Wegen der nicht ordnungsgemÃ¤ÃŒen ErfÃ¼llung der Aufzeichnungspflicht konnte die Antragsgegnerin die Versicherungs- oder Beitragspflicht oder die BeitragshÃ¶he in der Zeit vom 1. Mai 2017 bis zum 31. Dezember 2017 nicht feststellen (Â§ 28f Abs. 2 Satz 1 SGB IV). Angesichts des Ergebnisses der Ermittlungen musste sie davon ausgehen, dass hier Arbeitnehmer in grÃ¶ÃŒerem Umfang als bisher gemeldet beschÃ¤ftigt wurden beziehungsweise dass Arbeitnehmer beschÃ¤ftigt wurden, die bisher nicht zur Sozialversicherung gemeldet waren. Die konkreten Einzelheiten hierzu waren weitgehend unbekannt, so dass die Antragsgegnerin insoweit keine konkreten Feststellungen treffen konnte.

Â

Auch konnte fÃ¼r die Zeit vom 1. Mai 2017 bis zum 31. Dezember 2017 ohne unverhÃ¤ltnismÃ¤ÃŒig groÃŒen Verwaltungsaufwand nicht festgestellt werden, dass BeitrÃ¤ge nicht zu zahlen waren oder Arbeitsentgelt einem bestimmten BeschÃ¤ftigten zugeordnet werden kann (Â§ 28f Abs. 2 Satz 2 SGB IV). Die VerhÃ¤ltnismÃ¤ÃŒigkeit des Summenbescheides unterliegt der vollen gerichtlichen ÃŒberprÃ¼fung, wobei es auf den Zeitpunkt der Widerspruchsentscheidung ankommt (Bundessozialgericht, Urteil vom 7. Februar 2002, B 12 KR 12/01 R, Rn. 28).Â Insoweit ist eine AbwÃ¤gung zwischen dem im Einzelfall zu erwartenden Verwaltungsaufwand und den Interessen der Versicherten wie auch des Arbeitgebers vorzunehmen. Im Rahmen dieser AbwÃ¤gung ist sowohl die Amtsermittlungspflicht des prÃ¼fenden TrÃ¤gers, der sich sÃ¤mtlicher in Betracht kommender Beweismittel zu bedienen hat, als auch die Mitwirkungspflicht des zu prÃ¼fenden Arbeitgebers, der Ã¼ber die konkrete Aufzeichnungspflicht hinaus allgemein angemessene PrÃ¼fhilfen zu leisten hat (Â§Â 28p Abs. 5 Satz 1 SGB IV), zu berÃ¼cksichtigen (vgl. Bundessozialgericht, Urteil vom 4. September 2018, B 12 R 4/17 R, Rn. 22; Urteil vom 16. Dezember 2015, B 12 R 11/14 R, Rn. 58).

Â

Nach diesen Vorgaben war die Antragsgegnerin zum maÃŒgeblichen Zeitpunkt des Widerspruchsbescheides zur Ermittlung der Arbeitsentgelte und der BeitrÃ¤ge einzelner BeschÃ¤ftigter fÃ¼r die Zeit vom 1. Mai 2017 bis zum 31. Dezember 2017 nicht mit zumutbarem Verwaltungsaufwand in der Lage. Die ErmittlungsmÃ¶glichkeiten waren weitgehend ausgeschÃ¶pft. Die sichergestellten GeschÃ¤ftsunterlagen waren bereits von dem Hauptzollamt ausgewertet worden. Dieses hatte acht BeschÃ¤ftigte der Antragstellerin zur Vernehmung als Zeugen (im straf- bzw. ordnungswidrigkeitenrechtlichen Sinn) vorgeladen, von denen lediglich zwei erschienen und vernommen wurden. Drei der nicht erschienenen â€Zeugenâ€ beriefen sich ausdrÃ¼cklich auf ihr

â□□Auskunftsverweigerungsrechtâ□□. Eine Befragung der weiteren BeschÃ¤ftigten war vor diesem Hintergrund unverhÃ¤ltnismÃ¤Ã□ig. Denn die Ã□ffnungszeiten waren bereits durch die vorhandenen Beweismittel hinreichend nachgewiesen. Im Ã□brigen wurden die Interessen der Antragstellerin dadurch berÃ¼cksichtigt, dass die Antragsgegnerin ihr mit der schriftlichen AnhÃ¶rung die Gelegenheit gab, weitere GeschÃ¤ftsunterlagen zur PrÃ¼fung und Ermittlung der tatsÃ¤chlich geleisteten Arbeitszeiten zur VerfÃ¼gung zu stellen und bei deren AufklÃ¤rung mitzuwirken. Dem kam die Antragstellerin auch im Widerspruchsverfahren nicht nach. Dagegen durfte die Antragsgegnerin hinsichtlich der Zeit vom 1.Â Dezember 2015 bis zum 30. April 2017 nicht auf die Befragung der weiteren Mitarbeiter verzichten, da von diesen insbesondere Angaben zu den Ã□ffnungszeiten in diesem Zeitraum hÃ¤tten gewonnen werden kÃ¶nnen.

Â

Lagen somit die Voraussetzungen fÃ¼r einen Summenbescheid bezÃ¼glich der Zeit vom 1. Mai 2017 bis zum 31. Dezember 2017 vor, stand der Antragsgegnerin insoweit kein EntschlieÃ□ungsermessen zu. Die gesetzliche Formulierung des Â§ 28f Abs. 1 Satz 1 SGB IV (â□□kannâ□□) ist lediglich als Kompetenzzuweisung zu verstehen (Bundessozialgericht, Beschluss vom 4. April 2018, B 12 R 38/17 B, Rn. 33 ff.).

Â

Die Antragsgegnerin hatte zudem die HÃ¶he der Arbeitsentgelte fÃ¼r die Zeit vom 1. Mai 2017 bis zum 31. Dezember 2017 zu schÃ¤tzen, da sie diese nicht oder nicht ohne unverhÃ¤ltnismÃ¤Ã□ig groÃ□en Verwaltungsaufwand ermitteln konnte (Â§ 28f Abs. 2 Satz 3 SGB IV). Insoweit wird hinsichtlich der VerhÃ¤ltnismÃ¤Ã□igkeit auf die vorstehenden rechtlichen AusfÃ¼hrungen zu Â§ 28f Abs. 2 Satz 2 SGB IV verwiesen. Die Regelung des Â§Â 28fÂ Abs. 2 Satz 3 SGB IV gilt nicht nur, wenn die Lohnsumme fÃ¼r den Erlass eines Summenbescheids nicht festgestellt werden kann, sondern auch, wenn zwar eine personenbezogene Zuordnung, nicht aber die genaue Bestimmung der EntgelthÃ¶he mÃ¶glich ist (Bundessozialgericht, Urteil vom 4. September 2018, B 12 R 4/17 R, Rn. 19; Urteil vom 16. Dezember 2015, B 12 R 11/14 R, Rn. 52). Unter BerÃ¼cksichtigung dieser Vorgaben verweist der Senat auch in tatsÃ¤chlicher Hinsicht auf die obigen AusfÃ¼hrungen.

Â

Die angegriffene SchÃ¤tzung fÃ¼r Zeit vom 1. Mai 2017 bis zum 31. Dezember 2017 ist rechtmÃ¤Ã□ig. Sie ist rechtswidrig, soweit sie die Zeit vom 1. Dezember 2015 bis zum 30. April 2017 betrifft. Nach dem Bundessozialgericht ist eine SchÃ¤tzung nach Â§ 28f Abs. 2 Satz 3 SGB IV so exakt vorzunehmen, wie das unter Wahrung eines noch verhÃ¤ltnismÃ¤Ã□igen Verwaltungsaufwandes mÃ¶glich ist. Sie ist nicht zu beanstanden und bis zum Nachweis der tatsÃ¤chlichen HÃ¶he des Arbeitsentgelts (Â§Â 28f Abs. 2 Satz 5 SGB IV) verbindlich, wenn sie auf sorgfÃ¤ltig ermittelten Tatsachen grÃ¼ndet und nachvollziehbar ist, weil sie insbesondere nicht gegen Denkgesetze und ErfahrungssÃ¤tze verstÃ¶Ã□t. Innerhalb dieses

Rahmens sind die an eine SchÃ¤tzung zu stellenden Anforderungen wiederum abhÃ¤ngig von einer AbwÃ¤gung zwischen der Bedeutung einer grÃ¶Ãeren Genauigkeit der SchÃ¤tzung fÃ¼r Versicherte und Arbeitgeber und dem mit einem bestimmten Vorgehen einhergehenden Verwaltungsaufwand. Dabei sind die Anforderungen an eine SchÃ¤tzung umso hÃ¶her, je grÃ¶Ãer die fÃ¼r die Versicherten und Arbeitgeber zu befÃ¼rchtenden Nachteile sind (Urteil vom 4. September 2018, B 12 R 4/17 R, Rn. 23; Urteil vom 16. Dezember 2015, B 12 R 11/14 R, Rn. 60). Hiervon ausgehend durfte die Antragsgegnerin aus den bereits genannten GrÃ¼nden fÃ¼r die Zeit vom 1. Mai 2017 bis zum 31. Dezember 2017 eine tÃ¤gliche Ãffnungszeit von 24 Stunden zur Grundlage ihrer SchÃ¤tzung machen, nicht jedoch fÃ¼r die Zeit vom 1. Dezember 2015 bis zum 30. April 2017.

Â

FÃ¼r Fehler bei der konkreten Berechnung der nachgeforderten BeitrÃ¤ge fÃ¼r die Zeit vom 1. Mai 2017 bis zum 31. Dezember 2017 bestehen keine Anhaltspunkte. Die Antragstellerin hat insoweit auch keine EinwÃ¤nde erhoben (vgl. Bundessozialgericht, Urteil vom 4. September 2018, B 12 R 4/17 R, Rn. 25; Urteil vom 7. Juni 2018, B 12 KR 1/17 R, Rn. 25; Urteil vom 18. Januar 2018, B 12 R 3/16 R, Rn. 25).

Â

Die Festsetzung der SÃ¤umniszuschlÃ¤ge fÃ¼r die Zeit vom 1. Dezember 2015 bis zum 30. April 2017 ist nach MaÃgabe der vorstehenden AusfÃ¼hrungen rechtswidrig. FÃ¼r die Zeit vom 1. Mai 2017 bis zum 31. Dezember 2017 folgt sie aus Â§ 24 Abs. 1 Satz 1 SGBÂ IV, wobei zur Berechnung die jeweils hinzuaddierten BeitrÃ¤ge fÃ¼r die Zeit vom 1.Â Dezember 2015 bis zum 30. April 2017 nicht zu berÃ¼cksichtigen sind (vgl. Bundessozialgericht, Urteil vom 16. Juni 2021, B 5 RE 7/19 R, Rn. 31; Urteil vom 7. Juli 2020, B 12 R 28/18 R, Rn. 10).

Â

Soweit der Senat dem Begehren der Antragstellerin nicht stattgibt, fÃ¼hrt eine AbwÃ¤gung ihres Aussetzungsinteresses gegen das Vollziehungsinteresse der Antragsgegnerin auch im Ãbrigen zu keinem abweichenden Ergebnis. Dabei ist zunÃ¤chst dem Umstand Rechnung zu tragen, dass das Gesetz das Vollzugsinteresse mit Blick auf den Gegenstand des angefochtenen Bescheides â die Forderung Ã¶ffentlicher Abgaben in Form von BeitrÃ¤gen zur Sozialversicherung â in Â§Â 86a Abs.Â 3 SatzÂ 2 SGG bereits als sehr hoch einstuft. DemgegenÃ¼ber sind keine GrÃ¼nde ersichtlich, aus denen dem Aussetzungsinteresse der Antragstellerin ein hÃ¶heres Gewicht beizumessen wÃ¤re. Allein die mit der Zahlung auf eine Beitragsforderung fÃ¼r sie eventuell verbundenen wirtschaftlichen Konsequenzen fÃ¼hren nicht zu einer solchen HÃ¤rte, da sie lediglich Folge der ErfÃ¼llung gesetzlich auferlegter Pflichten sind. DarÃ¼ber hinausgehende, nicht oder nur schwer wiedergutzumachende Nachteile sind weder von der Antragstellerin vorgetragen worden noch sonst ersichtlich. DarÃ¼ber hinaus steht es der Antragstellerin frei, sich wegen der mit einem Forderungseinzug

eventuell verbundenen wirtschaftlichen HÃ¤rten mit einem Stundungsantrag an die dafÃ¼r zustÃ¤ndige Einzugsstelle zu wenden (Â§Â 28h Abs.Â 1 SatzÂ 3 SGB IV in Verbindung mit Â§Â 76 Abs.Â 3 SGB IV; vgl. Landessozialgericht Hamburg, Beschluss vom 22. September 2021, L 3 BA 3/21 B ER, Rn. 49; Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 19. Februar 2021, LÂ 28 BA 2/21 B ER, Rn. 30; Beschluss vom 9. Juli 2018, L 9 BA 29/18 B ER, Rn. 5).

Â

Die Kostenentscheidung folgt aus Â§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG in Verbindung mit Â§ 154 Abs. 1 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO).

Â

Die Streitwertfestsetzung beruht auf Â§ 197a Abs. 1 SGG in Verbindung mit den Â§Â§ 47, 52 Abs. 1, 53 Abs. 2 Nr. 4, 63 Abs. 2 des Gerichtskostengesetzes (GKG). Das fÃ¼r die Festsetzung des Streitwerts maÃgebliche wirtschaftliche Interesse entspricht in BetriebsprÃ¼fungsverfahren nach den Â§Â§ 28p ff. SGB IV in der Regel der HÃ¶he der zu erwartenden Beitragsnachforderung. Wegen des identischen wirtschaftlichen Interesses ist der Streitwert daher regelmÃ¤Ãig in HÃ¶he eines Bruchteils der Beitragsforderung selbst anzusetzen. Im Ãbrigen setzt der Senat in AusÃ¼bung des ihm eingerÃ¤umten Ermessens in den FÃ¤llen des vorlÃ¤ufigen Rechtsschutzes nach Â§ 86b Abs. 1 SGG, bei welchen die Erfolgsaussichten im Hauptsacheverfahren zu prÃ¼fen sind, den Streitwert regelmÃ¤Ãig und so auch hier mit der HÃ¤lfte des Streitwerts der Hauptsache an, also mit der HÃ¤lfte des Nachforderungsbetrages (vgl. Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 15. Januar 2021, L 28 BA 68/20 B ER, Rn. 16; Beschluss vom 9. Juli 2018, L 9 BA 29/18 B ER, Rn. 6; Beschluss vom 29. Juli 2014, L 1 KR 131/14 B ER, Rn. 29).

Â

Dieser Beschluss kann gemÃ¤Ã Â§ 177 SGG nicht mit der Beschwerde an das Bundessozialgericht angefochten werden.

Â

Erstellt am: 20.09.2022

Zuletzt verändert am: 22.12.2024