
S 25 R 256/07 ER

Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	-
Sozialgericht	Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet	Rentenversicherung
Abteilung	16
Kategorie	-
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	-
Leitsätze	-
Normenkette	-

1. Instanz

Aktenzeichen	S 25 R 256/07 ER
Datum	24.09.2007

2. Instanz

Aktenzeichen	L 16 (11) B 4/07 R ER
Datum	09.03.2009

3. Instanz

Datum	-
-------	---

Die Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Sozialgerichts Köln vom 24. September 2007 wird zurückgewiesen. Der Antragsteller trägt auch die Kosten des Beschwerdeverfahrens. Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 20.717,06 EUR festgesetzt.

Gründe:

I.

Der Antragsteller (ASt.) begehrt im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die Aussetzung der Vollziehung eines Bescheides der Antragsgegnerin (AG'in) vom 15.03.2007.

In der Zeit von März 1994 bis März 2006 betrieb der ASt. in L die Gaststätte "S" sowie von April 2004 bis April 2005 eine Snack-Bar unter dem Namen "T". Aufgrund eines anonymen Hinweises führten Bedienstete des Hauptzollamtes L, Standort C, am 19.08.2004 in den Räumlichkeiten der Café-Snack-Bar eine Außenprüfung gemäß §§ 2 ff. des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung (Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz (SchwarzArbG) in der ab dem

01.01.2004 geltenden Fassung des Dritten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, Bundesgesetzblatt (BGBl) I 2003, S. 2848) durch. Hierbei wurden die Räumlichkeiten des ASt. durchsucht und u. a. der ASt. befragt. Im Rahmen der Überprüfung wurden vor Ort u. a. auch Stundenaufzeichnungen auf einem Terminkalender des ASt. vorgefunden und beschlagnahmt. Aufgrund der Auswertung dieser Unterlagen kam die AG'in zu der Erkenntnis, dass der ASt. offensichtlich eine nicht konkret ermittelte Anzahl von Beschäftigten in seinen gastronomischen Einrichtungen eingesetzt habe. Daraufhin wurden in den Wohn- und Geschäftsräumen des ASt. erneut Durchsuchungen vorgenommen, wobei weiteres Beweismaterial sichergestellt wurde. Der ASt. wurde anschließend auch als Beschuldigter vernommen. Dabei machte er konkrete Angaben zu den Geschäftsabläufen sowohl in der Café-Snack-Bar als auch in der Gaststätte "S".

Nach Anhörung des ASt. machte die AG'in sodann mit Bescheid vom 15.03.2007 eine Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen in Höhe von insgesamt 215.988,64 EUR geltend. In dieser Summe waren für den Zeitraum vom 16.02.1999 bis zum 28.12.2006 Säumniszuschläge in Höhe von 70.080,- EUR enthalten. Zur Begründung führte die AG'in aus, dass die Auswertung der Beweismittel, insbesondere der Stundenaufzeichnungen, der Vernehmungsniederschrift sowie ein Abgleich mit den vorliegenden tatsächlichen Arbeitnehmermeldungen zur Sozialversicherung ergeben habe, dass der ASt. offensichtlich eine bislang unbekannte Anzahl von namentlich nicht mehr ermittelbaren Arbeitnehmern in dem genannten Zeitraum beschäftigt habe. Er habe diese Personen bei den zuständigen Einzugsstellen nicht gemeldet und Lohnunterlagen für diese nicht geführt bzw. die gemeldeten Arbeitnehmer in weit größerem Umfang beschäftigt, als er es in seinen Meldungen zur Sozialversicherung angegeben habe. Aus den Vorschriften des Sozialgesetzbuches Viertes Buch (SGB IV) ergebe sich jedoch, dass für jeden Beschäftigten getrennt nach Kalenderjahren Lohnunterlagen zu führen und bis zum Ablauf des auf die letzte Prüfung folgenden Kalenderjahres geordnet aufzubewahren seien. Die Aufbewahrungspflicht umfasse auch die Lohnunterlagen derjenigen Beschäftigten, für die keine Beiträge gezahlt worden seien. Da der ASt. dies nicht befolgt und keine vollständigen und ordnungsgemäßen Lohnaufzeichnungen geführt habe, seien die Personalien der Beschäftigten nicht bekannt. Der Gesamtlohnaufwand für die Berechnung der Sozialversicherungsbeiträge habe vorerst auf der Basis von Vollzeitstellen geschätzt werden müssen. Der Schätzung seien die jährlichen Öffnungszeiten sowohl der Café-Snack-Bar als auch der Gaststätte "S" zugrunde gelegt worden, multipliziert mit den Stundenlöhnen und gegebenenfalls vermindert um die zur Sozialversicherung gemeldeten (Brutto-)Entgelte der offiziell beschäftigten und angemeldeten Arbeitnehmer. Die AG'in führte im Einzelnen auf, welche genauen Beträge sie für die einzelnen Jahre zugrunde gelegt hatte.

Gegen diesen Bescheid legte der ASt. am 03.04.2007 Widerspruch ein und beantragte zugleich die Aussetzung der Vollziehung des Nachforderungsbescheids in vollem Umfang. Den Antrag auf Aussetzung der Vollziehung, den die AG'in als Antrag auf Stundung des Nachforderungsbetrages auslegte, lehnte diese mit Bescheid vom 26.04.2007 ab. Hierzu leitete sie den Antrag an die zuständige Einzugsstelle, die AOK Rheinland-Hamburg, weiter.

Der ASt. hat am 06.09.2007 bei dem Sozialgericht (SG) Köln einen Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs gestellt. Er hat geltend gemacht, dass die Forderungen der AG'in nicht begründet seien. Die von ihr getroffene Feststellung, dass er Arbeitnehmer im Umfang von Vollzeitstellen beschäftigt habe, sei unzutreffend. Zwar seien in seinem inzwischen beschlagnahmten Terminkalender verschiedene Namen aufgeführt, die auf die Beschäftigung dieser Personen schließen lasse. Es müsse jedoch berücksichtigt werden, dass er in diesem Kalender sowohl private als auch geschäftliche Termine vermerkt habe. Daher könne aus dem Terminkalender nicht auf die Anzahl der Beschäftigten geschlossen werden. Nur ausschnittsweise seien dort auch seine Mitarbeiter aufgeführt. Die Gaststätte sei im normalen Betrieb durch eine Person – ihn selbst – mit gelegentlicher Unterstützung durch eine Aushilfskraft geführt worden: Lediglich wenn er Besorgungen oder private Termine wahrnehmen müssen, habe er für ein bis drei Stunden am Tag eine Aushilfskraft beschäftigt. Nur bei besonderen Ereignissen sei eine weitere Hilfe notwendig gewesen. Regelmäßig habe jedoch auch an solchen Tagen lediglich eine Aushilfskraft gearbeitet. Darüber hinaus habe bis 2002 seine Ehefrau, von der er inzwischen geschieden sei, in der Gaststätte geholfen, anschließend – weitgehend unentgeltlich – seine damalige zeitweilige Lebensgefährtin. Überdies sei in Notfällen sein Bruder eingesprungen. Auch seine persönliche Freundin, Frau N X, habe unentgeltlich für ihn gearbeitet. Er habe zudem die als Aushilfen beschäftigten Schülerinnen und Schüler immer nur dann angemeldet, wenn sie eine Monatsarbeitszeit von mehr als zehn Stunden erreicht hatten. Er sei insofern fälschlicherweise weder davon ausgegangen, dass die geringfügig beschäftigten Schüler auch bei geringerem Arbeitsumfang anzumelden seien, noch davon, dass ihr Arbeitslohn der Sozialversicherungspflicht unterliegen könne. Zur Situation in der Snack-Bar hat er geäußert, dass diese von N C geführt worden sei, welcher auch für die Einstellung der Aushilfen und ihre Entlohnung verantwortlich gewesen sei. Er selbst habe kaum Einblick in das Tagesgeschehen der Bar gehabt. Vielmehr habe er auf die Angaben des N C vertraut und keine weiteren Kontrollen durchgeführt. Insofern könne ihm dessen Verhalten nicht angelastet werden. Zu seinen finanziellen Verhältnissen hat der ASt. ausgeführt, er verfüge mit Ausnahme einer mit einer Grundschuld belasteten Immobilie über kein pfändbares Vermögen oder Einkommen, so dass ihm die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung drohe.

Ergänzend hat der ASt. auf von ihm vorgelegte schriftliche Aussagen der Mitarbeiter N X, J X, T C und T C Bezug genommen, die Aussagen über den Umfang ihrer Beschäftigung enthalten.

Der ASt. hat schriftsätzlich sinngemäß beantragt,

die aufschiebende Wirkung seines Widerspruchs vom 03.04.2007 gegen den Bescheid der AG'in vom 15.03.2007 anzuordnen.

Die AG'in hat schriftsätzlich sinngemäß beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Sie hat darauf verwiesen, dass auch unter Berücksichtigung des Vorbringens des ASt. gegen die Rechtmäßigkeit ihres Nachforderungsbescheides keine ernstlichen Zweifel bestünden. Die tatsächlichen Verhältnisse im Unternehmen und die Geschehnisse bei der Manipulation der Lohn- und Gehaltsabrechnung habe sie anhand der sichergestellten Geschäftsunterlagen und Zeugenaussagen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit rekonstruieren können. Erkenntnisse über den tatsächlichen Arbeitsanfall in den beiden Unternehmen und die vom ASt. gemeldeten Beschäftigten würden in keiner Relation zu einander stehen. Die von ihr zugrunde gelegte Bemessungsgrundlage sei die Sollarbeitszeit in der Gaststätte multipliziert mit einem Stundenlohn von 10,- DM in den Kalenderjahren 1999 bis 2001 sowie von 5,- bis 7,50 EUR pro Stunde in der Zeit von 2002 bis 2006. Die Angaben zu den Öffnungszeiten beider Betriebe sowie zur Höhe des Stundenlohns der Beschäftigten basierten auf den Angaben des ASt. selbst. Bei der Auswertung der von der "Finanzkontrolle Schwarzarbeit" im Auftrag der Staatsanwaltschaft L sichergestellten Geschäftsunterlagen des ASt. sei festgestellt worden, dass eine Reihe von Arbeitnehmern gar nicht oder ihre Arbeitszeit in unzutreffender Weise zur Sozialversicherung gemeldet worden sei. Ihr sei es nicht möglich gewesen, im Verlauf des Verwaltungsverfahrens vollständig für den gesamten Prüfungszeitraum zu ermitteln, welche Arbeitnehmer in welchem Umfang tatsächlich beschäftigt worden seien. Da der ASt. seine Aufzeichnungspflichten verletzt habe und sie die Anzahl der Arbeitnehmer bzw. ihr Arbeitsentgelt nicht habe feststellen können, habe sie eine Schätzung vornehmen dürfen. Überdies treffe den ASt. die Nachweispflicht für das Bestehen von Ausnahmen vom Grundsatz der Versicherungs- und Beitragspflicht. Auch mit der Vorlage einzelner Aussagen von ehemals beschäftigten Arbeitnehmern könne kein Nachweis eines anderen Tatbestandes geführt werden. So sei für einzelne Zeiträume sicher feststellbar, dass die Mitarbeiter nur unzureichend zur Sozialversicherung gemeldet worden seien. Auch könne sich der ASt. hinsichtlich der Vorgänge in der Snack-Bar nicht darauf berufen, dass eine andere Person den Betrieb in seiner Abwesenheit für ihn geleitet habe. Er sei als Inhaber des Geschäfts verantwortlich für die Beschäftigten und die Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge. Selbst wenn man davon ausgehen würde, dass der ASt. lediglich geringfügig Beschäftigte angestellt gehabt habe, so würden sich immer noch ein Forderungsbetrag in Höhe von 62.151,19 EUR sowie Säumniszuschläge hieraus in Höhe von 29.653,64 EUR, mithin eine Gesamtforderung von 91.804,83 EUR, ergeben.

Mit Beschluss vom 24.09.2007 hat das SG die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des ASt. vom 03.04.2007 gegen den Bescheid der AG in vom 15.03.2007 angeordnet, soweit ein Betrag von mehr als 91.804,83 EUR nachgefordert wird. Im Übrigen hat es den Antrag abgelehnt. Zur Begründung hat es im Wesentlichen darauf abgestellt, dass bei der in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gebotenen summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage eine zumindest teilweise Erfolgsaussicht des Hauptsacheverfahrens nicht auszuschließen sei. Ernstliche Zweifel am Erfolg des Widerspruchs bestünden jedoch nur hinsichtlich der Höhe der geltend gemachten Nachforderung.

Der Erlass eines Summenbescheides auf der Grundlage von Schätzungen sei nicht zu beanstanden. Der ASt. habe seine Aufzeichnungspflicht als Arbeitgeber aus [§ 28f](#)

[Abs. 1 SGB IV](#) verletzt. Nach dieser Vorschrift gelte die Aufbewahrungsfrist von Lohnunterlagen auch für versicherungsfreie und beitragsfreie Beschäftigte (vgl. hierzu Bundessozialgericht (BSG), Sozialrecht (SozR) 3-2400 § 28h Nr. 3). Die Aufzeichnungspflicht sei erforderlich, um Fragen der Versicherungs- und Beitragspflicht rückwirkend prüfen zu können. Sie gelte auch, wenn der Arbeitgeber keinen Gesamtsozialversicherungsbeitrag zu zahlen habe und deshalb nicht zu Meldungen gemäß [§ 28a Abs. 1 SGB IV](#) verpflichtet sei (vgl. hierzu Seewald, in: Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht (KassKomm), Loseblatt, Stand Juni 2007, § 28f Rdnr. 3). Weder habe der ASt. vollständige Lohnaufzeichnungen vorgelegt noch die Personalien seiner Beschäftigten bekannt geben. Deshalb hätten als Erkenntnisquellen lediglich die Stundenaufzeichnungen, die Eintragungen im Terminkalender des ASt. sowie seine ergänzenden Angaben zur Verfügung gestanden. Auf dieser – eingeschränkten – Grundlage sei es weder möglich gewesen, alle vom ASt. beschäftigten Personen noch die Höhe der gezahlten Arbeitsentgelte zu ermitteln.

Auch hinsichtlich der Höhe der geltend gemachten Beiträge bestünden insoweit keine ernstlichen Zweifel, als die AG'in einen Betrag in Höhe von 62.151,19 EUR zuzüglich 29.653,64 EUR Säumniszuschläge geltend mache. Nach summarischer Prüfung der vorliegenden Unterlagen erscheine es sehr wahrscheinlich, dass der ASt. zumindest geringfügig beschäftigte Arbeitnehmer im zeitlichen Umfang einer Vollzeitkraft beschäftigt habe. Insbesondere ergebe sich dies aus den Angaben des ASt. als Beschuldigter vor dem Hauptzollamt L. Danach seien verschiedene Mitarbeiterinnen, wie J X, N X sowie K X und N T bereits zu einem Zeitpunkt in der Gaststätte des ASt. beschäftigt gewesen, zu dem sie noch nicht zur Sozialversicherung gemeldet gewesen seien. Hinzu kämen Mitarbeiterinnen, wie B X, T T, T C, T C sowie eine "D", die in den entsprechenden Aufzeichnungen des ASt. aufgeführt seien, obwohl sie überhaupt nicht gemeldet gewesen seien. Entsprechendes gelte für Mitarbeiter in der Café-Snack-Bar: So seien etwa T T, N Q, N D und S W zu einem früheren Zeitpunkt bei dem ASt. beschäftigt gewesen, als sie hierfür gemeldet gewesen seien. Darüber hinaus seien die Mitarbeiterinnen C N T, L Q und Z F überhaupt nicht angemeldet und dennoch alle bereits im Jahre 2004 beschäftigt gewesen. Des Weiteren seien bei der Durchsuchung in der Gaststätte eine Reihe von Aufzeichnungen gefunden worden, in denen Namen von Mitarbeiterinnen aufgeführt seien einschließlich Datum und genauer Angaben der Uhrzeit. Teilweise sei in diesen Unterlagen auch vermerkt, dass eine Person "frei" habe bzw. verhindert sei oder Urlaub habe. Zudem habe der ASt. bei seiner Vernehmung bei dem Hauptzollamt L am 04.05.2006 angegeben, dass im Imbiss immer mindestens zwei Personen gleichzeitig gearbeitet hätten. Auch aus den ebenfalls in den Unterlagen befindlichen Kassenabrechnungen ergebe sich, dass der ASt. Mitarbeiterinnen zu einem Zeitpunkt beschäftigt habe, für den sie nicht entsprechend gemeldet gewesen seien. Zudem lasse sich aus den Abrechnungen erkennen, dass die jeweilige Mitarbeiterin den ganzen Tag über und nicht bloß stundenweise gearbeitet hätten, da jeweils nur am Ende des Abends eine namentlich ausgestellte Abrechnung erfolgt sei.

Diese Vielzahl der o. g. Hinweise lasse sich auch nicht durch die Angabe des ASt. entkräften, dass sein Terminkalender auch private Aufzeichnungen enthalte.

Insbesondere die Angaben von Arbeitszeiten sowie die Lohnzettel ließen keinen Zweifel daran aufkommen, dass sich zumindest der ganz überwiegende Teil der Aufzeichnungen auf die Beschäftigung seiner Arbeitnehmer beziehe. Dem entsprächen auch die Aufzeichnungen auf Lohnzetteln, die pro Tag regelmäßig mehr als eine Person aufwiesen, so dass eine Mitarbeit von 7:30 Uhr bis 22:00 Uhr bzw. auch später sichergestellt gewesen sei. Insbesondere die daneben vorliegende Anzahl diverser Stundenabrechnungen lege den Schluss nahe, dass sich diese Aufzeichnungen auf die Arbeitszeit der beschäftigten Arbeitnehmer bezögen. In der Gesamtschau ergäben sich bei summarischer Prüfung keine Zweifel dahingehend, dass der ASt. regelmäßig mindestens eine weitere Person auch in der Gaststätte beschäftigt habe. Insofern sei auch die Annahme der AG'in, dass der ASt. insgesamt, d.h. in der Gaststätte wie auch im Imbiss zusammengerechnet, durchgehend eine Vollzeitkraft beschäftigt habe, eher zu Gunsten des ASt. ausgefallen.

Die von der AG'in aufgeführten Stundenanzahl pro Jahr ergebe sich aus den Angaben des ASt., wonach die Gaststätte von morgens 10:00 Uhr bis 24:00 Uhr sowie am Wochenende bis 1:00 Uhr und die Café-Snack-Bar von morgens 10:00 Uhr bis 22:00 Uhr bzw. im Herbst nur noch bis 21:00 Uhr geöffnet hatten. Diesen Zeitangaben entsprächen auch die Zeitangaben auf den Kalenderbüchern sowie auf den Lohnzetteln des ASt. ... Auch hinsichtlich der Höhe des Stundenlohnes habe sich die AG'in an den Angaben des ASt. orientiert. Dieser habe sowohl für die Gaststätte als auch für die Café-Snack-Bar angegeben, in welchen Jahren er welche Stundenlöhne ausgezahlt habe. Zu den gezahlten Stundenlöhnen habe er angegeben, dass ab 2002 pro Stunde 5,00 EUR und ab 2003 bis 2005 ein Stundenlohn von 7,50 EUR für die Mitarbeiter in der Gaststätte gezahlt worden sei. Der Stundenlohn für die Mitarbeiterinnen im Imbiss habe nach seinen Angaben durchgehend 7,50 EUR betragen.

Entgegen der Auffassung der A'in könne aber jedenfalls bei summarischer Prüfung nicht ohne ernstliche Zweifel davon ausgegangen werden, dass die zugrunde gelegte Arbeitszeit allein von Vollzeitkräften ausgefüllt worden sei. Zwar sei es durchaus möglich, dass sich bei genauer Auswertung der einzelnen Stundenzettel ergeben könne, dass einzelne Beschäftigte nicht nur geringfügig beschäftigt gewesen seien, doch bestünden aufgrund der großen Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer im Verhältnis zu den voraussichtlich geleisteten Arbeitsstunden zum jetzigen Zeitpunkt noch Bedenken dahingehend, dass durchgehend von der Beschäftigung von Vollzeitkräften auszugehen sei. Dem stehe nicht entgegen, dass grundsätzlich der Arbeitgeber im Einzelfall nachzuweisen habe, dass eine nur geringfügige Beschäftigung des jeweiligen Arbeitnehmers vorliege. Zum jetzigen Zeitpunkt könne nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden, dass der ASt. diesen Nachweis im Hauptsacheverfahren führen können werde. Es bleibe insofern diesem Verfahren vorbehalten, über diese Frage zu entscheiden. Jedenfalls sei insoweit ein Erfolg des ASt. im Hauptsacheverfahren nicht unwahrscheinlich. Es sei vorliegend zu Gunsten des ASt. davon auszugehen, dass die geleisteten Arbeitsstunden allein auf die Arbeit von geringfügig Beschäftigten zurückzuführen sei.

Der Anspruch auf die Nachentrichtung der geforderten Beiträge sei auch nicht

gemäß [§ 25 SGB IV](#) verjährt. Für die Annahme eines die Verjährungsfrist von vier auf dreißig Jahre verlängernden Vorsatzes zur Beitragshinterziehung reiche bedingter Vorsatz aus (vgl. hierzu Seewald, in: KassKomm, a.a.O., [§ 25 SGB IV](#) RdNr. 6). Dieser sei anzunehmen. Der ASt. habe einige Mitarbeiter gar nicht zur Sozialversicherung gemeldet, obwohl sie für ihn beschäftigt gewesen seien, und sie nicht einmal in seinen gemäß [§ 28f Abs. 1 SGB IV](#) zu führenden Unterlagen aufgeführt. Es fehlten für verschiedene Mitarbeiter sogar die persönlichen Angaben, wie Geburtsdatum und Anschrift, so dass sich entsprechende Ermittlungen schwierig gestalteten. Auch seien verschiedene Mitarbeiter erst zu einem späteren Zeitpunkt angemeldet worden, als sie tatsächlich ihre Beschäftigung aufgenommen hätten. Der ASt. könne sich hinsichtlich seines Imbisses auch nicht darauf berufen, dass eine andere Person diesen für ihn geführt habe. Als Inhaber des Betriebs habe er sich das Verhalten dieser anderen Person vielmehr im Rahmen des Organisationsverschuldens zurechnen zu lassen. Seit dem frühesten Beginn der Beschäftigung von Mitarbeitern im Jahre 1996 seien noch keine dreißig Jahre vergangen.

Gegen die Berechnung der Säumniszuschläge gemäß [§ 24 SGB IV](#) bestünden ebenfalls keine Bedenken. Auch bei der Interessenabwägung zwischen Aussetzungsinteresse und dem Interesse an der sofortigen Vollziehung über die Prüfung der Erfolgsaussichten hinaus sei ein überwiegendes öffentliches Interesse am sofortigen Vollzug anzunehmen. Der ASt. selbst habe sich dahingehend eingelassen, dass er mit Ausnahme einer Immobilie, die aber fast bis zur Wertgrenze mit einer Grundschuld belastet sei, über kein pfändbares Vermögen verfüge. Davon ausgehend drohe ihm allenfalls die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung. Dieser drohende Nachteil könne gegenüber dem öffentlichen Interesse an der sofortigen Vollziehung des Nachentrichtungsbescheides, welches sich auf die vermeintliche Vorenthaltung von Sozialversicherungsabgaben erstrecke, nicht überwiegen.

Gegen den seinen Prozessbevollmächtigten am 26.09.2007 zugestellten Beschluss hat der ASt. am Montag, dem 29.10.2007, Beschwerde zum Sozialgericht Köln erhoben, der dieser nicht abgeholfen hat. Zu den Umständen des verspäteten Eingangs der Beschwerdeschrift bei Gericht hat der Prozessbevollmächtigte eine eidesstattliche Versicherung seiner Mitarbeiterin C Q vom 22.01.2008 vorgelegt, auf deren Inhalt Bezug genommen wird. Der ASt. trägt zur weiteren Begründung seiner Beschwerde ergänzend wie folgt vor: Zwar treffe es zu, dass in der "Café-Snack-Bar" regelmäßig zwei Mitarbeiter während der Öffnungszeiten anwesend gewesen seien. Eine sei jedoch der Geschäftsführer C gewesen, für den ordnungsgemäß Beiträge abgeführt worden seien. Zumindest einige der daneben beschäftigten Aushilfen seien ganz oder teilweise ebenfalls sozialversicherungsrechtlich erfasst gewesen; diese Beiträge müssten in Abzug gebracht werden. Die "Café-Snack-Bar" sei im Übrigen nur ein Jahr - von April 2004 bis April 2005 - von ihm, dem ASt., betrieben worden. Das Sozialgericht habe aber Öffnungszeiten für den kompletten Zeitraum bis März 2006 berücksichtigt. Die Gaststätte "S" habe nicht genügend Gewinne abgeworfen, um eine ständige zweite Kraft neben ihm selbst zu beschäftigen; sie sei auch zu klein gewesen. Zunächst habe ohnehin seine Ehefrau, in der Folgezeit hätten die jeweiligen Lebensgefährtinnen unentgeltlich und ohne Begründung von Beschäftigungsverhältnissen mitgeholfen. Es seien in der

Gaststätte allenfalls gelegentlich und stundenweise Aushilfen tätig geworden, für die er – bis auf die Schülerinnen, die unter zehn Wochenstunden gearbeitet hätten – auch Sozialversicherungsbeiträge abgeführt habe. Insoweit bezieht er sich auf eine schriftliche Aussage seiner geschiedenen Ehefrau L T aus N vom 10.11.2007, die angibt, bis Januar 2002 hätten sie und der ASt. die Gaststätte abwechselnd geführt, bei Bedarf unterstützt durch eine Aushilfe. Die anfangs noch vorgenommene Beschäftigung eines Kochs habe wegen der geringen Erträge nicht fortgeführt werden können. Ergänzend legt der ASt. Beitragsnachweise der Bundesknappschaft als Minijob-Zentrale für geringfügig Beschäftigte von Januar 2002 bis März 2003 vor, aus denen sich monatliche Belastungen zwischen 13,70 EUR und 95,92 EUR ergeben. Seinen Berechnungen zufolge liege der Nachforderungsbetrag lediglich bei ca. 6.300 EUR. Nicht einmal diesen könne die AG'in jedoch geltend machen; denn die Nachforderungen seien verjährt. Er sei zwar unzutreffender Weise von einer Sozialversicherungsfreiheit von Beschäftigungsverhältnissen unter zehn Wochenstunden ausgegangen. Ihn treffe jedoch insoweit kein Vorwurf vorsätzlichen Vorenthaltens von Beiträgen. Aus den beigezogenen Originalterminkalendern, die er listenmäßig ausgewertet habe, ergäben sich keine Anhaltspunkte für die von der AG'in behauptete umfangreiche Beschäftigung von Aushilfen. Er könne anhand der Eintragungen in die Kalender den Umfang der Beschäftigung von Aushilfen nunmehr nachvollziehen.

Bezüglich eines Anordnungsgrundes sei zu berücksichtigen, dass sein Girokonto durch den inzwischen von der Einzugsstelle erwirkten Pfändungs- und Überweisungsbeschluss "blockiert" werde. Die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung, zu der ihn die Einzugsstelle nötigen wolle, werde einen nicht wieder gut zu machenden Schaden verursachen.

Der ASt. beantragt schriftsätzlich sinngemäß,

den Beschluss des Sozialgerichts Köln vom 24.09.2007 zu ändern und die aufschiebende Wirkung seines Widerspruchs vom 03.04.2007 gegen den Bescheid der AG'in vom 15.03.2007 insgesamt anzuordnen.

Die AG'in beantragt schriftsätzlich sinngemäß,

die Beschwerde des ASt. gegen den Beschluss des Sozialgerichts Köln vom 24.09.2007 zurückzuweisen.

Zur Begründung verweist sie darauf, dass zumindest in der vom Sozialgericht angenommenen Höhe keine Bedenken gegen die Richtigkeit der Nachforderung bestünden. Von einem rein sporadischen Arbeitseinsatz des Servicepersonals in der Gaststätte "S" könne unter Berücksichtigung der vorliegenden Beweismittel nicht gesprochen werden. Aus den aus den beschlagnahmten Unterlagen gefertigten Aufstellungen des Hauptzollamtes seien regelmäßig drei Personen in drei Schichten tätig gewesen. Der ASt. habe sich offensichtlich in der Hauptsache um kaufmännische Angelegenheiten gekümmert und sei kaum im Service tätig gewesen. Aus den von dem ASt. geführten Kalendern lasse sich ihrer Auffassung nach nicht einmal ansatzweise der zeitliche Umfang der Tätigkeiten von

Mitarbeitern des ASt. entnehmen. Aufgrund der Aufzeichnungen zu der "Café-Snack-Bar" sei vielmehr davon auszugehen, dass wesentlich mehr Zeiten geleistet worden seien als bisher berücksichtigt. Die Angaben des ASt. in dem Erörterungstermin am 30.10.2008 seien widersprüchlich und nicht glaubhaft. Auch wenn sich dieser mit dem Finanzamt für Steuerstrafsachen und Steuerfahndung L über einen geringeren als von ihr selbst geschätzten Umfang der Beschäftigung von Mitarbeitern im Service einigen sollte, sei dies für die beitragsrechtliche Behandlung nicht bindend.

Dem Senat ist es nach umfangreichen Bemühungen erst Ende August 2008 gelungen, zumindest die Terminkalender des ASt. von der zuständigen Staatsanwaltschaft L beizuziehen. In einem Termin zur Erörterung des Sachverhalts mit Beweisaufnahme hat der Senat den ASt. umfangreich zu den Eintragungen in den Terminkalendern und den sonstigen Gegebenheiten im streitgegenständlichen Zeitraum befragt. Der Senat nimmt wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme auf die Niederschrift der Sitzung vom 30.10.2008 Bezug.

Wegen der weiteren Einzelheiten der Sach- und Rechtslage und des Vorbringens der Beteiligten im Einzelnen wird auf den Inhalt der Prozess- sowie der Verwaltungsakten der AG'in, auf die Akten der Staatsanwaltschaft L (Az.: 000) und die beigezogenen Terminkalender verwiesen, die ihrem wesentlichen Inhalt nach Gegenstand der Beratung und Entscheidung gewesen sind.

II.

Die Beschwerde des ASt. gegen den Beschluss des Sozialgerichts Köln vom 24.09.2007 hat keinen Erfolg.

Es bestehen keine Bedenken gegen die Zulässigkeit der Beschwerde, insbesondere nicht bezüglich der Wahrung der Beschwerdefrist, [§ 173 S. 1 und 2 SGG](#). Zwar ist die Beschwerde erst am Montag, dem 29.10.2007, und damit nach Ablauf der am Freitag, dem 26.10.2007, endenden Beschwerdefrist bei dem Sozialgericht eingegangen. Der Prozessbevollmächtigte des ASt. hat jedoch, insbesondere durch Vorlage der eidesstattlichen Erklärung seiner zuverlässigen und bewährten Mitarbeiterin, die für die Versendung von Gerichtspost zuständig ist, glaubhaft gemacht, dass ihm kein seinem Mandanten zuzurechnendes Organisationsverschulden vorzuwerfen ist und die Voraussetzungen für eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß [§ 67 Abs. 1 und 2 SGG](#) vorliegen, die zu gewähren ist.

Die Beschwerde ist jedoch nicht begründet. Der Beschluss des Sozialgerichts vom 24.09.2007, mit dem dieses die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des ASt. vom 03.04.2007 gegen den Beitragsbescheid der AG in vom 15.03.2007 insoweit angeordnet hat, als ein Betrag von mehr als 91.804,83 EUR nachgefordert wird, und mit dem es im Übrigen den Antrag abgelehnt hat, ist nicht zu beanstanden. Da die AG'in selbst keine Beschwerde, auch keine Anschlussbeschwerde erhoben hat, ist Gegenstand der Überprüfung durch den Senat ohnehin nur die Frage, ob die Beschränkung der Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs auf einen Teil der Beitragsforderung zutreffend erfolgt ist. Wegen des auch im

Beschwerdeverfahren geltenden Verbotes der reformatio in peius (vgl. Meyer-Ladewig/Keller/ Leitherer, a. a. O., § 123 RdNr. 5 m. w. N.) wäre der Senat an einer dem ASt. zum Nachteil gereichenden Verböserung gehindert.

Nach [§ 86b Abs. 1 S. 1 Nr. 2](#) i. V. m. [§ 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag in den Fällen, in denen Widerspruch oder Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung haben, die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise anordnen. Die aufschiebende Wirkung entfällt gemäß [§ 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) bei Entscheidungen über Beitragspflichten und die Anforderung von Beiträgen einschließlich der darauf entfallenden Nebenkosten, um die es vorliegend geht. Maßstab für eine Entscheidung in einem Eilverfahren, ob dennoch die aufschiebende Wirkung durch das Gericht angeordnet wird, ist gemäß [§ 86b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGG](#) eine umfassende Abwägung des privaten Aufschubinteresses des Antragstellers einerseits und des öffentlichen Interesses an der Vollziehung des Verwaltungsaktes andererseits. Vor allem dann, wenn der Verwaltungsakt bereits nach summarischer Prüfung offensichtlich rechtswidrig ist, kann schlechterdings ein öffentliches Interesse an seiner sofortigen Vollziehbarkeit nicht bestehen, so dass das Aufschubinteresse Vorrang hat. In den anderen Fällen verbleibt es bei der gesetzlichen Anordnung des Entfallens der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs und der Anfechtungsklage. Dem Gesetz ist ein Regel-Ausnahme-Verhältnis zu Lasten des Suspensiveffektes zu entnehmen, da der Gesetzgeber die sofortige Vollziehung als Regelfall angeordnet hat. Die Anordnung der aufschiebenden Wirkung muss daher eine mit gewichtigen Argumenten zu begründende Ausnahme bleiben (Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 9. Aufl. 2008, § 86b RdNr. 12c m. w. N.).

Eine offensichtliche Rechtswidrigkeit des angefochtenen Beitragsbescheides vermag der Senat nicht zu erkennen.

Die Beiträge zur Sozialversicherung werden – wie schon das SG zutreffend ausgeführt hat – auf der Grundlage der beitragspflichtigen Einnahmen erhoben (vgl. für die Rentenversicherung (RV) [§§ 157, 162](#) Sozialgesetzbuch Sechstes Buch (SGB V)-, für die Krankenversicherung (KV) [§ 220 Abs. 1, § 226](#) Sozialgesetzbuch Fünftes Buch (SGB V), für die Pflegeversicherung (PV) [§ 57](#) Sozialgesetzbuch Elftes Buch (SGB XI) und für den Bereich der Arbeitsförderungsrecht [§ 341](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III)). Zu den beitragspflichtigen Einnahmen gehören bei Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, vor allem das Arbeitsentgelt ([§ 162](#) Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB VI), [§ 226 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB V](#)). Darüber hat der Arbeitgeber gemäß [§ 28f Abs. 1 SGB IV](#) i. V. m. § 2 der Verordnung über die Durchführung der Beitragsüberwachung und die Auskunfts- und Vorlagepflichten (Beitragsüberwachungsverordnung (BeitrÜV), außer Kraft getreten zum 30.06.2006) für jeden Arbeitnehmer Lohnunterlagen zu führen gehabt. Gemäß [§ 28f Abs. 2 S. 1 SGB IV](#) kann der prüfende Träger der RV den Beitrag in der KV, PV, RV und zur Arbeitsförderung von der Summe der von dem Arbeitgeber gezahlten Arbeitsentgelte geltend machen, wenn der Arbeitgeber die Aufzeichnungspflicht nicht ordnungsgemäß erfüllt hat und dadurch die Versicherungs- oder Beitragspflicht oder die Beitragshöhe nicht festgestellt werden kann. Dies gilt gemäß Satz 2 der Vorschrift nicht, soweit ohne unverhältnismäßig großen

Verwaltungsaufwand festgestellt werden kann, dass Beiträge nicht zu zahlen gewesen sind oder Arbeitsentgelt einem bestimmten Beschäftigten zugeordnet werden kann. Soweit der prüfende Träger der RV die Höhe der Arbeitsentgelte nicht oder nicht ohne unverhältnismäßig großen Verwaltungsaufwand ermitteln könne, hat er diese zu schätzen. Dabei ist für das monatliche Arbeitsentgelt eines Beschäftigten das an dem Beschäftigungsort ortsübliche Arbeitsentgelt mit zu berücksichtigen.

Die AG'in ist vorliegend berechtigt gewesen, die Beiträge zur Sozialversicherung von dem ASt. nachzufordern und hierfür sowohl den Umfang zu schätzen, in welchem der ASt. Arbeitnehmer beschäftigt gehabt hat, als auch die Arbeitsentgelte, die an diese Arbeitnehmer entrichtet worden sind. Wegen der Begründung nimmt der Senat vollinhaltlich auf die zutreffenden Entscheidungsgründe des angefochtenen Beschlusses Bezug, denen er sich nach eigener Prüfung der Sach- und Rechtslage vollinhaltlich anschließt, [§ 153 Abs. 2 SGG](#). Auch unter Berücksichtigung des Vorbringens des ASt. im Beschwerdeverfahren, insbesondere seiner Angaben in dem Erörterungstermin am 30.10.2008, und der Inhalte der beigezogenen Terminkalender vermag der Senat keine überwiegenden Interessen des ASt. an einer Anordnung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs zu erkennen. Der Senat hält es vielmehr für bemerkenswert – das Sozialgericht wird dies in einem möglichen Hauptsacheverfahren und vor ihm die AG in im Rahmen des Vorverfahrens zu würdigen haben –, dass der ASt. bis heute noch keine vollständige Liste der persönlichen Daten der von ihm Beschäftigten vorgelegt hat, die weitere Ermittlungen erst ermöglichen würden. Zum Teil sind lediglich Vornamen bekannt, die selbstverständlich keiner Person bzw. Versicherungsnummer zugeordnet werden können. Dem Senat drängt sich aufgrund des gesamten Verhaltens des ASt. im vorliegenden Verfahren auf, dass der ASt., der bislang keinerlei Bemühungen gezeigt hat, den Sachverhalt weiter aufzuklären, nach Kräften zu verschleiern versucht, welche Personen in welchem Umfang für seine Betriebe tätig geworden sind, auch wenn er bei oberflächlicher Betrachtung mitzuwirken scheint. So sprechen die Erläuterungen des ASt., die er in dem Erörterungstermin am 30.10.2008 abgegeben hat, zu seinen schriftlichen Auswertungen der Terminkalender für sich. Der ASt. hat nicht einmal plausibel machen können, warum er bestimmten Eintragungen – ohne sich scheinbar konkret an die Ereignisse und Situationen erinnern zu können – bestimmte Erklärungsinhalte beimisst, anderen, vergleichbar erscheinenden Eintragungen wiederum nicht, insgesamt jedoch mit der deutlichen Tendenz, eine möglichst geringe Beitragsnachzahlung zu erreichen. Gegen die Redlichkeit des ASt., die das Sozialgericht im Rahmen der Bejahung der dreißigjährigen Verjährungsfrist zutreffend bewertet hat, spricht ebenfalls, dass er nach eigenen Angaben sämtliche Lohnzahlungen an nicht zur Sozialversicherung gemeldete Arbeitskräfte steuerlich nicht als Ausgaben geltend gemacht hat. Ob daraus der Schluss zu ziehen ist, dass der Kläger auch Einnahmen aus seinen Betrieben nicht versteuert und die Ausgaben für die o. g. Arbeitskräfte oder die umfangreichen Renovierungsarbeiten, die er in dem Gebäude, in dem die "S" gelegen ist, durchgeführt hat, aus diesen Schwarzgeldern bestritten hat, wird das Sozialgericht in einem möglichen Hauptsacheverfahren zu bewerten haben. Verwunderlich erscheint in diesem Zusammenhang insbesondere, dass der Kläger steuerlich auch Ausgaben für die

von ihm beschäftigten Schülerinnen, bei denen er nach eigener Behauptung – fälschlicherweise – nicht von einer Beitragspflicht ausgegangen ist, nicht geltend gemacht hat. Jedenfalls wird das Sozialgericht in einem möglichen Hauptsacheverfahren ebenfalls zu berücksichtigen haben, dass den Arbeitgeber – worauf die AG in zu Recht hingewiesen hat – die Beweislast hinsichtlich des Abweichens vom Regelfall einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung in Form von geringfügigen Beschäftigungsverhältnissen trifft. Falls es, was für die vorliegende Entscheidung nicht mehr der Fall ist, auf die finanzielle Leistungsfähigkeit des ASt. ankäme, hätte der Senat auch insoweit weiteren Ermittlungsbedarf gesehen. Es dürfte sich insoweit aufdrängen, zumindest die Hintergründe und den tatsächlichen Umfang seiner Beschäftigung für seine Lebensgefährtin zu überprüfen. Die behauptete Mittellosigkeit ist jedenfalls nicht ohne Weiteres nachzuvollziehen.

Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 197a Abs. 1 S. 1 SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 2](#) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO).

Die Streitwertfestsetzung folgt aus [§§ 197, 197a SGG](#) i.V.m. [§§ 52 Abs. 1, 53 Abs. 3 Nr. 4](#) Gerichtskostengesetz (GKG) und berücksichtigt, dass in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes, die Beitragsangelegenheiten betreffen, regelmäßig nur ein Viertel bis ein Drittel des Wertes der Hauptsache (ohne Nebenforderungen) als Streitwert anzusetzen ist. Angesichts der Bedeutung und des Umfangs der Sache erscheint ein Wert von einem Drittel der Hauptforderung angemessen. Da der ASt. auch im Beschwerdeverfahren die umfassende Anordnung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs gegen den Beitragsbescheid begehrt, hat der Senat die Höhe der von ihm eingeräumten Beitragsnachforderungen von der Ausgangssumme nicht in Abzug bringen können.

Erstellt am: 19.03.2009

Zuletzt verändert am: 19.03.2009