

---

## S 29 R 1150/17 ER

### Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	-
Sozialgericht	Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet	Sonstige Angelegenheiten
Abteilung	8
Kategorie	-
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	-
Leitsätze	-
Normenkette	-

#### 1. Instanz

Aktenzeichen	S 29 R 1150/17 ER
Datum	14.12.2017

#### 2. Instanz

Aktenzeichen	L 8 BA 4/18 B ER
Datum	16.12.2019

#### 3. Instanz

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

Die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Sozialgerichts Duisburg vom 14.12.2017 wird zurückgewiesen. Auf die Beschwerde der Antragsgegnerin wird der Beschluss des Sozialgerichts Duisburg vom 14.12.2017 geändert. Der Antrag der Antragstellerin auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs gegen den Bescheid vom 1.9.2017 wird abgelehnt, soweit Beiträge nebst Säumniszuschläge für die Versicherte T nachgefordert werden. Die weitergehende Beschwerde der Antragsgegnerin wird zurückgewiesen. Von den Kosten des gesamten Verfahrens tragen die Antragstellerin 3/4 und die Antragsgegnerin 1/4 jeweils mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die ihre außergerichtlichen Kosten selbst tragen. Der Streitwert wird für das gesamte Verfahren auf 3.594,49 Euro festgesetzt.

#### Gründe:

Die am 5.1.2018 eingelegte Beschwerde der Antragsgegnerin gegen den ihr am 15.12.2017 zugestellten Beschluss des Sozialgerichts (SG) Duisburg vom 14.12.2017 ist zulässig, insbesondere gemäß [§ 172 Abs. 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) statthaft sowie form- und fristgerecht ([§ 173 Satz 1](#), [§ 64 Abs. 1](#), [Abs. 2](#), [§ 63 SGG](#)) eingelegt worden.

---

Die am 15.1.2018 eingelegte Beschwerde der Antragstellerin gegen den ihr am 15.12.2017 zugestellten Beschluss des SG Duisburg vom 14.12.2017 ist zulässig, insbesondere gemäß [§ 172 Abs. 1 SGG](#) statthaft sowie form- und fristgerecht ([§ 173 Satz 1](#), [§ 64 Abs. 1, Abs. 2](#), [§ 63 SGG](#)) eingelegt worden.

Die Beschwerde der Antragstellerin ist jedoch unbegründet, die der Antragsgegnerin ist nur hinsichtlich der Beschäftigten T begründet, im Übrigen unbegründet. Denn die Antragsgegnerin fordert nach der im einstweiligen Rechtsschutzverfahren vorzunehmenden summarischen Prüfung von der Antragstellerin zu Recht mit dem Bescheid vom 1.9.2017 für den Zeitraum vom 1.1.2012 bis 31.12.2015 Sozialversicherungsbeiträge einschließlich Säumniszuschläge für die Beschäftigten W, T, H, C T, K C T, B U, B E, L G, N I, B Q und O U nach. Hinsichtlich der Beschäftigten S M, N T und C U reichen die Feststellungen der Antragsgegnerin zur Begründung von Beitragsforderungen noch nicht aus.

Nach [§ 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG](#) kann das Gericht der Hauptsache in den Fällen, in denen Widerspruch oder Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung haben, diese ganz oder teilweise anordnen. Die aufschiebende Wirkung entfällt gemäß [§ 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) bei Entscheidungen über Beitragspflichten und die Anforderung von Beiträgen sowie der darauf entfallenden Nebenkosten einschließlich der Säumniszuschläge (vgl. zu Letzteren: Senat, Beschluss v. 7.1.2011, [L 8 R 864/10 B ER](#), [NZS 2011, 906](#); Beschluss v. 9.1.2013, [L 8 R 406/12 B ER](#); Beschluss v. 27.6.2013, [L 8 R 114/13 B ER](#); Beschluss v. 11.3.2016, [L 8 R 506/14 B ER](#), jeweils juris). Die Entscheidung, ob die aufschiebende Wirkung ausnahmsweise durch das Gericht angeordnet wird, erfolgt aufgrund einer umfassenden Abwägung des Suspensivinteresses des Antragstellers einerseits und des öffentlichen Interesses an der Vollziehung des Verwaltungsaktes andererseits. Im Rahmen dieser Interessenabwägung ist in Anlehnung an [§ 86a Abs. 3 Satz 2 SGG](#) zu berücksichtigen, in welchem Ausmaß Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsaktes bestehen oder ob die Vollziehung für den Antragsteller eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte.

Da [§ 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) das Vollzugsrisiko bei Beitragsbescheiden grundsätzlich auf den Adressaten verlagert, können nur solche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Bescheides ein überwiegendes Suspensivinteresse begründen, die einen Erfolg des Rechtsbehelfs in der Hauptsache, hier des Widerspruchs, zumindest überwiegend wahrscheinlich erscheinen lassen. Hierfür reicht es nicht schon aus, dass im Rechtsbehelfsverfahren möglicherweise noch ergänzende Tatsachenfeststellungen zu treffen sind. Maßgebend ist vielmehr, ob nach der Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der Eilentscheidung mehr für als gegen die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides spricht (vgl. Senat, Beschluss v. 7.1.2011, [a.a.O.](#); Beschluss v. 10.1.2012, [L 8 R 774/11 B ER](#); Beschluss v. 10.5.2012, [L 8 R 164/12 B ER](#); Beschluss v. 9.1.2013, [a.a.O.](#); Beschluss v. 27.6.2013, [a.a.O.](#); Beschluss v. 11.3.2016, [a.a.O.](#), jeweils juris).

Nach diesen Maßstäben ist die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs nur

---

bezüglich der Beschäftigten S M, N T und C U anzuordnen, im Übrigen jedoch nicht.

1. Der Bescheid vom 1.9.2017 wird sich in der Hauptsache nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit hinsichtlich der Beschäftigten W, T, H, C T, K C T, B U, B E, L G, N I, B Q und O U als rechtswidrig erweisen.

a) Der Bescheid vom 1.9.2017 ist formell rechtmäßig. Die Antragstellerin wurde vor Erlass des sie belastenden Prüfungsbescheides mit Schreiben vom 2.5.2017 gemäß [§ 24 Abs. 1](#) Sozialgesetzbuch Zehntes Buch (SGB X) angehört.

b) Nach der im Verfahren vorläufigen Rechtsschutzes gebotenen summarischen Prüfung sind Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes in materiell-rechtlicher Hinsicht in einem die Anordnung der aufschiebenden Wirkung rechtfertigenden Umfang ebenfalls nicht gegeben.

Nach [§ 28e Abs. 1 SGB IV](#) hat der Arbeitgeber den Gesamtsozialversicherungsbeitrag für die bei ihm Beschäftigten, d.h. die für einen versicherungspflichtigen Beschäftigten zu zahlenden Beiträge zur Kranken-, Renten-, Arbeitslosen- und Pflegeversicherung ([§ 28d](#) Sätze 1 und 2 SGB IV), zu entrichten. Der Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung unterliegen Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind ([§ 5 Abs. 1 Nr. 1](#) Sozialgesetzbuch Fünftes Buch [SGB V], [§ 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1](#) Sozialgesetzbuch Elftes Buch [SGB XI], [§ 1 Satz 1 Nr. 1](#) Sozialgesetzbuch Sechstes Buch [SGB VI], [§ 25 Abs. 1 Satz 1](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch [SGB III]). Dies gilt nicht, wenn eine zur Entgeltgeringfügigkeit führende Beschäftigung nach [§ 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV](#) vorliegt, die nach [§ 27 Abs. 2 Satz 1 SGB III](#), [§ 7 SGB V](#) und [§ 5 Abs. 2 Nr. 1 SGB VI](#) zur grundsätzlichen Versicherungsfreiheit in den jeweiligen Zweigen der Sozialversicherung führt. In diesem Fall besteht lediglich die Pflicht zur Abführung pauschaler Sozialversicherungsbeiträge für den Arbeitgeber in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung ([§ 249b Satz 1 SGB V](#), [§ 172 Abs. 3 Satz 1 SGB VI](#)).

Es spricht derzeit mehr dafür als dagegen, dass für die Arbeitnehmer der Antragstellerin in dem der Beitragsnacherhebung zugrunde gelegten und im Beschwerdeverfahren streitigen Zeitraum höhere Beiträge zu den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung zu entrichten waren. Überwiegende Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Höhe der nacherhobenen Pflichtbeiträge zur Sozialversicherung sowie hinsichtlich der in dem Bescheid festgesetzten Säumniszuschläge sind derzeit nicht erkennbar.

Der Senat nimmt zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug auf die im Wesentlichen zutreffenden Gründe im angefochtenen Beschluss, denen er sich – mit Ausnahme der Ausführungen zur Beschäftigten T – anschließt ([§ 142 Abs. 2 Satz 3 SGG](#)). Das Beschwerdevorbringen der Antragstellerin rechtfertigt keine abweichende Beurteilung.

Hinsichtlich der Beschäftigten T ist nach summarischer Prüfung ebenfalls von einer im Wesentlichen rechtmäßigen Beitragsforderung auszugehen. Zunächst sind von

---

der Antragstellerin für Januar 2013 überhaupt keine Beiträge gezahlt worden, obwohl die Versicherte T für sie bereits in diesem Monat ausweislich des entsprechenden Stundennachweises in einem Umfang von 45,75 Stunden entgeltlich tätig war. Für die Monate Februar bis August 2013 ergeben sich teils erhebliche Tariflohnunterschreitungen, die im Wesentlichen durch die Anwendung des sog. Optimallohnmodells verursacht wurden. Ausweislich des Lohnkontos für 2013 wurden z.B. für den März Beiträge zur Sozialversicherung auf der Grundlage eines Bruttolohns von 437,71 EUR gezahlt. Ausgehend von 83,50 Arbeitsstunden ergibt sich auf der Grundlage des allgemeinverbindlichen Entgelttarifvertrages für das Gaststätten- und Hotelgewerbe des Landes Nordrhein-Westfalen v. 4.5.2012 (ETV NRW 2012), allgemeinverbindlich mit Wirkung ab dem 4.9.2012, ein Lohnanspruch in Höhe von 613,73 EUR (= 83,50 Stunden x 7,35 EUR). Für z.B. Mai 2013 ergibt sich ein Lohnanspruch i.H.v. 826,65 EUR (= 99 Stunden x 8,35 EUR) statt der verbeitragten 532,92 EUR.

Hinsichtlich der Beschäftigten H ist nach summarischer Prüfung davon auszugehen, dass es sich bei den gewährten Nachtarbeits- und Feiertagszuschlägen um pauschal ohne Rücksicht auf den konkreten Umfang der erbrachten Nacht- und Feiertagsarbeit geleistete Zuschläge handelt, da diese stets gleich hoch waren. Nach der Rechtsprechung des BFH setzt die Steuerfreiheit von Zuschlägen, die der Arbeitgeber ohne Rücksicht auf den konkreten Umfang der in einem bestimmten Entgeltabrechnungszeitraum tatsächlich erbrachten Sonn-, Feiertags- und Nachtarbeit an den Arbeitnehmer (pauschal) leistet, nämlich jedenfalls voraus, dass diese Zuschläge nach dem übereinstimmenden Willen der Arbeitsvertragsparteien als Abschlagszahlungen oder Vorschüsse auf eine spätere Einzelabrechnung geleistet werden; dazu muss der Arbeitgeber die geleisteten Arbeitsstunden auflisten und spätestens beim Abschluss des Lohnkontos abrechnen (vgl. BSG, Urteil v. 7.5.2014, [B 12 R 18/11 R](#), [BSGE 115, 295](#)-309, SozR 4-2400 § 17 Nr. 1, Rn. 46). Dass dieses geschehen ist, ist nicht ersichtlich, damit auch keine Steuer- und Beitragsfreiheit.

Bei den unter Ziffer 1. genannten Beschäftigten – mit Ausnahme der Beschäftigten H – geht die Antragsgegnerin zu Recht davon aus, dass die von der Antragstellerin gezahlten Löhne wie am Beispiel der Beschäftigten T dargelegt in den Jahren 2012 bis 2014 nahezu ausnahmslos die Tariflöhne und bezüglich des Beschäftigten W in 2015 den gesetzlichen Mindestlohn unterschritten. Die Anwendung des sog. Optimallohnmodells führte letztlich dazu, dass die Unterschreitung von Tariflöhnen durch die rechtswidrige Anrechnung von Nachtarbeits- und Feiertagszuschlägen weiter vergrößert wurde. Rechtmäßigerweise sind diese Zuschläge hingegen zusätzlich zum Brutto-Tariflohn zu gewähren. Für die Nachtarbeitszuschläge folgt dies aus [§ 6 Abs. 5](#) Arbeitszeitgesetz, für die Feiertagszuschläge aus § 4 Ziff. 4.2 und 4.4 Manteltarifvertrag für das Gaststätten- und Hotelgewerbe des Landes Nordrhein-Westfalen e.V. v. 23.3.1995 i.d.F. v. 15.7.2004 [MTV], mit Wirkung ab dem 15.7.2004 für allgemeinverbindlich erklärt. Hiergegen hat die Antragstellerin offensichtlich verstoßen, insbesondere durch die Anwendung des sog. Optimallohnmodells. Dies ergibt sich eindeutig bereits aus den vorliegenden Lohnunterlagen, insbesondere den Lohnkonten. Da die tarifvertraglichen Bestimmungen den arbeitsvertraglichen Regelungen vorgehen, bedurfte es nicht

---

der Feststellung der arbeitsvertraglichen Regelungen. Aus solchen könnten sich allenfalls höhere Entgeltansprüche und damit höhere Beitragsforderungen ergeben. Dass die Antragsgegnerin damit letztlich zu einer Verbeitragung der angerechneten Nachtarbeits- und Feiertagszuschläge gelangte, ist nach der im einstweiligen Rechtsschutzverfahren vorzunehmenden summarischen Prüfung nicht zu beanstanden, ebenso wenig gem. [§ 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV](#) die Hochrechnung von einem Netto- auf einen Bruttolohn bezüglich der Beschäftigten H und T. Nach summarischer Prüfung bestehen keine Zweifel daran, dass die Tariflöhne von der Antragstellerin – zumindest bedingt – vorsätzlich unterschritten wurden, sodass eine Hochrechnung auf [§ 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV](#) mit der Folge der Fiktion einer Nettolohnvereinbarung gestützt werden kann. Für eine unverschuldete Nichtentrichtung der Beiträge nach [§ 24 Abs. 2 SGB IV](#) bestehen danach ebenfalls keine Anhaltspunkte, sodass Säumniszuschläge zu Recht gefordert werden.

Eine Verjährung der Beitragsforderung ist ersichtlich nicht eingetreten. Dies gilt hinsichtlich der Beitragsforderung für die Jahre von 2013 bis 2015 bereits unter Berücksichtigung der 4-jährigen Verjährungsfrist gem. [§ 25 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#). Dies gilt ebenso für die Beitragsforderung für das Jahr 2012, da durch die ab dem 26.4.2016 bis zum 2.5.2017 durchgeführte Betriebsprüfung gem. [§ 25 Abs. 2 SGB IV](#) die Verjährung gehemmt war. Im Übrigen gilt aufgrund der zumindest bedingt vorsätzlichen Beitragsvorenthaltung die Verjährungsfrist von 30 Jahren ([§ 25 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#)).

Die Prüfung der jeweils genauen Höhe der Beitragsforderungen bleibt dem Hauptsacheverfahren vorbehalten, insbesondere im Hinblick auf den Beschäftigten W. Die Bedenken der Antragsgegnerin hinsichtlich des Zeitpunkts der Anfertigung der Stundenaufzeichnungen für 2015 sind zumindest nachvollziehbar. Das sehr einheitliche Schriftbild lässt ohne weiteres den Verdacht aufkommen, dass es sich tatsächlich nicht um Stundennachweise handelt, sondern diese Aufzeichnungen erst nachträglich für das laufende Verfahren erstellt wurden.

2. Hinsichtlich der Beschäftigten S M, N T und C U bestehen allerdings ernste Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Bescheides vom 1.9.2017.

Der Senat verweist insoweit zur Vermeidung von Wiederholungen auf die zutreffenden Ausführungen der angefochtenen Entscheidung ([§ 142 Abs. 2 Satz 3 SGG](#)). Das Beschwerdevorbringen der Antragsgegnerin rechtfertigt keine abweichende Beurteilung. Denn bezüglich der genannten Personen tragen die bisherigen Feststellungen die Beitragsforderungen nicht. Aus den bisher ausgewerteten Unterlagen ergeben sich im Gegensatz zur Gruppe der Beschäftigten zu Ziffer 1. keine Tariflohnunterschreitungen. Unklar bleibt, welche konkreten vertraglichen Regelungen, insbesondere im Hinblick auf Entgeltansprüche dieser Beschäftigten galten. Es sind daher im Hauptsacheverfahren unter Einbeziehung der Antragstellerin und ggf. der Beschäftigten, wenn die Antragstellerin ihren Mitwirkungspflichten nicht nachkommen sollte, die entsprechenden Feststellungen nachzuholen, dies gilt in Bezug auf den Beschäftigten S M vornehmlich hinsichtlich des Zeitraums ab dem 1.1.2012. Die Feststellung der vertraglichen Regelungen im Zeitraum davor, reicht nicht aus.

---

2. Soweit demnach der Bescheid vom 1.9.2017 nicht außer Vollzug gesetzt wurde und damit Beiträge einstweilen zu entrichten sind, hat die Antragstellerin nicht glaubhaft gemacht, dass die Vollziehung des Betriebsprüfungsbescheides eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hat. Allein die mit der Zahlung auf eine Beitragsforderung für sie verbundenen wirtschaftlichen Konsequenzen führen nicht zu einer solchen Härte, da sie lediglich Ausfluss der Erfüllung gesetzlich auferlegter Pflichten sind. Darüber hinausgehende, nicht oder nur schwer wieder gut zu machende Nachteile sind nicht hinreichend dargelegt. Eine beachtliche Härte in diesem Sinne ist regelmäßig nur dann denkbar, wenn es dem Beitragsschuldner gelingt darzustellen, dass das Beitreiben der Forderung aktuell die Insolvenz und/oder die Zerschlagung seines Geschäftsbetriebes zur Folge hätte, die Durchsetzbarkeit der Forderung bei einem Abwarten der Hauptsache aber zumindest nicht weiter gefährdet wäre als zurzeit (Senat, Beschluss v. 13.7.2011, [L 8 R 287/11 B ER](#), juris). Das ist vorliegend jedoch nicht glaubhaft gemacht. Die Darstellung der Antragstellerin hierzu hätte unter Einbeziehung ihrer privaten Einkommens- und Vermögensverhältnisse erfolgen müssen, da sie ihren Gastronomiebetrieb als Einzelunternehmerin betreibt.

Hinsichtlich etwaiger mit dem Forderungseinzug verbundener wirtschaftlicher Härten hat sich der Antragsteller an die zuständige Einzugsstelle zu wenden. Diese hat als Anspruchsinhaberin bzw. gesetzliche Prozessstandschafterin des Anspruchs auf Zahlung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags (vgl. [§ 28h Abs. 1 Satz 3 SGB IV](#)) über Fragen des Forderungseinzugs zu befinden und insoweit über eine etwaige Stundung, einen Erlass oder die Niederschlagung der Beitragsforderung ([§ 76 Abs. 3 SGB IV](#)) sowie die Einstellung bzw. Beschränkung der Zwangsvollstreckung (vgl. [§ 257 Abgabenordnung](#)) zu entscheiden (vgl. zur Zuständigkeit der Einzugsstelle im Rahmen des Beitragseinzugs auch BSG, Urteil v. 28.5.2015, [B 12 R 16/13 R](#), juris, Rdnr. 23).

III. Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i.V.m. [§§ 154 Abs. 2](#), [162 Abs. 3](#) Verwaltungsgerichtsordnung, die Entscheidung über den Streitwert auf [§§ 52, 53 Abs. 2 Nr. 4](#) Gerichtskostengesetz und berücksichtigt, dass in Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes, die Beitragsangelegenheiten betreffen, regelmäßig nur ein Viertel des Wertes der Hauptsache einschließlich der Säumniszuschläge als Streitwert anzusetzen ist (Senat, Beschluss v. 8.10.2010, [L 8 R 368/10 ER](#), juris).

Dieser Beschluss kann nicht mit der Beschwerde zum Bundessozialgericht angefochten werden ([§ 177 SGG](#)).

Erstellt am: 03.01.2020

Zuletzt verändert am: 03.01.2020