
S 40 BA 206/18 ER

Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

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

1. Instanz

Aktenzeichen	S 40 BA 206/18 ER
Datum	24.01.2019

2. Instanz

Aktenzeichen	L 8 BA 40/19 B ER
Datum	14.04.2020

3. Instanz

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

Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Sozialgerichts Köln vom 24.1.2019 geändert und die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin vom 15.3.2018 gegen den Bescheid vom 21.2.2018 angeordnet. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten beider Rechtszüge mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die ihre außergerichtlichen Kosten selbst trägt. Der Streitwert für das gesamte Verfahren wird auf 169.916,76 Euro festgesetzt.

Gründe:

Die Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig und begründet. Die aufschiebende Wirkung ihres Widerspruchs vom 15.3.2018 gegen den Bescheid vom 21.2.2018 ist anzuordnen.

Gemäß [§ 86b Abs. 1 S. 1 Nr. 2](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) kann das Gericht der Hauptsache in den Fällen, in denen Widerspruch oder Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung haben, diese auf Antrag ganz oder teilweise anordnen. Widerspruch und Anfechtungsklage gegen eine – wie hier erfolgte – Entscheidung über Beitragspflichten und die Anforderung von Beiträgen sowie der darauf

entfallenden Nebenkosten haben gem. [§ 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) keine aufschiebende Wirkung. Dies gilt auch für Säumniszuschläge (st. Rspr. des Senats, vgl. z.B. Beschl. v. 11.3.2016 - [L 8 R 506/14 B ER](#) - juris Rn. 49 m.w.N.).

Die Entscheidung, ob eine aufschiebende Wirkung ausnahmsweise gem. [§ 86b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGG](#) durch das Gericht angeordnet wird, erfolgt aufgrund einer umfassenden Abwägung des Suspensivinteresses des Antragstellers einerseits und des öffentlichen Interesses an der Vollziehung des Verwaltungsakts andererseits. Im Rahmen dieser Interessenabwägung ist in Anlehnung an [§ 86a Abs. 3 S. 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 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 (st. Rspr. des Senats, vgl. z.B. Beschl. v. 11.3.2016 - [L 8 R 506/14 B ER](#) - juris Rn. 51 m.w.N.).

Tragen die vom prüfenden Rentenversicherungsträger getroffenen bzw. in verfahrensrechtlich zulässiger Weise verwerteten Feststellungen anderer Behörden (z.B. der Hauptzollämter) die beitragsrechtliche Bewertung des Sachverhalts im angegriffenen Bescheid nicht und sind zur Feststellung der Schlüssigkeit der Beitragsforderung noch umfangreiche, das Maß "ergänzender Feststellungen" überschreitende Ermittlungen erforderlich, sind überwiegende Zweifel an der Rechtmäßigkeit dieses Bescheides begründet. Einer Anordnung der aufschiebenden Wirkung eines gegen den Bescheid erhobenen Rechtsbehelfs steht in diesem Fall auch nicht entgegen, dass sich der Bescheid unter Umständen aufgrund weiterer Ermittlungen doch noch im Ergebnis als rechtmäßig herausstellen kann (vgl. Senatsbeschl. v. 24.3.2017 - [L 8 R 17/15 B ER](#) - juris Rn. 4).

Auf dieser Grundlage ist im vorliegenden Fall die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin anzuordnen, weil die von der Antragsgegnerin getroffenen Feststellungen und angestellten Ermittlungen die von ihr im angegriffenen Bescheid angenommene Verpflichtung der Antragstellerin zur Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen in Höhe von 679.667,04 Euro einschließlich Säumniszuschlägen nicht hinreichend stützen.

Rechtsgrundlage des aufgrund einer Betriebsprüfung ergangenen Bescheides vom 21.2.2018 und der darin festgesetzten Beitragsnachforderung ist [§ 28p Abs. 1 S. 1 und S. 5 SGB IV](#). Danach prüfen die Träger der Rentenversicherung bei den Arbeitgebern, ob diese ihre Meldepflichten und ihre sonstigen Pflichten nach dem SGB IV, die im Zusammenhang mit den Gesamtsozialversicherungsbeiträgen

stehen, ordnungsgemäß erfüllen; sie prüfen insbesondere die Richtigkeit der Beitragszahlungen und der Meldungen ([§ 28a SGB IV](#)). Im Rahmen der Prüfung werden gegenüber den Arbeitgebern Verwaltungsakte (sog. Prüfbescheide) zur Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung einschließlich der Widerspruchsbescheide erlassen.

Die Feststellung der Versicherungspflicht und Beitragshöhe im Prüfbescheid hat grundsätzlich personenbezogen zu erfolgen. Als Ausnahme von diesem Grundsatz kann der prüfende Träger der Rentenversicherung nach [§ 28f Abs. 2 S. 1 SGB IV](#) den Beitrag in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung und zur Arbeitsförderung von der Summe der vom Arbeitgeber gezahlten Arbeitsentgelte geltend machen (sog. Summenbescheid), wenn ein Arbeitgeber die Aufzeichnungspflicht nicht ordnungsgemäß erfüllt hat und dadurch die Versicherungs- oder Beitragspflicht oder die Beitragshöhe nicht festgestellt werden können. Dieser Verzicht auf die grundsätzlich erforderliche Personenbezogenheit der Feststellungen ist charakteristisch für den Summenbescheid; erfolgt allein eine Schätzung der Entgelte einzelner Arbeitnehmer ([§ 28f Abs. 2 S. 3 und S. 4 SGB IV](#)) bei fortbestehender personenbezogener Feststellung der Beitragshöhe, so liegt kein Summenbescheid im Sinne des [§ 28f Abs. 2 S. 1 SGB IV](#) vor (vgl. BSG Urt. v. 16.12.2015 - [B 12 R 11/14 R](#) - juris Rn. 18). Ob der prüfende Rentenversicherungsträger einen Summenbescheid erlassen darf, beurteilt sich nach den Verhältnissen bei Bekanntgabe des Bescheides. Entscheidend ist, ob aufgrund einer Gesamtwürdigung der Erlass eines Summenbescheides verhältnismäßig ist. Dies kann im gerichtlichen Verfahren voll überprüft werden (vgl. BSG Urt. v. 7.2.2002 - [B 12 KR 12/01 R](#) - juris Rn. 28; Senatsbeschl. vom 18.8.2017 - [L 8 R 143/16 B ER](#) - juris Rn. 7 m.w.N.). Nach [§ 28f Abs. 2 S. 2 SGB IV](#) ist ein Summenbescheid rechtswidrig, wenn ohne unverhältnismäßig großen Verwaltungsaufwand festgestellt werden kann, dass Arbeitsentgelt einem bestimmten Beschäftigten zuzuordnen ist.

Nach dem derzeitigen Sachstand hat die Antragstellerin zwar ihre Aufzeichnungspflichten nicht ordnungsgemäß erfüllt (hierzu unter 1.). Die von der Antragsgegnerin ihrem Bescheid nach der Aktenlage zugrunde gelegten Ermittlungen stützen jedoch nicht in hinreichendem Maß deren weitere Annahme, die Versicherungs- und Beitragspflicht der Beschäftigten sowie die Beitragshöhe könnten nicht festgestellt werden (hierzu unter 2.) und damit (auch) nicht die von ihr auf der Grundlage von [§ 28f Abs. 2 S. 3](#) u. 4 SGB IV durchgeführte Schätzung.

1. Gem. [§ 28f Abs. 1a SGB IV](#) hat ein Unternehmer bei der Ausführung eines Dienst- oder Werkvertrages im Baugewerbe die Entgeltunterlagen und die Beitragsabrechnung so zu gestalten, dass eine Zuordnung der Arbeitnehmer, des Arbeitsentgelts und des darauf entfallenden Gesamtsozialversicherungsbeitrags zu dem jeweiligen Dienst- oder Werkvertrag möglich ist. Dieser Pflicht ist die Antragstellerin offenkundig nicht nachgekommen. Entgeltaufzeichnungen für jeden Beschäftigten sind von ihr für den streitigen Prüfzeitraum weder im Verwaltungs- noch im gerichtlichen Eilverfahren vorgelegt worden. Dies bestätigt die Annahme, dass den gesetzlichen Anforderungen genügende Entgeltunterlagen nicht

vorhanden sind. Gleiches gilt für die Zuordnung der Arbeitnehmer und deren Entgelten zu den aufgrund von ausgestellten Rechnungen aktenkundig erkennbar durchgeführten Bauleistungsaufträgen.

2. Die dem angefochtenen Bescheid von der Antragsgegnerin zugrunde gelegten Ermittlungen belegen jedoch nicht hinreichend, dass die Versicherungs- und Beitragspflicht der Beschäftigten sowie die Beitragshöhe i.S.v. [§ 28f Abs. 2 S. 1 SGB IV](#) nicht festgestellt werden können. Sie bilden dementsprechend auch keine valide Grundlage für die Schätzung der Nachforderung.

Die Antragsgegnerin hat ihre Annahme, personenbezogene Feststellungen zur Versicherungs- und Beitragspflicht seien nicht möglich, im Kern auf das Verhältnis der bekannten Umsätze zu den gemeldeten Arbeitsentgelten und Fremdleistungen gestützt. Aus diesen Zahlen hat sie abgeleitet, dass die bekannten Arbeitnehmer ein höheres als bislang zur Sozialversicherung gemeldetes Arbeitsentgelt erhalten haben bzw. bislang unbekannte Arbeitnehmer gegen Entgelt neben der offiziellen Lohnbuchhaltung beschäftigt gewesen sein müssten (sog. "Schwarzarbeit"). In dieser Auffassung hat sie sich dadurch bestätigt gesehen, dass ein für die Antragstellerin nicht zur Sozialversicherung gemeldeter Herr T am 25.8.2014 von der Polizei zusammen mit dem Mitarbeiter H L auf einer Baustelle beim Beladen eines Fahrzeugs angetroffen worden ist.

Beide angeführten Argumente genügen jedoch (allein) nicht zur hinreichend sicheren Feststellung von Schwarzarbeit in den Jahren 2011 bis 2014. Zwar kann die Behauptung, es seien für einen bestimmten Zeitraum in einem bestimmten Umfang nicht gemeldete Arbeitnehmer beschäftigt worden, grundsätzlich durch Indizien untermauert werden (vgl. OLG Frankfurt Urt. v. 5.5.2010 - [4 U 214/09](#) - juris Rn. 32). Vorliegend fehlt es jedoch an genügenden Einzelermittlungen, aus denen sich aussagekräftig eine bei der Antragstellerin tatsächlich ausgeübte Schwarzarbeit insbesondere unbekannter Personen ergibt.

Entgegen der Annahme der Antragsgegnerin kann vorliegend nicht bereits aus dem Verhältnis von Umsätzen zu gemeldeten Arbeitsentgelten und Fremdleistungen auf (ergänzend) erbrachte Schwarzarbeit geschlossen werden. Soweit der Bundesgerichtshof (BGH) den Grundsatz aufgestellt hat, im Bereich des lohnintensiven Baugewerbes könnten bei illegalen Beschäftigungsverhältnissen in Form der Schwarzarbeit grundsätzlich zwei Drittel des Nettoumsatzes als Nettolohnsumme veranschlagt werden (vgl. z.B. BGH Beschl. v. 10.11.2009 - [1 StR 283/09](#) - juris Rn. 21 ff. m.w.N.), kann sich die Antragsgegnerin nicht auf diese (strafgerichtliche) Rechtsprechung stützen. Grund hierfür ist, dass sich die entsprechenden Entscheidungen (allein) auf die Schätzung des (durch Schwarzarbeit) eingetretenen Schadens beziehen und deren Anwendung den Nachweis von illegalen Beschäftigungsverhältnissen in Form von Schwarzarbeit bereits voraussetzt (vgl. BGH a.a.O. Rn. 15 f.). Nicht hingegen kann regelmäßig umgekehrt der Nachweis für Schwarzarbeit allein aus der betriebswirtschaftlichen Kennziffer des branchenspezifischen Lohnkostenanteils erbracht werden.

Zudem darf selbst bei der Ermittlung der Schwarzlohnsumme nach dem BGH nicht

vorschnell auf eine Schätzung der Lohnquote in Form eines Anteils an der Nettolohnsumme ausgewichen werden, wenn eine tatsachenfundierte Berechnung anhand der bereits vorliegenden und der erheblichen Beweismittel möglich erscheint. Die Ermittlungsbehörden dürfen sich nicht darauf beschränken, die Lohnquote zu schätzen, ohne zuvor ausermittelt zu haben, ob eine tatsachenfundierte Berechnung möglich ist (vgl. BGH a.a.O. Rn. 27).

Soweit sich nach Aktenlage der Verdacht von Schwarzarbeit aufdrängt, hätte es der Antragsgegnerin obliegen, diesen weiter zu untermauern.

Hierfür genügt nicht der Umstand, dass bei einer Personenkontrolle in L am 25.8.2014 zwei Personen, Herr H L und – der nicht zur Sozialversicherung gemeldete – Herr L T, beim Beladen eines Fahrzeugs angetroffen wurden. Zwar spricht die – wohl aus den Akten des Hauptzollamtes (HZA) – entnommene Angabe der Antragsgegnerin, der Ehemann der Antragstellerin habe nach telefonischer Rücksprache damals mitgeteilt, es handele sich bei Herrn T um einen Mitarbeiter "seiner" Firma, zunächst für eine illegale Beschäftigung. Unabhängig davon, dass dieser Umstand sowohl vom Ehemann der Antragstellerin als auch von Herrn H L im hier anhängigen Verfahren bestritten worden ist, fehlt es jedoch an jeglichen weiteren Feststellungen dazu, ob Herr T in einem nennenswerten Umfang für die Antragstellerin tätig geworden ist sowie zu etwaigen Beschäftigungszeiträumen und Vergütungen.

Auch der Eingang von Rechnungen der insolventen U GmbH im Buchungswesen der Antragstellerin für das Jahr 2011 lässt – wenngleich dieser Fragen aufwirft – keinen hinreichenden Rückschluss auf tatsächlich geleistete Schwarzarbeit zu. Zum einen kommt neben einer – die Zahlung von Schwarzgeldern verschleiern – sogenannten Abdeckrechnung (vgl. BGH Beschl. v. 10.11.2009 – [1 StR 283/09](#) – juris Rn. 30) auch in Betracht, dass die Rechnungen zum Schein gestellt worden sind, um höhere Betriebsausgaben zu generieren. Dieses aber wäre von steuerrechtlicher, nicht jedoch beitragsrechtlicher Relevanz. Darüber hinaus wurden für die Jahre 2012 bis 2014 keine Rechnungen ermittelt, die als Abdeckrechnungen in Frage kommen, so dass sich jedenfalls keine durchgehende Praxis von über Abdeckrechnungen verschleierte nennenswerten Schwarzlohnzahlungen der Antragstellerin über den gesamten streitigen Zeitraum ergibt.

Schwarzlohnzahlungen lassen sich auch nicht ohne Weiteres aus den Privatentnahmen der Antragstellerin im streitgegenständlichen Zeitraum belegen. Insoweit fehlen Erkenntnisse dazu, ob neben den Einnahmen aus dem Betrieb der Antragstellerin weitere Einnahmequellen der Antragstellerin und/oder ihres Ehemannes existierten, aus denen sie ihren Lebensunterhalt bestreiten konnten. Dies aber wäre eine erforderliche Grundlage für die Hypothese, dass die Privatentnahmen im streitigen Zeitraum nicht der Lebenshaltung, sondern der Erbringung von Schwarzlohnzahlungen gedient haben könnten.

Weitere Indizien, die die illegale Beschäftigung sonstiger unbekannter Personen belegen könnten, sind von der Antragsgegnerin weder benannt worden noch aus den von ihr vorgelegten Akten sonst ersichtlich. So haben weder sie selbst noch

wohl die Zollbehörden Hinweise auf andere Personen, die Leistungen in nennenswertem Umfang für die Antragstellerin erbracht haben könnten, ermittelt, dies z.B. auf der Grundlage von Baustellenkontrollen, durch Zeugenaussagen und/oder Urkunden. Zumindest fehlen entsprechende Angaben in den von der Antragsgegnerin vorgelegten Akten. Die schriftlichen Zeugenaussagen von nur drei Auftraggebern der Antragstellerin gegenüber dem HZA L sind im Wesentlichen unergiebig. Jedenfalls enthalten sie keine Angaben, die belegen könnten, dass in nennenswertem Umfang Schwarzarbeit stattgefunden hätte. Es fehlen nähere Anhaltspunkte dafür, in welchem zeitlichen Umfang und in welchen Zeiträumen Personen bei dem jeweiligen Bauvorhaben tätig geworden sind und ob es sich um andere Personen als den Ehemann der Antragstellerin, die von ihr zur Sozialversicherung gemeldeten Arbeitnehmer und die mit "Fremdleistungen" beauftragten Herren B P und W N handelte.

Fehlen ausreichende Hinweise auf unbekannte Beschäftigte, so gilt dies gleichermaßen für konkrete Feststellungen dazu, dass und warum die von der Antragstellerin erzielten Umsätze nicht mit den der Antragsgegnerin namentlich bekannten Personen erwirtschaftet worden sind.

Zunächst ist die von der Antragsgegnerin geäußerte Auffassung, die angefallenen und belegten Materialaufwendungen könnten nicht in Abzug gebracht werden, nicht hinreichend plausibel gemacht. Grundsätzlich liegt es auf der Hand, dass ein Unternehmen wie das der Antragstellerin, das Innen- und Außenputz- sowie Trockenbauarbeiten erbringt, in erheblichem Umfang Materialien benötigt, die auch regelmäßig zeitnah verbraucht werden dürften. Von größeren Lagerbeständen und einer Vorratshaltung kann hier schwerlich ausgegangen werden. Bedenken darüber, dass die eingekauften Materialien nicht (allein) den belegt erbrachten Bauleistungen entsprechen, hat die Antragsgegnerin nicht vorgebracht.

Schließlich bedarf die (bisher) pauschale Behauptung der Antragsgegnerin, die Umsätze hätten nicht mit den bekannten Personen erwirtschaftet werden können, konkretisierender Feststellungen sowohl zum Umfang der Tätigkeit der zur Sozialversicherung gemeldeten Arbeitnehmer (B T1 , D M, D1 S, H L) als auch zum Umfang der Tätigkeit und der etwaigen Sozialversicherungspflicht bezüglich der Personen, für die "Fremdleistungen" abgerechnet worden sind (B P und W N). Auch die für den Ehemann der Antragstellerin angegebene wohl erhebliche Mitarbeit ist bisher von der Antragsgegnerin nicht berücksichtigt worden. Dass entsprechende personenbezogene Feststellungen einen unverhältnismäßig hohen Aufwand erfordert hätten, ist bei den insgesamt sieben in Frage stehenden, namentlich und mit Anschrift bekannten Personen, nicht erkennbar.

Tragen die Feststellungen der Antragsgegnerin den Erlass des Summenbescheides nicht hinreichend schlüssig, liegen auch die Voraussetzungen gem. [§ 24 Abs. 2 SGB IV](#) für die Erhebung von hieran ausgerichteten Säumniszuschlägen nicht vor.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a Abs. 1 S. 1 SGG](#) i.V.m. [§§ 154 Abs. 1, 162 Abs. 3](#) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO).

Die Entscheidung über den Streitwert beruht auf [§§ 52, 47 Abs. 1, 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 etwaiger Säumniszuschläge als Streitwert anzusetzen ist (vgl. z.B. Senatsbeschl. v. 21.2.2012 - [L 8 R 1047/11 B ER](#) - juris Rn. 38 m.w.N.).

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

Erstellt am: 22.06.2020

Zuletzt verändert am: 22.06.2020