

B 11 BA 3292/21

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Betriebsprüfungen
Abteilung
11.
1. Instanz
SG Heilbronn (BWB)
Aktenzeichen
S 9 BA 2810/20
Datum
01.09.2021
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
B 11 BA 3292/21
Datum
29.11.2022
3. Instanz
-
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Urteil
Leitsätze

Der Erlass eines Summenbescheides nach Durchführung einer Arbeitgeberprüfung ([§ 28p SGB IV](#)) ist nicht zulässig, obwohl der Arbeitgeber seine Aufzeichnungspflichten nach [§ 28f SGB IV](#) verletzt hat, wenn zahlreiche Arbeitnehmer namentlich bekannt sind und ihre Einsatzzeiten für den geprüften Arbeitgeber aus den bei Erlass des Beitragsbescheides bereits vorhandenen Unterlagen des Hauptzollamtes oder der Staatsanwaltschaft teilweise taggenau festgestellt werden können.

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Heilbronn vom 01.09.2021 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt auch die Kosten des Berufungsverfahrens.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird endgültig auf 2,5 Millionen € festgesetzt.

Tatbestand

Streitig sind nachgeforderte Sozialversicherungsbeiträge, Umlagen und Säumnisgebühren in Höhe von 5.249.376,04 €.

Der Kläger ist Insolvenzverwalter der U-GmbH, N (Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch das Amtsgericht [AG] Heilbronn am 01.03.2018 - 4 IN 626/17). Das Unternehmen wurde von dem Geschäftsführer U1 (geboren 1956) und dem Buchhalter bzw Prokuristen A (geboren 1960) geführt. Im Juni 2013 leitete das Hauptzollamt H gegen die U-GmbH nach dem Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (SchwarzArbG) ein Ermittlungsverfahren ein (Schlussbericht vom 15.07.2014). Als Resümee der Ermittlungen ergab sich aus Sicht des Hauptzollamtes, dass von der U-GmbH mindestens seit 2006 in großem Stil Arbeiter eingesetzt worden seien, die - um bei Kontrollen nicht aufzufallen - offiziell bei sogenannten Servicefirmen angestellt gewesen seien. Von den Servicefirmen seien die Arbeiter nur mit sehr geringen Löhnen zur Sozialversicherung angemeldet worden, zum Teil seien Sozialabgaben auch gar nicht abgeführt worden. Faktisch seien die Arbeiter aber in den tatsächlichen Betrieb der U-GmbH integriert gewesen, es habe sich also quasi um festangestelltes Personal gehandelt. Denn die Arbeiter hätten dem vollständigen Weisungsrecht der U-GmbH unterlegen. Somit wäre es Sache der U-GmbH gewesen, für diese Personen Sozialabgaben abzuführen. Dieser Verpflichtung sei die U-GmbH nicht nachgekommen. Stattdessen habe die U-GmbH Rechnungen der Servicefirmen in die eigene Buchhaltung eingebucht und die Rechnungsbeträge sodann auf die Geschäftskonten der Servicefirmen überwiesen. Die Servicefirmen hätten über die eingegangenen Gelder umgehend in bar verfügt oder die eingegangenen Gelder über die Konten weiterer Servicefirmen gewaschen. Mit den betreffenden Geldern hätten die Kolonnenführer der Servicefirmen in konspirativer Weise den Schwarzlohn an das Servicepersonal, also die Beschäftigten der U-GmbH ausgezahlt. Von den bei den Servicefirmen eingegangenen Geldern - seit 2006 rund 60 Millionen € - stammten alleine 11.187.543,33 € von den Firmen des Beschuldigten U1 (neben der U-GmbH noch die G GmbH & Co. KG i. L, G1 GmbH & Co. KG sowie die U2 GmbH). Bei der Schadensberechnung sei im Rahmen einer Schätzung ein Lohnanteil von mindestens 70% vom Nettoumsatz der Servicefirmen angenommen worden. Die entsprechenden Beträge seien dann in Anwendung von [§ 14 Abs 2](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) in einen monatlichen Bruttolohn hochgerechnet worden. Auf dieser Basis seien dann die vorenthaltenen Sozialversicherungsabgaben berechnet worden. Für die Zeit von März 2006 bis einschließlich Dezember 2013 ergebe sich somit zu Lasten der U-GmbH folgender Schaden: Beitragsschaden Sozialversicherung 3.758.561,95 €,

Säumniszuschläge 1.263.956,50 €, Umlagen 29.619,10 €.

Mit Schreiben vom 30.10.2015 hörte die Beklagte die U-GmbH zur für die Zeit vom 01.11.2006 bis zum 31.12.2013 beabsichtigten Nachforderung von Beiträgen zur Sozialversicherung in Höhe von 5.052.297,93 € an (darin enthalten Säumniszuschläge iHv 1.264.033,00 €) und machte sich die Ergebnisse des Hauptzollamtes zu eigen. Um Sozialversicherungsbeiträge einzusparen, habe die U-GmbH in der Zeit von März 2006 bis Dezember 2013 den zuständigen Sozialversicherungsbehörden verheimlicht, dass für eine Vielzahl von an sich sozialversicherungspflichtig beschäftigten Arbeitnehmern die Löhne zum Teil schwarz ausgezahlt worden seien. Das hierfür erforderliche Schwarzgeld sei über sogenannte Scheinrechnungen/Abdeckrechnungen, die in die Buchhaltung der U-GmbH eingestellt worden seien, generiert worden. Die entsprechenden Rechnungsbeträge seien auf die Geschäftskonten der rechnungstellenden Servicefirmen überwiesen worden. Von diesen Geldern habe die U-GmbH dann einen prozentualen Anteil zurückerhalten („Kick-Back-Zahlungen“) und zur Auszahlung der Schwarzlöhne verwendet. Zum anderen habe die U-GmbH über lange Jahre hinweg Gerüstbauarbeiter beschäftigt, die bei einer Vielzahl von Servicefirmen zum Schein zur Sozialversicherung angemeldet gewesen seien; faktisch seien die betreffenden Arbeiter jedoch (teilweise jahrelang) fest in den Betrieb der U-GmbH integriert gewesen, hätten den Weisungen dieses Unternehmens unterlegen und ihre Arbeitsleistung für dieses Unternehmen erbracht. Seitens der Servicefirmen seien dagegen keine Weisungen erteilt worden, die Servicefirmen hätten nicht einmal über die erforderlichen Arbeitsmittel verfügt. Vielmehr seien diese, insbesondere die Gerüste, die Firmenwagen und zumindest die Arbeitskleidung von der U-GmbH zur Verfügung gestellt worden. Die Servicefirmen hätten die betreffenden Arbeiter nur mit geringen Arbeitszeiten bzw Löhnen zur Sozialversicherung angemeldet, faktisch hätten die betreffenden Personen jedoch in Vollzeit gearbeitet. Der Schwarzlohn sei dann in der Form ausgezahlt worden, dass Rechnungen dieser Servicefirmen in die Buchhaltung der U-GmbH eingebucht worden seien. Dann habe die U-GmbH diese Rechnungen beglichen. Ein Teil der Gelder sei bei den Servicefirmen für Provisionen und Kosten verblieben. Der Rest sei (nach Barabhebung) von den Kolonnenführern bzw Mittelsmännern zur Zahlung der Schwarzlöhne verwendet worden. Die Ermittlungen hätten ergeben, dass auf den Geschäftskonten der Servicefirmen im fraglichen Zeitraum insgesamt rund 60 Millionen € eingegangen seien. Von diesem Betrag seien 73%, nämlich 43.314.555,62 € bar abgehoben worden. Von den angeführten (rund) 60 Millionen € entfielen alleine 11.187.543,33 € auf die U-GmbH. Im Rahmen der Ermittlungen seien die Umsätze der Servicefirmen anhand der in der Buchhaltung der U-GmbH vorgefundenen Rechnungen erfasst worden. Auch wenn eine konkrete Zuordnung, welche Leistungen an welchem Tag bzw in welchem Monat erbracht worden seien, nicht oder nur bedingt nachvollziehbar sei, habe man sich dabei an dem jeweiligen Rechnungsdatum orientiert, da die Rechnungen von den Servicefirmen in aller Regel sehr zeitnah geschrieben worden seien. Daher könne davon ausgegangen werden, dass das Rechnungsdatum als Zuordnungskriterium den tatsächlichen Verhältnissen sehr nahekomme. Aufgrund der dargestellten Praxis lägen bei der U-GmbH natürlich keine Lohnabrechnungen vor. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) sei aber dann, wenn – wie hier – ein konsequenter Verstoß gegen die Lohnaufzeichnungspflicht vorliege, eine Schätzung zulässig. Nach den Erfahrungen der Finanzkontrolle Schwarzarbeit (H) betrage der Lohnaufwand in gleichgelagerten Fällen der Baubranche mindestens 66,66 % des Umsatzes. Diese Größenordnung sei durch die Rechtsprechung mehrerer Oberlandesgerichte (OLG) und des BGH bestätigt worden. Zum Teil sei die Rechtsprechung sogar von einer Lohnsumme in der Größenordnung von 70% der Umsätze ausgegangen. Im Rahmen der Amtsermittlung stütze sich die Beklagte auf die Ermittlungsergebnisse des Hauptzollamts H; von einer erneuten Befragung der betroffenen Personen bzw Zeugen sei abgesehen worden, da die Angaben gegenüber dem Hauptzollamt schlüssig erschienen. Aufgrund der im Ermittlungsverfahren beschlagnahmten Beweismittel sei auch eine Prüfung im Betrieb vor Ort nicht erforderlich gewesen. Bei der Ermittlung der Beitragsbemessungsgrundlagen sei wie folgt verfahren worden: Die vom Hauptzollamt H erfassten Daten zu den Umsätzen der Servicefirmen seien auf elektronischem Wege übermittelt worden. Dabei seien vorliegend nur die Zahlungen erfasst worden, welche auf den gegenüber der U-GmbH gestellten Rechnungen beruhten. Im Rahmen der illegalen Beschäftigung mittels „Abdeckrechnungen“ sei es üblich, dass für die „Scheinrechnungen“ bis zu 10% der Rechnungsbeträge an die ausstellenden Firmen bzw deren Hintermänner gezahlt würden. Deshalb seien von den entsprechenden Beträgen 10% in Abzug gebracht worden. Die allgemeinen Betriebskosten der Servicefirmen und die von diesen getragenen geringen („offiziellen“) Sozialabgaben seien mit einem weiteren Anteil von 10% der Rechnungsbeträge berücksichtigt worden. Schließlich sei noch ein weiterer „Sicherheit-Abschlag“ von 10 % vorgenommen worden. Hierin sei auch der 3%-Skonto, den die U-GmbH bei Begleichung der Rechnungen in der Regel in Abzug gebracht habe, enthalten. Insgesamt sei somit als Berechnungsgrundlage von einem Wert von 70% der Netto-Rechnungssummen ausgegangen worden. Nach [§ 14 Abs 2 SGB IV](#) sei dann eine „Netto-Brutto-Hochrechnung“ erfolgt. Da die U-GmbH ihre Aufzeichnungspflichten nicht ordnungsgemäß erfüllt habe, sei es nicht möglich, die Beiträge namens- bzw versichertenbezogen festzustellen. Deshalb sei die Erteilung eines Beitragssummenbescheides beabsichtigt ([§ 28f Abs 2 SGB IV](#)). Allerdings erhalte die U-GmbH mit dieser Anhörung Gelegenheit, für alle in der Anlage aufgeführten nicht namentlich bekannten Arbeitnehmer vollständige und prüffähige Entgeltaufzeichnungen oder sonstige Unterlagen geordnet und überschaubar vorzulegen, damit gegebenenfalls eine entsprechende Beitragsberechnung erfolgen könne. Im Übrigen würden bei der Bescheiderteilung auch die Umlagen nach [§ 7](#) Aufwendungsausgleichsgesetz (AAG) – nämlich die Umlage zur Durchführung des Ausgleichs der Arbeitgeberaufwendungen für die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (U1-Verfahren) und die Umlage bezüglich des Arbeitgeberzuschusses zum Mutterschaftsgeld (U2-Verfahren) – berücksichtigt. Das gleiche gelte – für die Zeit ab dem 01.01.2009 – auch für die Insolvenzgeldumlage. Schließlich umfasse die Beitragsnachberechnung auch den Beitragszuschlag für Kinderlose in der Sozialen Pflegeversicherung ([§ 55 Abs 3 Satz 1](#) Sozialgesetzbuch XI – SGB XI). Im Hinblick auf die Verjährung gehe die Beklagte davon aus, dass hier ein Fall der vorsätzlich vorenthaltenen Sozialversicherungsbeiträge und Umlagen vorliege, so dass eine 30jährige Verjährung maßgeblich sei. Zudem sei beabsichtigt, auf die Forderung Säumniszuschläge festzusetzen.

Im Anhörungsverfahren fand am 08.06.2016 eine persönliche Erörterung der Angelegenheit statt. Hierzu führte die U-GmbH im Nachgang mit Schreiben vom 13.6.2016 aus, dass die Beklagte in Bezug auf die Verwaltungsakte keine nachvollziehbare Vollzähligkeitserklärung abgegeben habe. Insbesondere habe sich anlässlich der persönlichen Erörterung der Angelegenheit ergeben, dass sich die Beklagte auch auf Umsatzsteuerbescheide, die nicht aktenkundig seien, stütze. Auch werde die Schätzungsmethode zur Schadensberechnung bezweifelt. Die Beklagte sei nicht in der Lage gewesen, die Bezeichnungen „Kick-Back-Zahlungen“, „Abdeckrechnungen“ und „Scheinrechnungen“ in Zusammenhang mit der sozialversicherungsrechtlichen Bewertung zu erläutern. Insbesondere sei nicht nachvollziehbar erläutert worden, weshalb bei der Schadensberechnung auch „Scheinrechnungen ohne tatsächliche (Schwarz-) Arbeitsleistung“ (Subunternehmer K) berücksichtigt worden seien. Denn solche „(Luft-) Rechnungen“ könnten allenfalls steuerstrafrechtliche Konsequenzen haben, eine Sozialversicherungspflicht ergebe sich hieraus aber nicht. Schließlich werde auch gerügt, dass die Beklagte den Sachverhalt nicht von Amts wegen umfassend aufgeklärt habe, dies gelte besonders für „entlastende Umstände“. An der Besprechung am 08.06.2016 hätten zudem entgegen vorheriger Bitte nicht zeichnungsberechtigte Mitarbeiter der Beklagten teilgenommen. Die aus den dargestellten Gründen fehlerhafte Schadensberechnung müsse zurückgenommen werden, damit diese nicht in rechtswidriger Weise in das Strafverfahren miteinfließe. Mit Schreiben vom 20.06.2016 und vom 24.06.2016 erfolgten weitere Stellungnahmen der U-GmbH.

Am 05.07.2016 erhob die Staatsanwaltschaft S4 ([187 Js 60322/16](#)) gegen den Geschäftsführer U1 und den Buchhalter bzw Prokuristen A Anklage bei der Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts S4. Gegenstand der Anklage war der Vorwurf der Umsatzsteuerhinterziehung.

Die Beklagte erwiderte, der Erörterungs- bzw Anhörungstermin am 08.06.2016 sei durch fachkundige Mitarbeiter der Beklagten mit allen nötigen Kompetenzen und Vollmachten wahrgenommen worden. Dem Verwaltungsverfahren lägen die elektronischen Unterlagen des Hauptzollamtes H, welche auch der Staatsanwaltschaft S4 vorlägen, zugrunde. Sowohl die der U-GmbH übermittelte Schadensberechnung als auch die Anhörung werde ausschließlich in elektronischer Form geführt, weitere Unterlagen würden nicht geführt; dies werde erneut bestätigt. In der Anhörung vom 30.10.2015 sei die Berechnungsmethode ausführlich dargestellt worden. Substantiierte Gründe, inwiefern bzw aus welchen Gründen die Schadensberechnung fehlerhaft sein sollte bzw eine anderweitige Berechnung zu erfolgen habe, habe die U-GmbH nicht vorgebracht. Die U-GmbH wurde gebeten, ihre konkreten Einwände bis zum 29.07.2016 (Fristverlängerung am 05.08.2016 bis zum 10.09.2016) vorzubringen, dann werde auch auf das Vorbringen hinsichtlich der Bezeichnungen „Kick-Back-Zahlung“, „Abdeckrechnungen“ und „Scheinrechnungen“ sowie bezüglich des Subunternehmers K eingegangen. Mit Schreiben vom 09.09.2016 äußerte sich die U-GmbH und bat um Übersendung einer paginierten Verwaltungsakte. Zudem machte sie beispielhaft auf den Subunternehmer E-GmbH aufmerksam. Hier lägen für das Jahr 2013 eine Mitarbeiterliste mit Namen, Adressen und Sozialversicherungsnummern, Meldebescheinigungen verschiedener Krankenkassen und Lohnabrechnungen der Mitarbeiter vor. Hieraus erschließe sich, dass Sozialversicherungsbeiträge gezahlt worden seien, welche in die Berechnung der Beklagten offenkundig keinen Einfluss gefunden hätten. Gleiches gelte auch für andere Subunternehmer und Zeiträume. Mit Schreiben vom 02.11.2016 reagierte die Beklagte und machte darauf aufmerksam, dass die U-GmbH zwischenzeitlich die elektronisch geführte Akte als CD bzw DVD erhalten habe. Aufgrund ihres Umfangs werde die Verwaltungsakte nicht ausgedruckt und nicht paginiert. Die Begründung der vorgenommenen Summenbeitragsberechnung sowie die Berücksichtigung bereits gezahlter Beiträge sei in der Anhörung vom 30.10.2015 erläutert worden und werde im Bescheid nochmals weitergehend ausgeführt werden. Abschließend machte die Beklagte darauf aufmerksam, dass ihr zwischenzeitlich der Haftungsbescheid des Finanzamts H vom 13.10.2016 vorliege. Dieser werde sozialversicherungsrechtlich ausgewertet und bei der Bescheiderteilung Berücksichtigung finden.

Schließlich erteilte die Beklagte am 29.03.2017 gegenüber der U-GmbH folgenden nicht personenbezogenen Bescheid (Summenbescheid): Aufgrund einer zur Bekämpfung der Schwarzarbeit durchgeführten Betriebsprüfung ergebe sich für die Zeit vom 01.11.2006 bis zum 31.12.2013 eine Nachforderung zur Sozialversicherung von insgesamt 5.249.376,04 €. In diesem Betrag seien Säumniszuschläge in Höhe von 1.775.734,00 € enthalten. Dieser Bescheid beruhe auf dem Ermittlungsergebnis des Hauptzollamtes H und einer Lohnsteueraußenprüfung (Prüfbericht bzw Bescheid der Finanzbehörde vom 13.10.2016). Ergänzend zu der Anhörung trug die Beklagte vor, es habe nachgewiesen werden können, dass die U-GmbH ihre Umsätze mit den von ihr ordnungsgemäß gemeldeten Arbeitnehmern gar nicht habe erbringen können. Denn für die erzielten Umsätze hätte eine deutlich höhere Anzahl von Arbeitnehmern bzw Entgelten gemeldet werden müssen. Hieraus folge, dass die für die erzielten Umsätze notwendigen Arbeitsleistungen von Arbeitnehmern erbracht worden seien, für die seitens der U-GmbH keine Sozialversicherungsmeldungen erstattet und keine Sozialversicherungsbeiträge abgeführt worden seien. Dies ergebe sich auch aus dem angeführten Lohnsteuerhaftungsbescheid des Finanzamts H sowie den diesbezüglichen Ermittlungsergebnissen. Die konkrete Abwicklung sei über sogenannte Servicefirmen erfolgt. Den Rechnungen der Servicefirmen hätten teilweise keine Leistungen der Rechnungsteller zugrunde gelegen. Eine eigene Kalkulation für die Rechnungstellung hätten die Servicefirmen nicht vorgenommen. Die Rechnungsbefträge seien Pauschalpreise und seien nach Arbeitsstunden (nicht nach Gewerken) berechnet worden. Teilweise habe es auch an den erforderlichen Sprachkenntnissen gefehlt, um überhaupt am deutschen Markt auftreten zu können. Durch die Einbuchung dieser „Schein-/Abdeckrechnungen“ in die Buchhaltung der U-GmbH sei „Schwarzgeld generiert“ worden, um damit die angesprochenen „Schwarzlohnzahlungen“ leisten zu können. Die Rolle der „formellen Geschäftsführer/Inhaber“ der Servicefirmen, deren Laufzeit meist nur sechs bis zwölf Monate umfasst habe, habe sich „auf das von den Hintermännern angewiesene Leisten von Unterschriften bei Behörden und bei Vertragsabschlüssen aller Art und dies insbesondere bei Banken und Auftraggebern“ beschränkt. Die Arbeiter hätten ihre Anweisungen und Arbeitsaufträge unmittelbar von der U-GmbH erhalten. Das von den Servicefirmen nur zum Schein bei der Sozialversicherung angemeldete Personal sei tatsächlich in die Betriebsstruktur der U-GmbH eingegliedert gewesen. Denn die U-GmbH habe die wesentlichen Arbeitsmaterialien, insbesondere die Gerüste und die Firmenwagen zur Verfügung gestellt. Zur begrifflichen Erläuterung weise die Beklagte darauf hin, dass „Servicefirmen“ vielfach für die Schwarzgeldgewinnung eine zentrale Rolle spielten. Sie würden von Betreibern ganz regulär angemeldet, wobei als Geschäftsführer Strohleute dienten. Der eigentliche Geschäftszweck einer Servicefirma sei der gewerbsmäßige Vertrieb inhaltlich falscher Belege wie beispielsweise Rechnungen über Leistungen, die tatsächlich nicht erbracht worden seien. Vorliegend seien die Servicefirmen als „Scheinrechnungsteller“ aufgetreten. Dabei würden verschiedene Arten von „Scheinrechnungen“ unterschieden, beispielsweise „Abdeck-, Strohhalm- oder Gefälligkeitsrechnungen“. Mit einer „Scheinrechnung“, also mit einer Rechnung, der kein tatsächlicher Aufwand gegenüberstehe, könne das rechnungsempfangende Unternehmen Betriebsausgaben fingieren und damit den Gewinn und die Steuerlast bei der Einkommen- bzw Körperschaftsteuer mindern. Weiterhin könne das Unternehmen, welches eine solche Rechnung benutze, die in der Rechnung offen ausgewiesene Umsatzsteuer als Vorsteuer abziehen und damit auch die umsatzsteuerliche Zahllast mindern oder sogar eine Erstattung vom Finanzamt bewirken. Schließlich sei es mit einer solchen Rechnung noch möglich, dem Unternehmen Gelder zu entziehen, die ansonsten an die Inhaber, Gesellschafter oder Geschäftsführer ausgezahlt werden müssten (verdeckte Gewinnausschüttung). Als „Abdeckrechnung“ werde eine Rechnung bezeichnet, bei der ein tatsächlich entstandener Aufwand, beispielsweise für eine Schwarzlohnzahlung, als Betriebsausgabe zum Ansatz gebracht werde. Die tatsächlich entstandenen Aufwendungen würden mit einer solchen Rechnung in der Buchführung „abgedeckt“. Eine solche Rechnung sei erforderlich, da anderenfalls der mit Hilfe von Schwarzarbeit erwirtschaftete Gewinn zu einer höheren Steuerlast führen würde. Die angeführten Rechnungen würden bezahlt, indem das Geld auf die Geschäftskonten der Servicefirmen überwiesen werde. Von diesen Geldern würden dann häufig prozentuale Rückzahlungen („Kick-Back-Zahlungen“) in bar geleistet; so könne Schwarzgeld generiert werden. Vorliegend gehe die Beklagte davon aus, dass namentlich nicht bekannte Personen für die U-GmbH entsprechend tätig geworden seien. Deshalb müssten Sozialversicherungsbeiträge zu Lasten der U-GmbH nachberechnet werden, zumal das für die Betriebsstätte zuständige Finanzamt H zwischenzeitlich - zwar noch nicht bestandskräftig - auch einen Lohnsteuerhaftungsbescheid erteilt habe. In Anlehnung an das Anhörungsschreiben sei die Nachberechnung der Sozialversicherungsabgaben nur im Rahmen einer Schätzung möglich. Ein entsprechendes Vorgehen sei vom Bundesverfassungsgericht (BVerfG) bestätigt worden (Beschluss vom 20.03.2007 - [2 BvR 162/07](#)). Dabei sei als Bemessungsgrundlage eine Quote von 70% der Nettorechnungsbeträge herangezogen worden. Dies entspreche auch den strafrechtlichen Vorgaben des BGH (Beschluss vom 10.11.2009 - [1 StR 283/09](#)). Ein weiterer Abschlag zu Gunsten der U-GmbH sei nicht mehr veranlasst, denn nach korrekter Schätzung sei kein Raum mehr für eine erneute Anwendung des Zweifelsgrundsatzes. Denn die ernsthaft zu berücksichtigenden Zweifel seien bereits Bestandteil der korrekten Schätzungsmethode. Auf dieser Basis sei dann gemäß [§ 14 Abs 2 SGB IV](#) eine Netto-Brutto-Hochrechnung durchgeführt worden. Dabei sei eine personen- bzw versichertenbezogene Beitragsberechnung nicht

möglich, da die U-GmbH keine entsprechenden Aufzeichnungen geführt habe; im Gegenteil, durch die Einschaltung der Servicefirmen seien die Lohnzahlungen verschleiert worden; zudem seien die Zahlungen in bar erfolgt; schließlich sei in den Abdeckrechnungen zum Teil ein Aufschlag für bare Rückzahlungen an den Rechnungsempfänger enthalten. Vor diesem Hintergrund sei eine Summenbeitragsberechnung (§ 28f Abs 2 SGBIV) unter Einbeziehung des Beitragszuschlages für Kinderlose in der Sozialen Pflegeversicherung erfolgt. Die Nachforderung schließe auch die Umlagen U1 und U2 sowie die Insolvenzgeldumlage ein. Da vorliegend von Vorsatz auszugehen sei, sei auch keine Verjährung eingetreten. Schließlich müsse die U-GmbH auch Säumniszuschläge entrichten. Gemäß [§ 175 Abs 3 Satz 3](#) Sozialgesetzbuch V (SGB V) werde die Angelegenheit als Einzugsstelle der A B zugewiesen. Die genaue Berechnung der Forderung könne den als Anlagen beigefügten Berechnungsbögen entnommen werden. Hinsichtlich des konkreten Inhalts der dem Bescheid vom 29.03.2017 beigefügten Anlagen wird auf Bl 679/714 im Ordner II der Verwaltungsakte der Beklagten Bezug genommen.

Gegen diese Entscheidung erhob die U-GmbH am 11.04.2017 Widerspruch: Es wurde zunächst (Abschnitt I. der Widerspruchsbegründung vom 06.12.2017) in grundsätzlicher Hinsicht bemängelt, dass die Beklagte keinerlei eigene Ermittlungen durchgeführt habe, sondern sich stattdessen lediglich auf die Feststellungen des Hauptzollamts H stütze. Zudem sei die Erteilung eines Beitragssummenbescheides rechtswidrig (Hinweis auf Landessozialgericht <LSG> Bayern, Beschluss vom 21.10.2013 - [L 5 R 605/13 B ER](#)). Denn es läge eine Vielzahl an Unterlagen vor (mittlerweile etwa 70 Leitzordner), anhand derer – jedenfalls teilweise – eine personenbezogene Zuordnung möglich sei. Im Übrigen seien für die betreffenden Personen von ihren Arbeitgebern (nach Auffassung der Beklagten Servicefirmen) durchaus Sozialabgaben gezahlt worden; diese hätte die Beklagte bei ihrer Berechnung in Abzug bringen müssen. Eigene Ermittlungen der Beklagten seien nicht erkennbar, insbesondere seien die namentlich bekannten Personen weder angehört, noch am Verwaltungsverfahren beteiligt worden. Schließlich stehe die Erteilung eines Summenbescheides im Ermessen der Beklagten; nicht jede Verletzung der Aufzeichnungspflicht habe zwangsläufig einen Summenbescheid zur Folge; eine entsprechende Ermessensbetätigung sei nicht erkennbar; hier liege ein Ermessensnichtgebrauch vor. Selbst wenn die Subunternehmer die Sozialabgaben nicht abgeführt haben sollten, hafte die U-GmbH hierfür nicht. Denn die Subunternehmer hätten ihrerseits vielfach weitere Subunternehmer eingeschaltet. Für diese „Subunternehmer der zweiten Stufe“ hafte die U-GmbH nicht. Im Übrigen könne es nicht angehen, dass die Beklagte für den Bereich der Sozialen Pflegeversicherung durchweg den Beitragszuschlag für Kinderlose eingerechnet habe; es könne doch nicht unterstellt werden, dass sämtliche Arbeiter kinderlos gewesen seien. Nicht zuletzt gebe es keine Begründung für den von der Beklagten pauschal unterstellten Vorsatz. Unabhängig hiervon könnten die von den Subunternehmern eingesetzten Personen nicht als Arbeitnehmer der U-GmbH angesehen werden; die U-GmbH hafte für die sozialversicherungsrechtlichen Zahlungspflichten der Subunternehmer nicht, da sie die erforderliche Sorgfalt beachtet habe (Abschnitt II. der Widerspruchsbegründung vom 6.12.2017). Vorab werde darauf hingewiesen, dass die U-GmbH nach den Werten in ihrer Bilanz von 2006 bis 2013 Subunternehmerleistungen mit einem Gesamtwert von 43.601,00 Millionen € in Anspruch genommen habe; im vorliegenden Zusammenhang seien davon aber seitens der Staatsanwaltschaft nur 10.080.043,00 €, also 23,1%, beanstandet worden. Weiter sei festzustellen, dass die Preise und Konditionen für sämtliche Subunternehmer im Wesentlichen gleich gewesen seien, sie hätten durchweg etwa 50% der Summe erhalten, welche die U-GmbH von ihren Kunden erhalten habe. Somit sei ein besonderer Gewinn, den die U-GmbH durch die vom Hauptzollamt bzw von der Beklagten beschriebene Vorgehensweise hätte erzielen können, nicht ersichtlich. Im Übrigen sei es im Wirtschaftsleben durchaus häufig anzutreffen, dass ein Unternehmen einen großen Anteil seiner Leistungen durch Subunternehmer erbringen lasse; das Gleiche gelte für die Weitergabe der Aufträge an weitere Subunternehmen. Auch einen Erfahrungssatz, dass das Abheben von Bargeld auf das Bestehen einer Servicegesellschaft bzw auf die Generierung von Schwarzgeld zur Bezahlung von Schwarzarbeit hindeute, gebe es nicht. Die Darstellung der Beklagten, es habe sich bei den angeführten Subunternehmen um „inaktive Scheinfirmen“ gehandelt, werde daher bestritten. Die Subunternehmen hätten die von ihnen in Rechnung gestellten Leistungen auch tatsächlich ausgeführt. Die von den Subunternehmen abgerechneten Beträge seien für die erbrachten Leistungen auch „angemessen und auskömmlich“ gewesen. Die U-GmbH sei von vielen größeren (öffentlichen und privaten) Auftraggebern in Anspruch genommen worden. In der Regel habe die U-GmbH für die jeweiligen Aufträge nur den Projektleiter und bei Bedarf noch einen weiteren eigenen Mitarbeiter eingesetzt. Die eigentlichen Gerüstbauarbeiten seien dann ganz überwiegend von Subunternehmern erledigt worden. Hierfür habe die U-GmbH ein Kontrollsystem (vgl hierzu ausführlich Abschnitt II.8 der Widerspruchsbegründung vom 06.12.2017) eingerichtet, wobei sie natürlich davon ausgegangen sei, dass die Subunternehmen ihre Arbeitskräfte ordnungsgemäß zur Sozialversicherung angemeldet und versichert hätten. Eine vollständige Überprüfung jedes Einzelfalls sei insoweit jedoch naturgemäß nicht möglich. Dies entziehe sich auch ihrer Verantwortung. Jedenfalls folge aus dem seit etwa 2002 nach und nach verfeinerten und verschärften Kontrollsystem, dass eine Haftung gemäß [§ 28e Abs 3a SGB IV](#) ausgeschlossen sei. Zudem seien auf den Baustellen, auf denen sie tätig geworden sei, immer wieder Kontrollen durch die Hauptzollämter durchgeführt worden. Ein „vermisches Arbeiten“, also eine gemeinschaftliche Arbeit durch Personal der Subunternehmen und eigenes Personal „in einer Kolonne“, habe es nicht gegeben. Es könne natürlich nicht ausgeschlossen werden, dass im Einzelfall einmal ein Fehler passiert sei, für ein systematisches „gemeinsames Arbeiten“ lägen jedoch keine belastbaren Anhaltspunkte vor. Sodann äußerte sich die U-GmbH in der Widerspruchsbegründung vom 06.12.2017 (Abschnitt III.) zu den einzelnen Subunternehmern E-GmbH, B1.-UG, B2.-UG, R-GmbH, A2-GROUP, C-UG, S-UG, S1-UG/S1-GmbH, P-GmbH, E1-GmbH, F-GmbH, P1-GmbH, Firma K1, T-A3-GmbH (T-GmbH), A3-GmbH, P2-GmbH, C1, K-G2-GmbH, A.K.- G3-GmbH und K2-GmbH. Gegen das Vorliegen von Servicefirmen spreche ua, dass die U-GmbH des Öfteren Rechnungen wegen fehlender Unterschriften zurückgewiesen, verursachte Schäden in Rechnung gestellt habe und die Firmen weitere Kunden gehabt hätten. Schließlich (Abschnitt IV) der Widerspruchsbegründung vom 06.12.2017 rügte die U-GmbH, dass die Beklagte aus einigen Einzelvorfällen unzulässige Verallgemeinerungen vorgenommen habe, und beantragte am Schluss der Widerspruchsbegründung, die sofortige Vollziehung der Beitragsforderung auszusetzen.

Im Rahmen des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der U-GmbH wurde am 22.03.2018 von der AOK H-F1 folgende Forderung zur Tabelle angemeldet: Gesamtsozialversicherungsbeiträge vom 01.12.2008 bis zum 28.02.2018 3.194.611,90 €, Säumniszuschläge 2.117.769,45 €, Kosten, Umlagebeiträge 28.088,39 €, Summe 5.340.469,74 €. Diese Forderung wurde vom Kläger in seiner Funktion als Insolvenzverwalter am 14.05.2018 bestritten.

Mit Widerspruchsbescheid vom 09.10.2019 wies die Beklagte den Widerspruch des Klägers zurück. Für das Verfahren bei der Prüfung illegaler Beschäftigung/ Schwarzarbeit gelte das Amtsermittlungsprinzip ([§ 20](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch – SGB X), in diesem Rahmen bestimme die Beklagte Art und Umfang der erforderlichen Ermittlungen nach freiem Ermessen. In diesem Zusammenhang ergebe sich aus [§ 113 SGB IV](#), dass die Behörden der Zollverwaltung, die Einzugsstellen für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag und die Träger der Rentenversicherung in Verdachtsfällen nach § 2 Abs 1 SchwarzArbG gehalten seien, zusammenzuarbeiten. Den Behörden der Zollverwaltung obliege dabei die Ermittlung der Tatbestände der Schwarzarbeit. Das Hauptzollamt ermittle, erfasse und werte die hierfür relevanten Daten aus. Die sozialversicherungs- und beitragsrechtliche Beurteilung des Sachverhalts obliege dann auf Basis der

übermittelten Daten dem Rentenversicherungsträger. Vorliegend hätten die Ermittlungen des Hauptzollamts belegt, dass die von der U-GmbH hinzugezogenen Servicefirmen zum Großteil von Geschäftsführern ohne Branchen-, Sach- und teils sogar Sprachkenntnisse geleitet worden seien. Die U-GmbH habe die Baustellen unter ihrem Namen betrieben und letztlich das Risiko der ordnungsgemäßen Auftragsdurchführung getragen. Sie habe den Arbeitern auch die Weisungen zur konkreten Ausführung der Tätigkeit erteilt. Vor diesem Hintergrund gehe die Beklagte davon aus, dass das Personal der Servicefirmen in Wirklichkeit bei der U-GmbH weisungsgebunden abhängig beschäftigt gewesen sei, zumal die U-GmbH die wesentlichen Arbeitsmaterialien, insbesondere die Gerüste sowie Firmenwagen zur Verfügung gestellt habe. Weiter hätten die umfangreichen Ermittlungen des Hauptzollamts H belegt, dass die von den Servicefirmen teilweise gemeldeten und verbeitragten Arbeitsentgelte nicht dem tatsächlichen Lohn entsprochen hätten. Aussagekräftige Aufzeichnungen seien nicht gefertigt worden, um das System der Schwarzgeldzahlungen, Kick-Back-Vereinbarungen und Scheinrechnungen zu verschleiern. Die Ermittlungen des Hauptzollamts H hätten ergeben, dass die Arbeiter – wenn überhaupt – mit einem von ihnen frei gewählten Lohn, meist im geringfügigem Bereich oder in der Gleitzone, zur Sozialversicherung angemeldet worden seien, tatsächlich aber einen Monatslohn von bis zu 2.500,00 € (Montage) oder sogar bis zu 9.000,00 € (Kolonnenführer) erhalten hätten. Vor diesem Hintergrund habe die Beklagte keine Möglichkeit nachzuvollziehen, wieviel diese Mitarbeiter im streitgegenständlichen Zeitraum tatsächlich verdient hätten. Eine gesicherte personenbezogene Zuordnung sei daher nicht möglich, so dass die Erteilung eines Summenbeitragsbescheides ([§ 28f Abs 2 SGB IV](#)) zulässig sei. Von der in der Anhörung angebotenen Möglichkeit, nachträglich vollständige personenbezogene prüffähige Unterlagen vorzulegen, habe die U-GmbH keinen Gebrauch gemacht. Die angenommene Schätzungsgrundlage (70% der Netto-Rechnungsbeträge der Servicefirmen) sowie der Vorwurf eines vorsätzlichen Verschuldens mit der Folge einer 30jährigen Verjährung würden vom Widerspruchsausschuss bestätigt. Das Widerspruchsvorbringen zum Kontrollsystem der U-GmbH sei nicht geeignet, dies zu widerlegen. Denn die Ermittlungen des Hauptzollamts hätten ergeben, dass teilweise gefälschte Bescheinigungen vorgelegen hätten. Darüber hinaus seien die Geschäftsführer der Servicefirmen teilweise mangels Sprachkenntnissen nicht in der Lage gewesen, eigenständig ein Subunternehmen zu führen. Schließlich sei auffällig, dass die Servicefirmen alle sechs bis neun Monate gewechselt hätten. Auch wiesen die von der U-GmbH sowie den Servicefirmen vorgelegten Lohnunterlagen erhebliche Verstöße gegen die Aufzeichnungspflichten auf. Dass ein solches System ohne Vorsatz entstanden sein könnte, habe das LSG Baden-Württemberg in seinem Beschluss vom 03.08.2017 ([L 13 R 2276/17 ER-B](#)) ausdrücklich ausgeschlossen.

Am 13.11.2019 hat der Kläger (dessen Privatwohnsitz im Bezirk des Sozialgerichts Mannheim liegt) nach Eingang des Widerspruchsbescheides (14.10.2019) beim Sozialgericht Heilbronn Klage erhoben: Die Beklagte habe sich mit der Widerspruchsbegründung, auf welche Bezug genommen werde, bei Erteilung des Widerspruchsbescheides nur sehr oberflächlich auseinandergesetzt und gehe weiterhin von einem unzutreffenden Sachverhalt aus und gelange zu unrichtigen Rechtsansichten. Die Beklagte hätte die Unterlagen der Zollverwaltung nicht ungeprüft übernehmen dürfen. Denn hierin fänden sich eine Vielzahl an Fehlern, Widersprüchen und Unklarheiten sowie unrichtige Feststellungen. Es treffe nicht zu, dass die Subunternehmen („Servicefirmen“) zum Großteil von Geschäftsführern ohne Branchen-, Sach- und Sprachkenntnisse geleitet worden seien. Die U-GmbH habe mit vielen der Subunternehmen lange Zeit erfolgreich zusammengearbeitet und die Aufträge im Branchenvergleich gut vergütet. Es könne also keine Rede davon sein, dass die Vergütung für die Subunternehmer nicht ausgereicht habe, um ihre Mitarbeiter zu bezahlen und die Sozialabgaben zu leisten. Das zeige sich auch darin, dass sich die Subunternehmer auch in der Insolvenzphase äußerst loyal verhalten hätten. Der Widerspruchsbescheid weise auch schwere rechtliche Fehler bzw. Fehlschlüsse auf. Die Behauptung, die U-GmbH habe die Baustellen unter ihrem Namen geführt, so dass sie letztlich das Risiko der ordnungsgemäßen Auftragsdurchführung getragen habe, sei kein Beleg für eine Arbeitgeberstellung. Dies sei vielmehr der Normalfall der Arbeit mit Subunternehmen: Ein Generalunternehmer schließe den Vertrag mit dem Kunden ab und setze Subunternehmer zur Ausführung (gegebenfalls eines Teils) der Arbeit ein. Hieraus könne kein Rückschluss auf die Stellung des Generalunternehmers als Arbeitgeber gezogen werden. Es sei eben nicht richtig, dass die U-GmbH dem Personal der Subunternehmen zur richtigen Ausführung der Aufträge Weisungen gegeben habe. Die fraglichen Personen seien einzig als Mitarbeiter der Subunternehmen anzusehen; einzig in deren Verantwortung habe somit die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge gelegen. Es werde ganz entschieden bestritten, dass die U-GmbH in ein System der Schwarzgeldzahlungen, Kick-Back-Vereinbarungen und Scheinrechnungen eingebunden gewesen sei bzw. ein solches sogar aufgebaut habe. Die U-GmbH habe sich nach Überzeugung des Klägers vielmehr stets um ein korrektes Vorgehen bemüht, ihre Mitarbeiter korrekt zur Sozialversicherung gemeldet und sämtliche Sozialabgaben geleistet. Der von der Beklagten geschilderte Geschehensablauf entspreche, jedenfalls was die Handlungen, das Wissen und die Verantwortlichkeiten der U-GmbH und des Klägers betreffe, nicht den Tatsachen. Für die von der Beklagten vorgenommene Pauschalierung gebe es keine Grundlage. Zu bemängeln sei auch, dass sich die Beklagte mit den Ausführungen zum Kontrollsystem der U-GmbH kaum auseinandergesetzt habe. Der Hinweis darauf, dass gefälschte Bescheinigungen vorgelegen hätten, deute auf kriminelle Verhaltensweise bei den jeweiligen Subunternehmern hin. Die U-GmbH sei also hiermit getäuscht worden. Es sei belegt, dass die U-GmbH, als ihr eine Fälschung aufgefallen sei, sofort entschieden reagiert und die Zusammenarbeit mit dem betroffenen Subunternehmer beendet habe. Unrichtig sei auch die pauschale Behauptung, dass die „Servicefirmen alle sechs bis neun Monate gewechselt“ hätten. Schließlich sei auch der Vorwurf falsch, dass die Lohnunterlagen erhebliche Verstöße gegen Aufzeichnungspflichten aufwiesen. Vielmehr habe die U-GmbH die Aufzeichnung für ihre Mitarbeiter korrekt geführt. Woher die Beklagte ihre Feststellung habe, die U-GmbH habe als Beitragsschuldnerin ihre Beitragspflicht für möglich gehalten und die Nichtabführung der Beiträge billigend in Kauf genommen, erschließe sich nicht. Daher seien die Ansprüche verjährt, denn Vorsatz, auch bedingter, läge nicht vor. Auf gerichtliche Frage hat der Kläger später (30.11.2020) mitgeteilt, die dem Rechtsstreit zugrunde liegende Forderung in Höhe (5.340.469,74 €) sei durch die AOK H-F1 als Einzugsstelle am 19.03.2018 (Eingang am 22.03.2018) für die Beklagte zur Insolvenztabelle angemeldet worden. Die Forderung sei durch ihn – den Insolvenzverwalter – bestritten worden, ein Widerspruch eines Dritten liege nicht vor.

Am 26.03.2020 erging in der Strafsache vor dem Landgericht S4 (11 Kls [187 Js 60322/16](#)) ein Urteil, worin die Angeklagten U1 sowie A wegen Steuerhinterziehung, des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt und wegen Computerbetruges (U3) bzw. wegen hierzu geleisteter Beihilfe (A4) – mittlerweile rechtskräftig mit Ausnahme der Feststellungen zum Computerbetrug in Sachen A4 (vgl. Schreiben des Landgerichts S4 vom 01.02.2021, Bl 117 SG-Akte) – zur Freiheitsstrafen (in Bezug auf A4 zur Bewährung) verurteilt wurden. Das Sozialgericht (SG) Heilbronn (Beschluss vom 11.05.2017 – S 3 R 1238/17 ER) hat den Eilantrag der U-GmbH auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs abgewiesen. Die hiergegen erhobene Beschwerde zum Landessozialgericht (LSG) Baden-Württemberg ist erfolglos geblieben (Beschluss vom 3.8.2017 – [L 13 R 2276/17 ER-B](#)). Das Sozialgericht Heilbronn hat das Klageverfahren mit Beschluss vom 30.10.2019 (S 10 BA 3595/19) zuständigkeitshalber an das Sozialgericht Mannheim verwiesen.

Mit Urteil vom 01.09.2021 hat das SG der Klage stattgegeben. In materieller Hinsicht schließe es sich den Feststellungen des (rechtskräftigen) Strafurteils vom 26.03.2020 an (Landgericht S4 – 11 Kls [187 Js 60322/16](#)) und verwerte dieses Urteil im Rahmen des

Urkundenbeweises (§ 118 Abs 1 SGG in Verbindung mit §§ 415 ff Zivilprozessordnung <ZPO>). Das SG gehe davon aus, dass die hinzugezogenen Nachunternehmen lediglich die Funktion von „Serviceunternehmen“ gehabt hätten, deren Hauptaufgabe darin bestanden habe, die Lohnzahlungen an die Kolonnenarbeiter über Schein- bzw Abdeckrechnungen zu verschleiern, die Kolonnen bzw die Kolonnenarbeiter nicht in die betriebliche Organisation der „Serviceunternehmen“ eingegliedert gewesen seien und von diesen auch keinerlei Weisungen erhalten hätten, die „Serviceunternehmen“ allenfalls ein minimales eigenes unternehmerisches Risiko getragen hätten, das angeführte Kontrollsystem (vor allem die Vorlage von Unbedenklichkeitsbescheinigungen) eine reine Verschleiерungsmaßnahme gewesen sei, die Kolonnen bzw Kolonnenarbeiter stattdessen unmittelbar in den Betriebsablauf der U-GmbH eingebunden gewesen seien und Weisungen der zuständigen Mitarbeiter (Niederlassungsleiter, Kolonnenführer) unterlegen hätten, sowohl der Angeklagte U3 als auch der Angeklagte A4 die dargestellten Umstände gekannt hätten, keine rechtmäßige Arbeitnehmerüberlassung vorgelegen habe und die „Serviceunternehmen“ nicht als Selbstständige anzusehen seien, die als Arbeitgeber der Kolonnenarbeiter fungiert hätten. In rechtlicher Hinsicht folge hieraus, dass das insolvente Unternehmen (U-GmbH) Beschäftigungsgeber der Kolonnenarbeiter gewesen sei (§ 7 Abs 1 SGB IV) und für diese Beschäftigungen den angefallenen Gesamtsozialversicherungsbeitrag zu zahlen habe (§§ 28d Satz 1 und 28e Abs 1 Satz 1 SGB IV). In verfahrensrechtlicher Hinsicht teile das Sozialgericht die Einschätzung der Beklagten, dass hier - mangels ordnungsgemäßer Lohnbuchhaltung - die Grundvoraussetzungen für die Erteilung eines Beitragssummenbescheides (§ 28f Abs 2 SGB IV) gegeben seien. Allerdings sei nach Auffassung des Sozialgerichts die von der Beklagten angewandte Schätzungsmethode zu beanstanden. Denn die Beklagte sei bei ihrer Schätzung von der Summe der Nettobeträge, welche die „Serviceunternehmen“ der U-GmbH in Rechnung gestellt hätten, ausgegangen. Insoweit sei jedoch zu beanstanden, dass die entsprechenden Rechnungen teilweise auch „Scheinrechnungen“, denen keine konkrete Arbeitsleistung gegenüberstehe, umfassten. Beträge, denen kein tatsächlicher Arbeitsaufwand korrespondiere und die der U-GmbH von den „Serviceunternehmen“ nur „zum Schein“ in Rechnung gestellt worden seien, begründeten jedoch denklösig keinen sozialversicherungsrechtlich erheblichen Tatbestand; sie dürften daher bei der Bemessung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags nicht berücksichtigt werden. Wenn im Rahmen organisierter Schwarzarbeit eine genaue Quantifizierung solcher „Scheinrechnungen“ nicht möglich sei, könne dies im Rahmen einer Schätzung nach § 28f Abs 2 SGB IV durchaus zu berücksichtigen sein. Erforderlich sei es dann aber, dass die zuständige Prüfbehörde soweit wie möglich Ermittlungen zum Anteil der „Scheinrechnungen“ an der Summe der Gesamtrechnungen anstelle und ihre Schätzung begründe, welcher prozentuale Anteil der Gesamtrechnungsbeträge auf tatsächlich geleisteter Arbeit beruhe. Da dies hier nicht erfolgt sei, sei der angefochtene Bescheid vollständig aufzuheben. Im Rahmen einer nochmaligen Schätzung der Lohn- bzw Beitragssumme (§ 28f Abs 2 SGB IV) sollten nähere Feststellungen zu den Baustellen, auf denen durch die U-GmbH bzw die hinzugezogenen „Serviceunternehmen“ Gerüste auf- bzw abgebaut worden seien, getroffen werden (vor allem Art und Größe der eingerüsteten Gebäude). Auf dieser Basis könnte durch einen Bausachverständigen abgeschätzt werden, wie viele Gerüstbaustunden hierfür erforderlich gewesen seien (gegebenenfalls differenzierend nach Helferstunden und Facharbeiterstunden). Ausgehend von dieser Stundenzahl könnte dann unter Berücksichtigung des maßgeblichen Lohns (Mindestlohn, Tariflohn, ortsüblicher Lohn) eine Hochrechnung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags erfolgen. Bei einer solchen Vorgehensweise wäre sichergestellt, dass nur für die tatsächlich angefallene Arbeit eine Sozialversicherungsnachforderung erhoben wird. Dabei sollte ferner der Beitragszuschlag für kinderlose Versicherte in der Sozialen Pflegeversicherung nach Auffassung des Sozialgerichts außer Betracht bleiben bzw allenfalls für eine reduzierte (geschätzte) Stundenzahl in Ansatz gebracht werden. Denn es könne wohl nicht ohne Weiteres angenommen werden, dass sämtliche (Kolonnen-) Arbeiter die Voraussetzungen aus § 55 Abs 3 Satz 1 SGB XI erfüllt haben (Vollendung des 23. Lebensjahres, Kinderlosigkeit). Eine solche Annahme wäre aus Sicht des Sozialgerichts wirklichkeitsfremd.

Gegen das am ihr am 23.09.2021 (oder 24.09.2021, vgl BI 300 SG-Akte) zugestellte Urteil hat die Beklagte am 22.10.2021 Berufung beim LSG Baden-Württemberg eingereicht mit der Begründung, sie halte die anhand von Nettorechnungen geltend gemachte Beitragsforderung mit den vorgenommenen Abschlägen für tragfähig. Es sei systemfremd, wenn Beitragsforderungen anhand tatsächlich erbrachter Arbeitsleistung geltend gemacht werden sollen, wenn vorliegend gerade die geleistete Arbeitszeit verschleiert worden sei, um die Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen zu umgehen. Es könne im Rahmen einer Betriebsprüfung nicht erwartet werden, dass anhand von Ausgangsrechnungen der U-GmbH monatliche Arbeitsstunden ermittelt werden können, um diese dann mit dem Tariflohn zu multiplizieren. Derartige betriebswirtschaftliche Auswertungen habe die Beklagte nicht zu leisten. Die Amtsermittlungspflicht finde ihre Grenze im Gebot der Verhältnismäßigkeit. Vorliegend sei die Aufzeichnungspflicht durch den Arbeitgeber verletzt worden. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sei bei der Ermittlung der Bemessungsgrundlagen zur Berechnung vorenthaltener Sozialversicherungsbeiträge die Schätzung der Lohnsumme unter Anwendung eines Prozentsatzes bezogen auf den Nettoumsatz eines Unternehmens zulässig, soweit keine anderweitig verlässlichen Beweismittel zur Verfügung stünden oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand und ohne nennenswerten zusätzliche Erkenntnisgewinn zu beschaffen seien. Die Beklagte habe daher den Gesamtsozialversicherungsbeitrag mithilfe eines Summenbeitragsbescheides rechtlich zulässig festsetzen können. Im Übrigen obliege dem Arbeitgeber die Beweislast, wenn er durch Verletzung der ihm obliegenden Aufzeichnungspflicht der Einzugsstelle die für die versicherungsrechtliche Beurteilung sowie für die Beitragsberechnung erforderlichen Tatsachen bewusst vorenthalten habe und die Versicherungs- und Beitragspflicht der bei ihm Beschäftigten bestreite. Die in diesem Fall angewandte Schätzungsmethode entspreche den Vorgaben der höchstrichterlichen Rechtsprechung und verstoße nicht gegen Denkgesetze und Erfahrungsgrundsätze.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Mannheim vom 01.09.2021 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er hat sich der Auffassung des SG angeschlossen und dargelegt, das SG habe der Beklagten keinesfalls die Befugnis zur Schätzung abgesprochen, sondern ihr zu Recht vorgeworfen, die Scheinrechnungen unberücksichtigt gelassen zu haben. Angesichts der Ansprüche in Höhe von mehr als 5 Millionen Euro würden die Grenzen der Zumutbarkeit der Amtsermittlung nicht überspannt, wenn das SG verlange, dass die Beklagte für die Scheinrechnungen einen Betrag von der Summe der Nettoumsätze in Abzug bringe.

Wegen der weiteren Einzelheiten sowie des weiteren Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der Verwaltungsakten, der beigezogenen Akten des Hauptzollamts (70 Leitzordner auf DVD) sowie der Gerichtsakten erster und zweiter Instanz Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die Berufung bleibt ohne Erfolg.

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Beklagten ist zulässig ([§§ 143, 144 Abs 1, 151 Abs 1 SGG](#)), aber unbegründet. Das SG hat der Anfechtungsklage – wenn auch mit abweichender Begründung – zu Recht stattgegeben und den angegriffenen Bescheid (Bescheid der Beklagten vom 29.03.2017 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 09.10.2019) aufgehoben.

Rechtsgrundlage für den streitgegenständlichen Bescheid ist [§ 28p SGB IV](#). Nach [§ 28p Abs 1 SGB IV](#) prüfen die Träger der Rentenversicherung bei den Arbeitgebern, ob diese ihre Meldepflichten und ihre sonstigen Pflichten nach dem SGB IV, die im Zusammenhang mit dem Gesamtsozialversicherungsbeitrag stehen, ordnungsgemäß erfüllen; sie prüfen insbesondere die Richtigkeit der Beitragszahlungen und der Meldungen mindestens alle vier Jahre. Die Träger der Rentenversicherung erlassen im Rahmen der Prüfung Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und zur Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung einschließlich der Widerspruchsbescheide gegenüber den Arbeitgebern; insoweit gelten [§ 28h Abs 2 SGB IV](#) sowie [§ 93 iVm § 89 Abs 5](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) nicht. Hierbei handelt es sich nach der neueren Rechtsprechung des BSG nicht nur um eine Ermächtigung zum Erlass eines Verwaltungsakts, sondern um einen verpflichtenden Auftrag, Umfang und Ergebnis der durchgeführten Prüfung anzugeben (BSG 19.09.2019, [B 12 R 25/18 R](#), [BSGE 129, 95](#) = SozR 4-2400 § 7 Nr 43). Zwar entscheidet grundsätzlich gemäß [§ 28h Abs 2 Satz 1 Halbsatz 1 SGB IV](#) die Einzugsstelle über die Versicherungspflicht und die Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung. Dies gilt aber nicht für Entscheidungen im Rahmen einer Arbeitgeberprüfung. Die Regelung in [§ 28p SGB IV](#) weist seit 1996 die Prüfung bei den Arbeitgebern exklusiv den Rentenversicherungsträgern zu (zum Ganzen ausführlich BSG 17.12.2014, [B 12 R 13/13 R](#), SozR 4-2400 § 28p Nr 4).

Die hier streitigen Beiträge werden als Gesamtsozialversicherungsbeitrag vom Arbeitgeber gezahlt ([§ 28g Satz 1](#) und 2, 28e Abs 1 Satz 1 SGB IV). Der Arbeitgeber hat gegen die Beschäftigten einen Anspruch auf den vom Beschäftigten zu tragenden Teil des Gesamtsozialversicherungsbeitrags. Dieser Anspruch kann allerdings nur durch Abzug vom Arbeitsentgelt geltend gemacht werden. Ein unterbliebener Abzug darf nur bei den drei nächsten Lohn- oder Gehaltszahlungen nachgeholt werden, danach nur dann, wenn der Abzug ohne Verschulden des Arbeitgebers unterblieben ist ([§ 28g Sätze 1 bis 3 SGB IV](#)). Vereinbarungen mit dem Beschäftigten, die einen Abzug vom Arbeitsentgelt in weiterem Umfang zum Inhalt haben, sind wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtig ([§ 134](#) Bürgerliches Gesetzbuch <BGB>).

Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterlagen auch im hier streitigen Zeitraum in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung der Versicherungs- bzw Beitragspflicht ([§ 5 Abs 1 Nr 1](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch <SGB V>, [§ 20 Abs 1 Satz 1 Nr 1](#) Elftes Buch Sozialgesetzbuch <SGB XI>, [§ 1 Satz 1 Nr 1 SGB VI](#), [§ 25 Abs 1](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch <SGB III>), es sei denn Versicherungspflicht scheidet aufgrund gesetzlicher Regelungen aus. Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs 1 Satz 1 SGB IV](#). Hiernach ist Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und er dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Arbeitgeber ist dabei stets derjenige, dem der Anspruch auf die vom Beschäftigten nach Maßgabe des Weisungsrechts geschuldete Arbeitsleistung zusteht und der dem Beschäftigten dafür als Gegenleistung zur Entgeltzahlung verpflichtet ist (BSG 31.03.2015, [B 12 R 1/13 R](#), SozR 4-2400 § 14 Nr 19; BSG 27.07.2011, [B 12 KR 10/09 R](#), SozR 4-2400 § 28e Nr 4; LSG Baden-Württemberg 25.07.2017, [L 11 KR 3980/16](#), Die Beiträge Beilage 2017, 461).

Wie bereits die Beklagte zutreffend ausgeführt und auch das SG im angefochtenen Urteil zu Recht angenommen hat, waren die auf den Baustellen der U-GmbH tätigen Arbeiter nicht Arbeitnehmer der Subunternehmerfirmen (T -A2 GmbH, R GmbH, F GmbH, K2 GmbH, B2. G2 UG, S1 UG/GmbH, Firma K1 C UG, Firma A2 Group, Firma C1, P1 GmbH, S UG, P GmbH, B1. G2 Service UG P2 GmbH A3 GmbH, E G2 GmbH, E1 GmbH), sondern tatsächlich Beschäftigte der U-GmbH. Bei den genannten Subunternehmerfirmen handelte es sich durchgängig um sogenannte Serviceunternehmen, deren Aufgabe es war, - neben der Unterzeichnung der Rahmenvereinbarung, dem Führen einer offiziellen Lohnbuchhaltung und dem Abschluss einer Haftpflichtversicherung sowie der Übersendung entsprechender Nachweise und Bescheinigungen an die U-GmbH - entsprechende Einzelmontageaufträge nach Fertigstellung der Aufträge zu unterzeichnen und Rechnungen an die U- GmbH zu schreiben, in denen jeweils auch eine Mehrwertsteuer von 19% ausgewiesen wurde. Die U-GmbH wiederum überwies die in den Rechnungen ausgewiesenen Bruttosummen nach Prüfung jeder einzelnen Rechnung auf die Konten des jeweiligen Serviceunternehmens. Die Betreiber der Serviceunternehmen händigten die so erhaltenen Summen abzüglich der von ihnen einbehaltenen Umsatzsteuer, der offiziellen Lohnkosten sowie des durch Überweisung an einzelne Arbeiter gezahlten offiziellen Lohnanteils und abzüglich eines ihnen zustehenden prozentualen Anteils an der überwiesenen Summe, den sie mit den Kolonnenführern im Voraus individuell vereinbart hatten (sog. „Prozente“), an die Kolonnenführer in bar aus. Die Kolonnenführer teilten die so erhaltenen Lohnzahlungen sodann entsprechend der kolonnenintern getroffenen Vereinbarung auf die einzelnen Kolonnenmitglieder auf. Die Kolonnen, die die von der U-GmbH in Auftrag gegebenen Leistungen ausführten, waren weder in die betriebliche Organisation der Serviceunternehmen eingegliedert noch erteilten ihnen deren Betreiber irgendwelche Weisungen. Die Serviceunternehmen machten den Arbeitern zudem auch keine Vorgaben zum täglichen Arbeitsbeginn und -ende, zu Pausenzeiten und zur Arbeitszeit selbst. Die Serviceunternehmen zahlten jeweils dann Geld an die Kolonnenführer aus, wenn sie selbst Zahlungen von der U-GmbH erhalten hatten. Die Höhe des ausgezahlten Betrages entsprach dabei immer der tatsächlich erhaltenen Überweisungssumme unter Abzug der Umsatzsteuer, der offiziellen Lohnkosten samt des per Überweisung gezahlten offiziellen Lohnanteils und ihrer „Prozente“. Die offiziell über die Nachunternehmer gemeldeten Arbeiter waren vollständig in den Betriebsablauf der U-GmbH integriert und übten ihre Tätigkeit nach Weisung der Niederlassungs- und Bauleiter der U-GmbH aus. Sie waren regelmäßig über längere Zeiträume, teilweise über Jahre, ausschließlich für die U-GmbH tätig. Die Niederlassungsleiter und Bauleiter der U-GmbH kontrollierten die Arbeit der Kolonnen gelegentlich bereits während der Ausführung und stets nach deren Beendigung. Das Gerüstbaumaterial wurde von der U-GmbH gestellt und entweder von den Kolonnen selbst mit einem LKW der U-GmbH oder von einem LKW-Fahrer der U-GmbH zur Baustelle transportiert.

Dieser Sachverhalt steht für den Senat fest aufgrund der umfangreichen Ermittlungen des Hauptzollamtes und folgt auch aus dem strafgerichtlichen Verfahren (vgl Urteil des Landgerichts S4 vom 26.03.2020,11 KLS [187 Js 60322/16](#)), in dem der Angeklagte A4

vollumfänglich geständig war. Zuletzt ist dieser Sachverhalt auch durch den Kläger nicht mehr bestritten worden. Dass die Beklagte keine eigenen Ermittlungen angestellt, sondern lediglich die Akten des Hauptzollamtes beigezogen und ausgewertet hat, ist nicht zu beanstanden. Die Beklagte durfte ihrer Beurteilung das Ergebnis der vom Hauptzollamt durchgeführten Prüfungen zu Grunde legen und auf dieser Grundlage die Prüfung nach [§ 28p SGB IV](#) durchführen und durch Verwaltungsakt abschließen (s hierzu mwN ausführlich Sächsisches LSG 12.02.2018, [L 9 KR 496/17 B ER](#), Juris; LSG Baden-Württemberg 22.10.2019, L 9 BA 2651/18, nicht veröffentlicht). Die Prüfungen des Hauptzollamtes beruhen auf § 2 Abs 1 Satz 1 des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung (Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz [SchwarzArbG], [BGBl I 2004, 1842](#)), wonach die Behörden der Zollverwaltung unter anderem prüfen (Nr 1), ob die sich aus den Dienst- oder Werkleistungen ergebenden Pflichten nach [§ 28a SGB IV](#) erfüllt werden sowie (Nr 4a) Ausländer nicht entgegen [§ 284 Abs 1](#) des Dritten Buches Sozialgesetzbuch oder [§ 4 Abs 3 Satz 1](#) und 2 des Aufenthaltsgesetzes und nicht zu ungünstigeren Arbeitsbedingungen als vergleichbare deutsche Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerinnen beschäftigt werden oder wurden (§ 2 SchwarzArbG in der Fassung vom 20.07.2011). Nach § 2 Abs 2 Satz 1 Nr 4 der Regelung werden die Behörden der Zollverwaltung bei den Prüfungen nach Abs 1 von den Trägern der Rentenversicherung unterstützt. Nach Satz 3 der Bestimmung können die Prüfungen mit anderen Prüfungen der Träger der Rentenversicherung ("der in diesem Absatz genannten Stellen") verbunden werden. Im Ergebnis ist die Beklagte somit als für die Prüfung bei den Arbeitgebern zuständige Einrichtung befugt, die von der Hauptzollverwaltung nach § 2 Abs 1 Satz 1 des SchwarzArbG durchgeführten Prüfungen mit der eigenen Prüfung nach [§ 28p Abs 1 Satz 1 und Satz 5 SGB IV](#) zu verbinden, was die Übernahme der Ermittlungsergebnisse der Prüfung nach § 2 Abs 1 Satz 1 SchwarzArbG beinhaltet.

Insofern bestehen für den Senat keine Zweifel an der grundsätzlichen Pflicht der U-GmbH, Sozialversicherungsbeiträge abzuführen. Verjährung trat nicht ein, wie die Beklagte vor dem Hintergrund der komplexen kriminellen Abrechnungs- und Verschleierungsstruktur zutreffend begründet hat.

Das Argument des SG, die Beklagte habe unberechtigterweise auch Scheinabrechnungen für die Berechnung der Beiträge herangezogen, obwohl diesen keine tatsächliche Arbeitsleistung gegenübergestanden habe, teilt der Senat nicht. Soweit sich den Verwaltungsakten der Beklagten und hier insbesondere den Ermittlungsergebnissen des Hauptzollamtes bzw der Staatsanwaltschaft S4 ([187 Js 60322/16](#), Bd II Verwaltungsakte) entnehmen lässt, kamen Scheinrechnungen bei den Firmen K2, A.K G2 und K vor und damit ausschließlich bei Firmen, in denen K Gesellschafter war bzw die er – mit seiner Schwester als Strohfrau (vgl Bl 125 Bd I Verwaltungsakte bzgl der Firma A.K G3 GmbH) tatsächlich als faktischer Geschäftsführer leitete. Dieser gründete zunächst am 27.10.2004 die Firma K G2 GmbH, war anschließend ab dem 19.02.2008 als faktischer Geschäftsführer für die Firma A.K G3 GmbH tätig und zuletzt für die Firma K2 GmbH (Gesellschaftsvertrag vom 19.01.2010, vgl hierzu Bl 636 Bd II der Verwaltungsakten). Im Rahmen von Vernehmungen gegenüber der Kriminalpolizeiinspektion Augsburg gab K als Zeuge an, für diese Firmen jeweils Scheinrechnungen erstellt zu haben (vgl hierzu Bl 125 Bd I Verwaltungsakte: Erkenntnisse zur Firma A.K. G3, basierend auf der Vernehmung des Zeugen K; zur Firma K3 GmbH: Bl 171 und 172 Bd I Verwaltungsakte; zur Firma K2 GmbH: Bl 178 ff Bd I Verwaltungsakte). Allerdings sagte K auch aus, er habe - nach Abzug einer Provision von 15% - die Restbeträge in bar ua an die U-GmbH ausgekehrt, damit mit diesem Bargeld Schwarzlöhne für Überstunden der Gerüstbauarbeiter bezahlt werden konnten (vgl hierzu Bl 636 ff Bd II Verwaltungsakte). Bestätigt wurde dies durch die Aussage des Niederlassungsleiters der U-GmbH S3 (vgl Bl 39 ff Bd 1 Verwaltungsakte), der ebenfalls angab, das Geld des K an die Arbeiter für Überstunden ausgezahlt zu haben. Insofern stehen auch diesen sog Scheinabrechnungen konkrete Arbeitsleistungen der U3-Mitarbeiter gegenüber und unterscheidet sich lediglich die zugrundeliegende Konstruktion von der üblichen Vorgehensweise, da hier die Überstunden der auch offiziell eigenen Mitarbeiter gezahlt wurden und in den übrigen Fällen die Arbeitsstunden von vermeintlich fremden Arbeitnehmern.

Allerdings war der angefochtene Bescheid aufzuheben, weil die Voraussetzungen für den hier erlassenen Summenbescheid nicht vorlagen.

Die Feststellung der Versicherungspflicht und Beitragshöhe im Prüfbescheid hat grundsätzlich personenbezogen zu erfolgen (vgl BSG 16.12.2015, [B 12 R 11/14 R](#), juris Rn 18). Als Ausnahme von diesem Grundsatz kann der prüfende Träger der Rentenversicherung nach [§ 28f Abs 2 Satz 1 SGB IV](#) den Beitrag in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung und zur Arbeitsförderung von der Summe der vom Arbeitgeber gezahlten Arbeitsentgelte geltend machen (Summenbescheid), wenn ein Arbeitgeber die Aufzeichnungspflicht nicht ordnungsgemäß erfüllt hat und dadurch die Versicherungs- oder Beitragspflicht oder die Beitragshöhe nicht festgestellt werden können. Satz 1 gilt nicht, soweit ohne unverhältnismäßig großen Verwaltungsaufwand festgestellt werden kann, dass Beiträge nicht zu zahlen waren oder Arbeitsentgelt einem bestimmten Beschäftigten zugeordnet werden kann. Soweit der prüfende Träger der Rentenversicherung die Höhe der Arbeitsentgelte nicht oder nicht ohne unverhältnismäßig großen Verwaltungsaufwand ermitteln kann, hat er diese zu schätzen. Für den Summenbescheid charakteristisch ist der Verzicht auf die grundsätzlich erforderliche Personenbezogenheit der Feststellungen; erfolgt allein eine Schätzung der Entgelte einzelner Arbeitnehmer ([§ 28f Abs 2 Satz 3 und Satz 4 SGB IV](#)) bei fortbestehender personenbezogener Feststellung der Beitragshöhe, so liegt kein Summenbescheid iS des [§ 28f Abs 2 S 1 SGB IV](#) vor (BSG 16.12.2015, [B 12 R 11/14 R](#), [BSGE 120, 209-230 Rn 18](#)). Ein nicht personenbezogener Summenbescheid darf nur ergehen, wenn der Rentenversicherungsträger nicht ohne unverhältnismäßig großen Verwaltungsaufwand Arbeitsentgelt einem bestimmten Beschäftigten zuordnen kann (BSG 26.09.2017, [B 1 KR 31/16 R](#), [BSGE 124, 162-177 Rn 28](#) zum Erlass eines Summenbescheides bei der Nachforderung von Umlagen). Dabei ist auf die Verhältnisse im Zeitpunkt des Erlasses des Widerspruchsbescheids abzustellen (BSG 27.04.2021, [B 12 R 18/19 R](#), juris Rn 37).

Vorliegend hat die Beklagte zum einen eine Schätzung der Bemessungsgrundlage vorgenommen und zum anderen eine Summenbeitragsberechnung durchgeführt - letztere mit der Begründung, eine personenbezogene Zuordnung der einzelnen Entgelte sei nicht möglich gewesen. Diese Beurteilung der Beklagten hält einer gerichtlichen Prüfung nicht stand.

Zwar hat hier die U-GmbH ihre nach [§ 28 f Abs 1 SGB IV](#) bestehende Pflicht, für jeden Beschäftigten, getrennt nach Kalenderjahren, Entgeltunterlagen im Geltungsbereich dieses Gesetzes in deutscher Sprache zu führen und bis zum Ablauf des auf die letzte Prüfung folgenden Kalenderjahres geordnet aufzubewahren, verletzt. Dies ist zwischen den Beteiligten auch unstrittig.

Wie jedoch ein Blick in die Verwaltungsakten der Beklagten und insbesondere in die 70 Leitzordner des Hauptzollamtes zeigt, ist eine beträchtliche Anzahl der Arbeitnehmer, die für die Servicefirmen arbeiteten, namentlich bekannt. Etliche dieser Arbeitnehmer waren als Minijobber oder aber in geringerem als dem tatsächlichen Umfang über ihre jeweilige Servicefirma sozialversicherungsrechtlich gemeldet. Allerdings besteht die Schwierigkeit, dass die Servicefirmen nicht ausschließlich für die U-GmbH Arbeiter „vermittelten“, sondern ihre „Dienste“ auch anderen (Gerüstbau-)Firmen anboten, ohne dass sich den Akten in jedem Fall eindeutig entnehmen ließe, welcher Arbeitnehmer nun genau für welche Firma wann tätig wurde. Diesbezüglich sei auf die „Erkenntnisse zu den einzelnen Servicefirmen“

verwiesen (Verwaltungsakte I, Bl 124 ff), worin jeweils die Geldbewegungen auf den Konten der Servicefirmen aufgeführt werden. Hier besteht regelmäßig eine erhebliche Differenz zwischen dem Gesamtumsatz von Auftraggebern und dem Umsatz der U-GmbH. Insofern kann nicht unterstellt werden, dass sämtliche von einer Servicefirma gemeldeten Arbeitnehmer automatisch auch für die U-GmbH tätig waren. Jedoch ist eine personenbezogene Zuordnung dennoch in etlichen Fällen möglich: Hervorzuheben ist hier zuvörderst der Einsatz in den Kraftwerken der E3 AG (E3) in S4 (vgl hierzu Ermittlungsordner [im Folgenden EO, jeweils zu finden auf der DVD] 58). Das Hauptzollamt hatte hier von der E3 die Zugangsdaten aller Personen, die unter dem Firmennamen U3 die Kraftwerke betreten und verließen, angefordert. Die Auswertung der Daten ergab, dass sowohl eigene Arbeitnehmer der U-GmbH, aber auch solche der Servicefirmen B1., E und E2 die Kraftwerke unter dem Namen U3 betreten hatten, nämlich die Arbeitnehmer J, B3, R1 sowie Z. Den von der E3 übermittelten Daten lässt sich entnehmen, an welchem Tag zu welcher Uhrzeit diese Arbeitnehmer jeweils das Gelände betreten und anschließend wieder verlassen haben, so dass die Arbeitszeit E1 zu berechnen ist. Die Einträge beginnen am 02.01.2013 und enden erst im Dezember 2013. Insofern wäre es möglich gewesen, die an die Servicefirmen B1., E und E2 in diesem Zeitraum überwiesenen Rechnungsbeträge den Arbeitsleistungen der genannten Arbeitnehmer zuzuordnen.

Aber auch für andere Zeiträume und andere Arbeitnehmer ist eine personenbezogene Feststellung ohne unzumutbaren Verwaltungsaufwand möglich. Zu verweisen ist hier beispielhaft auf die Vernehmungprotokolle im Zusammenhang mit der Servicefirma A2 Group (EO 16, Bl 340 ff). Hier hat S2, der bei der Deutschen Rentenversicherung als Vollbeschäftigter der Firma A2 Group gemeldet war, als Zeuge angegeben, vom 10.08.2011 bis 31.01.2012 tatsächlich für die U-GmbH gearbeitet zu haben im Umfang von 170 Stunden pro Monat (Bl 340 aaO, außerdem ausführlich Bl 374 ff EO 16). M (gemeldet vom 01.09.2011 bis 31.01.2012 als Vollbeschäftigter bei der Firma A2 Group) ist nach seiner Aussage in einem Büro auf einem Gerüstbaulagerplatz der U-GmbH am Hafen in N1 eingestellt worden (Bl 341 EO 16, ausführlich Bl 379 ff EO 16) und habe seinen Lohn bar auf dem Lagerplatz der U-GmbH oder auch auf einer Baustelle erhalten. Weiterhin hat M1 (sozialversicherungsrechtlich bei keiner Firma gemeldet, vgl Bl 129 Bd I Verwaltungsakte) als Zeuge ausgesagt, ihm habe immer der Bauleiter der U-GmbH gesagt, was und wo er arbeiten müsse (vgl Bl 391 EO 16). Er habe in den eineinhalb Monaten ca 300 Stunden gearbeitet (Bl 392 aaO).

Zu erwähnen ist auch die Aussage des Zeugen M2, der bei mehreren Servicefirmen zur Sozialversicherung gemeldet war (vgl Bl 10 EO 53, vgl auch Bl 29 f Bd I Verwaltungsakte). Dieser gab an, durchgehend nur für die U-GmbH tätig geworden zu sein. Gleiches gilt für den Zeugen B3, der ab 2008 durchweg bei Servicefirmen angestellt war (vom 01.04.2008 bis 30.04.2010 bei der Firma A.K. G2 GmbH, vom 03.05.2010 bis 30.11.2010 bei der Firma K2 GmbH, vom 01.12.2010 bis 30.12.2011 bei der Firma B2. G2 UG, vom 02.02.2012 bis 24.04.2012 bei der Firma S UG, ab dem 25.04.2012 bei der Firma B1. G2 UG bzw ab dem 04.11.2013 bei der Firma E2 G2 GmbH, vgl Bl 140 f Bd I Verwaltungsakten), jedoch ausgesagt hat, die LKW seien immer von der U-GmbH gewesen. Der Zeuge K4, der seit Januar 2013 bei der Firma E arbeitete, hat im Juli 2013 ausgesagt, immer bei U3 eingesetzt zu werden (vgl Bl 28 Bd I Verwaltungsakte). Gleiches gilt für den Zeugen L (offiziell Arbeitnehmer der A2 Group seit 01.07.2011, Bl 29 Bd I Verwaltungsakte). Diese Liste ließe sich fortsetzen und zeigt, dass es der Beklagten durch bloßes Auswerten der Ermittlungsordner möglich gewesen wäre, personengebundene Feststellungen zu treffen.

Der Verwaltungsaufwand zur Feststellung dieser personenbezogenen Daten erscheint dem Senat nicht unverhältnismäßig. Es liegen in Form der 70 Ermittlungsordner umfangreiche Unterlagen vor, die es auszuwerten gilt. Anders als im vom BSG entschiedenen Fall (BSG 07.02.2002, [B 12 KR 12/01 R](#), [BSGE 89, 158-167](#), [SozR 3-2400 § 28f Nr 3](#), [SozR 3-2400 § 14 Nr 22](#), Rn 25), in dem das BSG einen personenbezogenen Beitragsbescheid als unverhältnismäßig aufwendig ansah, nachdem die Beitragsbemessung für den einzelnen Beschäftigten versicherungsrechtliche nur geringe Bedeutung hatte, geht es hier um Nichtentrichtung von Beiträgen in erheblichem Umfang, von der etliche Arbeitnehmer massiv betroffen sind. Jedenfalls für spätere Rentenansprüche ist die personenbezogene Zuordnung der Beiträge auf die Beitragskonten der Versicherten von großer Bedeutung, nachdem nach Lage der Akten etliche von ihnen jahrelang regelmäßig für die U-GmbH tätig waren. Das BSG hat dargelegt, dass eine personenbezogene Feststellung der Versicherungspflicht, der Beitragspflicht und der Beitragshöhe, vor allem zur Sicherung von Rentenansprüchen der betroffenen Arbeitnehmer, von solchem Gewicht ist, dass sie, sofern und soweit überhaupt möglich, grundsätzlich auch dann erfolgen muss, wenn das mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden und nur unter Inkaufnahme eines verwaltungsmäßigen Mehraufwandes erreichbar ist. Auch wenn es wegen einer Verletzung der Aufzeichnungspflicht oder sogar aufgrund von Manipulationen des Arbeitgebers unmöglich sein sollte, bei einigen, vielleicht sogar der Mehrzahl der Arbeitnehmer genaue Feststellungen zur Versicherungs- und Beitragspflicht sowie zur Beitragshöhe zu treffen, ist es im Interesse derjenigen Arbeitnehmer, bei denen sich die erforderlichen Tatsachen noch ermitteln lassen, nicht gerechtfertigt, das Erfordernis der personenbezogenen Beitragserhebung insgesamt und damit auch für diese Arbeitnehmer preiszugeben (BSG 17.12.1985, [12 RK 30/83](#), [BSGE 59, 235-242](#), [SozR 2200 § 1399 Nr 16](#), Rn 21, vgl auch Bayerisches LSG 19.02.2013, [L 5 R 933/12 B ER](#), Rn 21, juris)

Anders als das SG hält der Senat die pauschale Berücksichtigung des Beitragszuschlages für Kinderlose gemäß [§ 55 Abs 3 Satz 1 SGB XI](#) für zutreffend. Zwar liegt auf der Hand, dass nicht sämtliche für die U-GmbH tätigen Arbeitnehmer älter als 23 Jahre und kinderlos waren. Wären die Zuschläge gemäß [§ 55 Abs 3 SGB XI](#) Gegenstand der Schätzung im Sinne des [§ 28f Abs 2 SGB IV](#), wäre die Beklagte gehalten gewesen, etwa aufgrund statistischer Auswertung zu ermitteln, wie viele Arbeitnehmer im (Gerüst-)Bau bzw auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt durchschnittlich von der Vorschrift erfasst werden. Jedoch ist dieser Zuschlag nicht Teil der Schätzung, sondern vielmehr Folge derselben, dh erst erfolgt die Schätzung der Arbeitsentgelte und daraus errechnet sich dann die Beitragshöhe. Letztere unterliegt keiner Schätzung. Gemäß [§ 55 Abs 3 SGB XI](#) gilt das Mitglied solange als kinderlos, bis Nachweise über die Elterneigenschaft vorgelegt werden. Hieraus haben die Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger zutreffend den Schluss gezogen, im Rahmen eines Summenbeitragsbescheides sei der Beitragszuschlag für Kinderlose stets zu berücksichtigen (vgl Niederschrift über die Besprechung der Spitzenverbände am 17./18.03.2005 unter Punkt 6, Seite 15 ff, zu finden unter https://www.aok.de/fk/fileadmin/user_upload/sv/besprechungsergebnisse/2005/2005-03-1718-fragen-des-gemeinsamen-beitragseinzugs-kv-pv-rv-av.pdf). Dies folge auch aus dem Sinn und Zweck des [§ 28 f Abs 2 SGB IV](#), dessen Intention darin bestehe, den Arbeitgeber zu einer ordnungsgemäßen Aufzeichnung der Arbeitsentgelte anzuhalten. Dem Rentenversicherungsträger solle - über die Gelegenheit hinaus, Bußgelder zu verhängen - eine Möglichkeit eröffnet werden, ohne viel Aufwand einen Beitragsbescheid zu erlassen. Würde dem Rentenversicherungsträger nunmehr aufgegeben, hinsichtlich der Zuschlagsfähigkeit der Arbeitsentgelte die Elterneigenschaft zu ermitteln, würde der Vereinfachungszweck konterkariert (vgl Niederschrift aaO Seite 16). Dieser Argumentation schließt sich der Senat an.

Die auf [§ 197a SGG](#) in Verbindung mit [§ 154 Abs 1](#) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) beruhende Kostenentscheidung trägt dem Prozessausgang Rechnung.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird endgültig auf 2,5 Millionen € festgesetzt ([§ 52 Abs 4 Nr 2 GKG](#)). Der Wert des Streitgegenstands einer Klage auf Feststellung einer Forderung, deren Bestand vom Insolvenzverwalter oder von einem Insolvenzgläubiger bestritten worden ist, bestimmt sich nach dem Betrag, der bei der Verteilung der Insolvenzmasse für die Forderung zu erwarten ist ([§ 182 InsO](#)). Da der Kläger hier im erstinstanzlichen Verfahren vorgetragen hat, die Verteilungsquote liege zwischen 30% und 100%, geht der Senat - wie bereits das SG im Streitwertbeschluss vom 20.09.2021 - vom Mittelwert, dh einer Quote von 65% aus. Dies ergibt einen Streitwert von 3.412.094.40 €, der wegen [§ 52 Abs 4 Nr 2 GKG](#) auf 2,5 Millionen € zu deckeln ist.

Gründe für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor.

Rechtskraft
Aus
Saved
2022-12-29