

L 26 BA 14/23

Land
Berlin-Brandenburg
Sozialgericht
SG Berlin (BRB)
Sachgebiet
Betriebsprüfungen
Abteilung
26
1. Instanz
SG Berlin (BRB)
Aktenzeichen
S 28 BA 183/20
Datum
25.01.2023
2. Instanz
LSG Berlin-Brandenburg
Aktenzeichen
L 26 BA 14/23
Datum
27.09.2024
3. Instanz
-
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Urteil

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 25. Januar 2023 geändert. Der Bescheid der Beklagten vom 27. Februar 2020 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 24. Juli 2020 wird insoweit aufgehoben, als die in der Berufung noch streitige Nachforderung in Höhe von 13.392,93 Euro inklusive Säumniszuschläge einen Betrag in Höhe von 6.094,06 Euro inklusive Säumniszuschläge übersteigt.

Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

Die Beteiligten tragen jeweils die Hälfte der Kosten des gesamten Verfahrens.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

Der Kläger wendet sich gegen einen Betriebsprüfungsbescheid der Beklagten für den Prüfzeitraum vom 1. Juni 2016 bis 30. April 2019, mit dem Sozialversicherungsbeiträge und Umlagen einschließlich Säumniszuschlägen in Höhe von noch 13.392,93 Euro nachgefordert werden.

Der im Jahr 1992 geborene Kläger übernahm zum 1. Juni 2016 als Einzelgewerbetreibender die Schankwirtschaft „E L“ in A-Mt , B M, die er als Shisha-Bar betrieb. Laut Auskunft aus dem Gewereregister wurde in der Schankwirtschaft kein Alkohol ausgeschenkt; ab dem 15. März 2018 wurden dort auch zubereitete Speisen und Knabbereien verkauft.

Das Hauptzollamt Berlin (HZA) – Finanzkontrolle Schwarzarbeit - führte am 29. März 2019 wegen des Verdachts der Schwarzarbeit in den Räumlichkeiten der Schankwirtschaft eine Prüfung gemäß §§ 2 ff. SchwarzArbG durch, um zu ermitteln, ob die im Internet unter der Suchmaschine Google genannten Öffnungszeiten (Mittwoch 15:00 Uhr bis 02:45 Uhr, Donnerstag bis Samstag 15:00 Uhr bis 06:00 Uhr, Sonntag bis Dienstag 15:00 Uhr bis 02:00 Uhr, insgesamt 351 Stunden im Monat) durch das angemeldete Personal und die Eigenleistung des Klägers abgedeckt werden konnten. Bei der Prüfung am 29. März 2019 wurden laut Schlussbericht des HZA vom 22. Oktober 2019 der

Kläger hinter dem Tresen sowie seine Lebensgefährtin C R mit einem Getränk aus der Küche kommend persönlich angetroffen. Der Kläger sowie Frau C R gaben hierbei einvernehmlich an, dass diese nicht in der Schankwirtschaft des Klägers arbeite. Sie könne zudem keine Angaben zum Betriebsablauf machen. Außerdem gab sie an, an der Europa Universität Jura zu studieren, bei ihren Eltern zu wohnen und von diesen finanziell unterstützt zu werden. Sie kenne lediglich einen Arbeitnehmer phonetisch „C“. Nach Auskunft des Klägers gegenüber dem HZA war das Lokal von Sonntag bis Donnerstag täglich von 15:00 Uhr bis 2:00 Uhr und Freitag und Samstag von 15:00 Uhr bis 04:00 Uhr geöffnet. Seine eigene Arbeitszeit gab der Kläger mit täglich von 14:30 Uhr bis 02:30 Uhr an. Er sei jeden Tag während der gesamten Öffnungszeit in der Schankwirtschaft. Unter der Woche sei er alleine tätig. Arbeitnehmer seien nur an den Wochenenden eingesetzt und zwar in Schichten von vier Stunden, diese schrieben ihre Stunden auf und würden am Ende des Monats in bar bezahlt. Er selbst reinige die Arbeitsräume. Lediglich am Wochenende arbeite der Arbeitnehmer „B, S“. Der Arbeitnehmer schreibe Arbeitszeitnachweise und gebe diese bei ihm ab, damit er diese dem Steuerbüro schicken könne.

Der Kläger wurde mit Schreiben des HZA vom 29. März 2019 aufgefordert, Lohnabrechnungen, Arbeitsverträge und Stundenaufzeichnungen nachzureichen. Am 15. Mai 2019 legte die NC Buchhaltung für den Kläger die Arbeitsverträge, Lohnabrechnungen und Stundenaufzeichnungen von insgesamt 10 Arbeitnehmern vor. Bis auf den Mitarbeiter M D (laut Arbeitsvertrag „D“) waren alle anderen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer geringfügig beschäftigt.

Im Einzelnen ergibt sich aus den vorgelegten Unterlagen und den festgestellten Beschäftigungszeiträumen zum Prüfzeitraum folgendes Bild:

Name	Beschäftigungszeiträume
	07-12/2016 Kellner laut AV
M D	01-06/2017 Kellner laut AV
	06/2018 10/2018
W W (laut Arbeitsvertrag „W“)	05-12/2017 Aushilfe laut AV
A A	02-03/2018 Hilfs-/Tresenkraft laut AV
F B	09-10/2018 Aushilfskellner laut AV
	11-12/2017 Aushilfskellnerin laut AV
S B	09-12/2018 Aushilfskellnerin laut AV
	02-03/2019 Aushilfskellnerin laut AV
B C	05-08/2018 Aushilfs-/Tresenkraft
	03-04/2019
S C R	05-12/2018 Aushilfs-/Tresenkraft
R	04/2019 Aushilfskellnerin
M-M H	04/2019 Aushilfskraft Küche
V S	04/2019 Aushilfskraft

Das HZA Berlin bat die Beklagte mit Schreiben vom 4. Juni 2019 den konkreten Schaden zu berechnen. Mit Schreiben vom 7. Oktober 2019 bezifferte die Beklagte den Beitragsschaden auf 11.161,36 Euro. Als offene Sollarbeitsstunden anhand der vom Kläger angegebenen Öffnungszeiten wurden im Prüfzeitraum insgesamt bis zu 156 Stunden im Monat ermittelt. Ausgehend von den Angaben des Klägers, dass an den Wochenenden eine zusätzliche Arbeitskraft neben ihm tätig gewesen sei, legte das HZA eine zusätzliche Arbeitsleistung von 6 Stunden in den Stoßzeiten von 20:00 Uhr bis 02:00 Uhr von Freitag bis Sonntag (18 Stunden/Woche und 78 Stunden/Monat) zu Grunde. Hieraus wurden abzüglich der nachgewiesenen Stunden der namentlich bekannten Mitarbeitenden die Fehlstunden für namentlich nicht bekannte Mitarbeitende auf Basis des gesetzlichen Mindestlohns berechnet. Die ermittelten Sollarbeitsstunden folgten aus der Differenz zwischen den zur Abdeckung der Öffnungszeiten benötigten monatlichen Personalstunden (insgesamt 429 Stunden = 351 Stunden einer Arbeitskraft während der Öffnungszeiten + 78 Stunden einer zusätzlichen Arbeitskraft an den Wochenenden von Freitag bis Sonntag) und der für den Kläger angesetzten Eigenleistung im Umfang von 273 Stunden monatlich (Mo.-So. 9 Stunden täglich). Die festgestellten monatlichen Fehlstunden ergaben sich sodann nach Abzug der Arbeitsstunden der bekannten Mitarbeitenden und des Klägers. Wegen der weiteren Einzelheiten der Ermittlungsergebnisse des HZA wird auf den Bericht im Ermittlungsverfahren vom 16. März 2022 und den Schlussbericht vom 22. Oktober 2019 Bezug genommen.

Mit Schreiben vom 18. Dezember 2019 hörte die Beklagte den Kläger unter Ankündigung ihrer Absicht, für den Prüfzeitraum Nachforderungen zur Sozialversicherung in einer Gesamthöhe von 14.349,81 Euro einschließlich Säumniszuschlägen i.H.v. 2.505,00 Euro zu erheben, unter Hinweis auf die beigelegten Berechnungen an. Die Stundenaufzeichnungen stünden im Widerspruch zu den angegebenen Öffnungszeiten, es habe nicht festgestellt werden können, welche Arbeitnehmer zu den festgestellten Fehlstunden gearbeitet hätten, der Kläger habe seine Aufzeichnungspflichten verletzt. Das Schreiben wurde mit erneuten Schreiben der Beklagten vom 14. Januar 2020 an die Wohnanschrift des Klägers zugestellt, nachdem das ursprüngliche Schreiben vom 18. Dezember 2019 wegen fehlerhaft angegebener Hausnummer von der Deutschen Post zurückgesandt worden war. Auf das Anhörungsschreiben äußerte sich der Kläger nicht.

Das Amtsgericht Tiergarten erließ gegen den Kläger am 6. Januar 2020 einen Strafbefehl wegen Vorenthaltung von Sozialversicherungsbeiträgen einschließlich der Arbeitsförderung und Meldung unrichtiger oder unvollständiger Angaben gegenüber den Einzugsstellen betreffend die Schank- und Speisewirtschaft „EL“ im Zeitraum von Juni 2016 bis April 2019 mit einer Gesamtgeldstrafe von 90 Tagessätzen.

Mit dem Betriebsprüfungsbescheid vom 27. Februar 2020 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 24. Juli 2020 forderte die Beklagte gegenüber dem Kläger für den Prüfzeitraum vom 1. Juni 2016 bis 30. April 2019 Beiträge zur Sozialversicherung einschließlich Umlagen in Höhe von 11.844,81 Euro sowie Säumniszuschläge i.H.v. 2.505,00 Euro (insgesamt 14.349,81 Euro) nach. Dabei wurde eine Nachzahlung in Höhe von 956,88 Euro personenbezogen für den Mitarbeiter M D festgesetzt. Für diesen sei erst ab März 2017 statt ab Januar 2017 der gesetzliche Mindestlohn in Höhe von 8,84 Euro je Arbeitsstunde gezahlt worden. Im Übrigen hätten für den Prüfzeitraum die anhand der Öffnungszeiten ermittelten Sollarbeitsstunden weder durch die gemeldeten Arbeitnehmer noch durch die eigene Arbeitsleistung des Klägers abgedeckt werden können. Die Beitragsforderungen würden daher in Form eines Summenbeitragsbescheides geltend gemacht. Entgegen den Angaben des Klägers, dass er in der Woche immer alleine gearbeitet habe, habe er „die Arbeitnehmerin Bl C.“ u. a. am Montag, dem 11. März 2019 eingesetzt. Auch der allein im Jahr 2016 beschäftigte Mitarbeiter D sei nicht ausschließlich an den Wochenenden tätig gewesen. Seine Arbeitszeit habe im Zeitraum von Juli 2016 bis Mai 2017 oftmals schon vor 14:30 Uhr nämlich ab 12:00 Uhr oder 13:00 Uhr begonnen. Für den Mitarbeiter D seien ab Juni 2017 keine Stundenaufzeichnungen mehr geführt worden. Auch die Mitarbeiterin W sei am 14. Mai 2017 schon ab 12:00 Uhr eingesetzt gewesen. Die Stundenaufzeichnungen für die Mitarbeitenden stimmten zwar mit den offiziell abgerechneten Löhnen überein, sie stünden jedoch im Widerspruch zu den vom Kläger angegebenen Öffnungszeiten und seinen Angaben, dass er nur an den Wochenenden zusätzliches Personal benötigt habe. Darüber hinaus seien weder den Lohnabrechnungen noch den Stundenaufzeichnungen Ausfallzeiten aufgrund von Arbeitsunfähigkeitszeiten bzw. Urlaubszeiten für die gemeldeten Arbeitnehmer zu entnehmen. Aus den Stundenaufzeichnungen ergebe sich ein Einsatz der Mitarbeiter auch an den Wochentagen und zum Teil außerhalb der angegebenen Öffnungszeiten. Zugunsten des Klägers seien die von diesem angegebenen Öffnungszeiten (Sonntag bis Donnerstag 15:00 Uhr bis 2:00 Uhr und Freitag bis Samstag 15:00 Uhr bis 4:00 Uhr) zugrunde gelegt worden, obwohl sich laut Internetauftritt längere Öffnungszeiten ergäben. Weiterhin sei zugunsten des Klägers seine Eigenleistung von kalendertäglich neun Stunden an sieben Tagen die Woche (273 Stunden monatlich) im gesamten Prüfzeitraum berücksichtigt worden. Dabei sei zugunsten des Klägers davon ausgegangen worden, dass er in dem Prüfzeitraum an keinem Tag erkrankt oder im Urlaub gewesen sei. Daraus ergäben sich monatliche Sollarbeitsstunden im Umfang von 156, für die er Arbeitnehmer einsetzen müssen. Bei der Prüfung durch das Hauptzollamt hätten der Kläger und Frau CR angegeben, dass diese nicht in der Schankwirtschaft arbeite. Erst zum 1. April 2019 sei rückwirkend ihre Anmeldung als geringfügig Beschäftigte in der Shisha-Bar des Klägers erfolgt. Der nicht unterschriebene Arbeitsvertrag vom 29. März 2019 und die Entgeltabrechnung sowie die Stundenzettel für den Monat April 2019 für Frau R lägen vor. Welche Arbeitnehmer in den hiernach festgestellten Fehlstunden für ihn gearbeitet hätten, ließe sich nicht feststellen. Es werde jedoch aufgrund der Beweismittel und der ermittelten Fehlstunden als erwiesen angesehen, dass er seinen Aufzeichnungspflichten nicht nachgekommen sei und Arbeitnehmer illegal beschäftigt habe.

Mit der am 24. August 2020 vor dem Sozialgericht Berlin erhobenen Klage hat der Kläger geltend gemacht, dass er und seine Lebensgefährtin C R durch erhebliche Eigenleistung den Geschäftsbetrieb aufrechterhalten hätten. Er habe seit dem Jahr 2016 umfangreiche Hilfe seiner Lebensgefährtin erhalten. Des Weiteren habe er selbst 80 Stunden Wochenarbeitszeit in seine Unternehmung investiert und zum Teil auch „im Laden“ geschlafen. Die von der Beklagten vorgenommene Schätzung beruhe auf falschen Annahmen. Nachdem das Mandatsverhältnis gegenüber dem vormaligen Prozessbevollmächtigten beendet worden ist, hat der nunmehr mandatierte Prozessbevollmächtigte des Klägers ausgeführt, dass sich die ausgewerteten Stundenaufzeichnungen mit den offiziell abgerechneten Löhnen deckten. Es seien keine Löhne „inoffiziell“ abgerechnet worden. Die Stundenaufzeichnungen stünden nicht im Widerspruch zu den Angaben des Klägers zu den Öffnungszeiten. Der ermittelte Personalbedarf sei falsch. Auch die Annahme, der Kläger habe die Öffnungszeiten laut Internet strikt eingehalten, sei falsch. Dritte könnten die Angaben im Internet leicht verändern. Der Kläger habe keine Veranlassung und Muße gehabt, den Laden in der Nacht geöffnet zu halten, wenn kein Kunde gekommen sei. Wenn der Kläger krank gewesen sei, sei der Laden nicht geöffnet worden. Sofern Gäste anwesend gewesen seien, sei der Kläger im streitgegenständlichen Zeitraum in der Regel 14 Stunden (manchmal sogar länger) im Laden gewesen. Die Eigenleistung des Klägers sei, da es sich um keine schwere körperliche und durchgehende Arbeit handele, definitiv machbar gewesen. Die Kunden kämen in den Laden und würden Getränke und eine Wasserpeife bestellen, was nur wenig Zeit in Anspruch nehme. In der Regel würden die Kunden 2 bis 2,5 Stunden an einer Wasserpeife rauchen.

Eine Beiladung weiterer Sozialversicherungsträger ist nach der Aufforderung des Sozialgerichts gegenüber der Krankenkasse DAK-Gesundheit, der Techniker Krankenkasse und der Bundesagentur für Arbeit, innerhalb einer Frist von einem Monat einen entsprechenden Antrag zu stellen, mangels entsprechender Antragstellung unterblieben.

In der nach seinem Einspruch gegen den Strafbefehl durchgeführten Strafverhandlung vor dem Amtsgericht Tiergarten am 31. Januar 2022

hat sich der Kläger dahingehend eingelassen, dass er nach Übernahme der Shisha-Bar im Jahr 2016 bis zu 14 Stunden täglich dort gewesen sei. Im Jahr 2018 habe er dann schwarze Zahlen geschrieben. Die ersten zwei Jahre habe er sogar teilweise nur mit einem Mitarbeiter gearbeitet. In der Hauptverhandlung ist außerdem die Zollbeamtin A vernommen worden, die angegeben hat, sich nicht daran erinnern zu können, ob der Kläger bei der Prüfung angegeben habe, 14 Stunden täglich gearbeitet zu haben.

Im Nachgang zur Strafverhandlung ist am 3. März 2022 im Auftrag des Strafgerichts durch das Hauptzollamt Berlin die 1998 geborene Mitarbeiterin B vernommen worden, die u.a. ausgesagt hat, dass sie meistens dreimal die Woche für eine Stunde in der Shisha-Bar gearbeitet habe und zwar nach ihrer Schule. Sie habe meistens Shisha Köpfe vorbereitet und geputzt. Sie habe Lohnabrechnungen und Quittungen erhalten, der Lohn sei in bar gezahlt worden. Sie sei nie alleine im Laden gewesen. Am Wochenende sei neben dem Kläger auch mal ein anderer Mitarbeiter da gewesen. Dann habe sie abgewaschen und sei auch als Reinigungskraft tätig gewesen. Die Arbeitszeiten seien per Telefon oder mündlicher Absprache vereinbart worden. Ebenfalls vernommen worden ist der 1982 geborene Mitarbeiter D, der ausgesagt hat, dass er in der Bar des Klägers ca. ein Jahr als Barkeeper gearbeitet habe. Er habe meistens Köpfe für Shishas vorbereitet und diese geputzt. Getränke habe er nicht oft ausgeschenkt. An die Öffnungszeiten der Bar und die Tage, an denen er gearbeitet habe, könne er sich nicht erinnern. Er sei in Vollzeit angestellt gewesen. Er habe grundsätzlich zur Mittagszeit begonnen und selten abends gearbeitet. Ob es Stundenaufzeichnungen gegeben habe und an die anderen Mitarbeiter könne er sich nicht erinnern. Den Lohn habe er meistens in bar erhalten. Teilweise sei er am Ende der Schicht bezahlt worden. Der Lohn sei monatlich gleich hoch gewesen. Er habe Lohnabrechnungen erhalten. Er wisse nicht, wie viele Stunden der Kläger gearbeitet habe.

Die außerdem vom Hauptzollamt geladene Zeugin R ist ohne Angabe von Gründen nicht zur Vernehmung erschienen. Von einer Vernehmung der Mitarbeiterin W ist Abstand genommen worden, nachdem diese angegeben hatte, dass ihre Vernehmung wegen der Eingewöhnung ihres Kindes in die Kindertagesstätte zeitlich schwer möglich sei.

Das Strafverfahren ist sodann mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft Berlin und des Klägers mit Beschluss des Amtsgerichts Tiergarten vom 27. Juni 2022 gegen Zahlung einer Geldbuße in Höhe von 2.000,00 Euro nach [§ 153a Abs. 2 StPO](#) endgültig eingestellt worden, nachdem der Kläger die ihm zur Beseitigung des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung erteilte Auflage erfüllt hatte.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Sozialgericht am 25. Januar 2023 hat der Klägerbevollmächtigte ausgeführt, dass der Kläger den Laden größtenteils alleine betrieben habe und zwar bis zu 14 Stunden am Tag. Wenn niemand gekommen sei, habe er den Laden geschlossen. Wenn der Kläger erkrankt gewesen sei, habe er den Laden ebenfalls geschlossen. Urlaub habe er nicht genommen. Der Kläger selbst hat auf Nachfrage angegeben, dass die Mitarbeiter in der Woche geholfen hätten, wenn Spiele gezeigt worden seien.

Das Sozialgericht hat mit Urteil vom 25. Januar 2023 den Bescheid der Beklagten vom 27. Februar 2020 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 24. Juli 2020 teilweise aufgehoben, soweit die Nachforderung inklusive Säumniszuschläge 956,88 Euro übersteigt. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Die Anfechtungsklage sei in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet und im Übrigen unbegründet. Der angegriffene Bescheid sei hinsichtlich der festgesetzten Nachforderung für die Beiträge zur Sozialversicherung betreffend den Arbeitnehmer D rechtmäßig und im Übrigen rechtswidrig. Die Beklagte könne sich zwar grundsätzlich ohne eigene Betriebsprüfung nach § 2 Abs. 1 Satz 1 SchwarzArbG auf die Ermittlungsergebnisse der Hauptzollverwaltung stützen. Vorliegend seien die Ermittlungen des Hauptzollamtes jedoch nicht ausreichend gewesen, um die von der Beklagten zugrunde gelegten Fehlstunden zu belegen. Der Kläger habe glaubhaft vorgetragen, dass er selbst mehr als die von der Beklagten angenommenen 9 Stunden täglich in der Shisha-Bar gearbeitet habe, nämlich bis zu 14 Stunden. Dies ergebe sich aus der erneuten Befragung des Klägers in der mündlichen Verhandlung, in der er angegeben habe, dass er gewöhnlich je Kunde nur alle zwei Stunden eine Wasserpfeife und Getränke zubereitet habe. Die Getränke seien fertig gekauft und nur eingegossen worden. Es sei von der Beklagten nicht ermittelt worden, ob der Kläger wie vorgetragen mehr als 9 Stunden gearbeitet habe. Außerdem sei die Kammer nicht zu der Überzeugung gelangt, dass die Bar des Klägers zu den von ihm angegebenen Öffnungszeiten tatsächlich immer geöffnet hätte. Er könne die Bar auch früher geschlossen haben. Es sei auch schlüssig, dass der Kläger, wenn er krank gewesen sei, die Bar geschlossen habe. Die Beklagte habe den Kläger hierzu nicht befragt. Die angegebenen Öffnungszeiten im Internet (Google) seien durch den Kläger nicht beeinflussbar gewesen. Vorliegend seien für die Beklagte weitere Ermittlungen möglich gewesen, so dass keine Umkehr der Beweislast anzunehmen sei. Die Beklagte habe anhand der vorliegenden Entgeltunterlagen selbst festgestellt, dass sich die eingereichten Stundenaufzeichnungen mit den Entgeltabrechnungen deckten. Die Kammer sei nicht davon überzeugt, dass der Kläger Mitarbeiter in einem höheren Umfang habe beschäftigen müssen, als sich dies aus den Aufzeichnungen ergebe. Dabei sei zu beachten, dass die Beklagte zu 156 Fehlstunden im Monat, also 5,2 Fehlstunden am Tag komme. Diese Fehlstunden seien durch die Angaben des Klägers zu seinen längeren Arbeitszeiten und den in der mündlichen Verhandlung angegebenen, an das Tagesgeschehen angepassten Öffnungszeiten abgedeckt.

Mit ihrer Berufung vom 2. März 2023 gegen das ihr am 6. Februar 2023 zugestellte Urteil macht die Beklagte geltend, dass Grundlage für ihre Feststellungen die Unterlagen des Hauptzollamtes gewesen seien. Weitere geeignete Unterlagen habe der Kläger nicht vorgelegt. Soweit das Sozialgericht darauf abstelle, dass die Öffnungszeiten laut Internet (Google) nicht verlässlich seien, habe es unberücksichtigt gelassen, dass der Kläger selbst Angaben zu den Öffnungszeiten gemacht habe, die so zugrunde gelegt worden seien. Wenn sie - die Beklagte - ihrer Schätzung die Öffnungszeiten von täglich 11 bis 13 Stunden bei einer Eigenleistung des Klägers von 9 Stunden zugrunde lege, sei dies realistisch. Die aus Sicht des Sozialgerichts anzusetzende Eigenleistung von 14 Stunden überstiege die Dauer der hier berücksichtigten Öffnungszeiten und könne nicht die anfallenden Arbeiten zur Aufrechterhaltung des Barbetriebs betreffen. Zudem habe die Schülerin SB im Rahmen ihrer Befragung durch das Hauptzollamt angegeben, dass sie dreimal in der Woche und somit nicht nur am Wochenende, sondern auch wochentags in der Bar gearbeitet habe. Eine fehlende Befragung der betreffenden Arbeitnehmerinnen, Frau S R und Frau W W, sei dem Hauptzollamt bzw. der Beklagten nicht vorzuwerfen, da diese zur Befragung nicht erschienen seien. Diese hätten im

Nachforderungszeitraum Sozialleistungen bezogen. Der Arbeitnehmer D habe angegeben, als Barkeeper, Hausmeister und Putzkraft eingesetzt worden zu sein, seine Arbeitszeit habe nach dessen Angaben bereits vor Öffnung der Bar gelegen, laut Stundenzettel teilweise ab 12:00 Uhr. Aus anderen Stundenaufzeichnungen ergebe sich, dass Arbeitnehmer nicht nur an den Wochenenden, sondern auch in der Woche gearbeitet hätten. Dass Aufzeichnungspflichten nicht ordnungsgemäß erfüllt worden seien, ergebe sich auch daraus, dass keine Zeiten für Urlaub oder Krankheit in den Aufzeichnungen zu finden seien.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 25. Januar 2023 zu ändern und die Klage vollumfänglich abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er hält das angefochtene Urteil für zutreffend. Die aufgezeichneten Stunden deckten sich mit den Entgeltabrechnungen, so dass kein Raum für einen Summenbeitragsbescheid gewesen sei. Die Ermittlungen des HZA und der Beklagten seien nicht ausreichend gewesen. Es sei nicht ermittelt worden, ob er mehr als 9 Stunden in der Bar gearbeitet habe. Zudem seien die Öffnungszeiten der Bar nicht ausreichend ermittelt worden. Eine Umkehr der Beweislast sei nicht anzunehmen. Es fehle auch an einer Verletzung der Aufzeichnungspflicht, da die Beklagte selbst festgestellt habe, dass sich die eingereichten Stundenaufzeichnungen mit den Entgeltabrechnungen deckten.

Die Beklagte hat auf gerichtliche Anforderung am 20. September 2024 eine Neuberechnung der Beitragsforderung auf Grundlage einer Eigenleistung des Klägers von 80 Stunden wöchentlich vorgenommen, auf die wegen der Einzelheiten Bezug genommen wird.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes sowie des Vorbringens der Beteiligten im Übrigen wird auf die Gerichtsakten und die Verwaltungsakte der Beklagten sowie die beigezogenen Akten des Hauptzollamtes (Ermittlungsakte) und der Staatsanwaltschaft Berlin (246 Js 1528/19 A – 61.153/17.2027) Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung der Beklagten ist in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet und im Übrigen unbegründet.

Die form- und fristgemäß eingelegte Berufung der Beklagten (vgl. [§ 151 Sozialgerichtsgesetz \[SGG\]](#)) ist nach [§ 143 SGG](#) statthaft, da der Wert des Beschwerdegegenstandes den nach [§ 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGG](#) erforderlichen Betrag von 750 Euro übersteigt. Gegenstand des Berufungsverfahrens ist neben dem angefochtenen Urteil des Sozialgerichts der Betriebsprüfungsbescheid der Beklagten vom 27. Februar 2020 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 24. Juli 2020, soweit die Nachforderung inklusive Säumniszuschläge einen Betrag in Höhe von 956,88 Euro übersteigt. In der Berufung ist damit noch eine Beitragsforderung in Höhe von 13.392,93 Euro inklusive Säumniszuschläge im Streit, nachdem der Kläger in Höhe einer Beitragsforderung von 956,88 Euro für den Mitarbeiter D erstinstanzlich unterlegen ist und insoweit keine Berufung gegen das Urteil des Sozialgerichts eingelegt hat.

Das Sozialgericht hat der zulässigen Anfechtungsklage ([§ 54 Abs. 1 SGG](#)) zu Unrecht im Gesamtvolumen der in der Berufung noch streitigen Beitragsforderung von 13.392,93 Euro inklusive Säumniszuschläge stattgegeben. Der aufgrund der für den Prüfzeitraum vom 1. Juni 2016 bis 30. April 2019 durchgeführten Betriebsprüfung ergangene Bescheid der Beklagten ist in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang auch über die personenbezogene Beitragsforderung betreffend den Mitarbeiter D hinaus teilweise rechtmäßig und verletzt den Kläger insoweit nicht in seinen Rechten (vgl. [§ 54 Abs. 2 Satz 1 SGG](#)). Im Übrigen ist das Urteil des Sozialgerichts zutreffend, der Bescheid rechtswidrig und die Berufung der Beklagten unbegründet. Anders als das Sozialgericht ist der Senat davon überzeugt, dass der Kläger als verantwortlich Handelnder weitere nicht namentlich bekannte Personen im Prüfzeitraum abhängig beschäftigt hat, ohne sie insgesamt bzw. vollständig der jeweiligen Einzugsstelle für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag zu melden und Beiträge zu entrichten. Der Senat hält die Beitragsforderung der Beklagten ausgehend von einer zu gering angesetzten Eigenleistung des Klägers im Umfang von 63 Stunden wöchentlich jedoch für zu hoch. Der Senat ist vielmehr davon überzeugt, dass die Eigenleistung des Klägers mit nicht weniger aber auch nicht mehr als 80 Stunden wöchentlicher Arbeitszeit anzusetzen ist. Ausgehend hiervon war die Beklagte berechtigt, einen Summenbeitragsbescheid für die daraus resultierenden Fehlstunden für namentlich nicht bekannte Beschäftigte, die zur Abdeckung der

vom Kläger angegebenen Öffnungszeiten der Bar erforderlich waren, zu erlassen.

Rechtsgrundlage für den angefochtenen Bescheid ist [§ 28p Abs. 1 Satz 1 und Satz 5](#) Sozialgesetzbuch Viertes Buch – Gemeinsame Vorschriften – (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](#)) mindestens alle vier Jahre (Satz 1). Die Träger der Rentenversicherung erlassen nach Satz 5 dieser Vorschrift im Rahmen der Prüfung Verwaltungsakte (den Prüfbescheid, vgl. BSG, Urteil vom 16. Dezember 2015 – [B 12 R 11/14 R](#) – juris Rn. 17) zur Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung einschließlich der Widerspruchsbescheide gegenüber den Arbeitgebern. Im Rahmen dessen sind die Träger der Rentenversicherung verpflichtet, den Auftrag, Umfang und das Ergebnis der durchgeführten Prüfung anzugeben (BSG, Urteil vom 19. September 2018 – [B 12 R 25/18 R](#) -). Mit dem letzten Halbsatz ist klargestellt, dass die Zuständigkeit der Träger der Rentenversicherung unabhängig von den eigentlich nach [§ 28h Abs. 2 Satz 1 SGB IV](#) für solche Feststellungen zuständigen Einzugsstellen besteht.

Die Beklagte ist als Rentenversicherungsträgerin auch zur Überwachung des Umlageverfahrens nach § 1 i.V.m. § 7 des Gesetzes über den Ausgleich der Arbeitgeberaufwendungen für Entgeltfortzahlung (Aufwendungsausgleichsgesetz – AAG –) und zum Erlass eines entsprechenden Umlagebescheids befugt. Danach werden die Mittel zur Durchführung des Ausgleichs der Arbeitgeberaufwendungen für Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (U1-Verfahren) und Leistungen des Arbeitgeberzuschusses zum Mutterschaftsgeld (U2-Verfahren) von den am Ausgleich beteiligten Arbeitgebern jeweils durch gesonderte Umlage aufgebracht. Am U1-Verfahren nehmen grundsätzlich alle Arbeitgeber mit maximal 30 Beschäftigten – wie der Kläger – teil (vgl. [§ 3 Abs. 1 Satz 2 AAG](#)). [§ 10 AAG](#) stellt die Beiträge zum Ausgleichsverfahren insoweit den Beiträgen zur Gesetzlichen Krankenversicherung gleich, die ihrerseits Teil des Gesamtsozialversicherungsbeitrags ([§ 28d Satz 1 SGB IV](#)) sind, der von der Beklagten im Rahmen einer Betriebsprüfung ([§ 28p Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#)) geltend zu machen ist (vgl. zum Ganzen BSG, Urteil vom 26. September 2017 – [B 1 KR 31/16 R](#) – juris). Selbiges gilt in Bezug auf die Insolvenzgeldumlage. Nach § 359 Abs. 1 Satz 1 SGB Sozialgesetzbuch Drittes Buch – Arbeitsförderung – (SGB III) ist die Umlage zusammen mit dem Gesamtsozialversicherungsbeitrag an die Einzugsstelle zu zahlen. Nach Satz 2 finden die für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag geltenden Vorschriften des SGB IV entsprechende Anwendung und damit wiederum [§ 28p Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) mit seiner die Zuständigkeit der Träger der gesetzlichen Rentenversicherung begründenden Wirkung.

Die von den noch streitigen Beitragsnachforderungen begünstigten, jeweils zuständigen (Fremd-)Sozialversicherungsträger und die Bundesagentur für Arbeit sind zum Verfahren von Amts nicht notwendig beizuladen gewesen. Insoweit hat das Sozialgericht von der Möglichkeit des mit Wirkung zum 1. Juli 2020 eingeführten [§ 75 Abs. 2b SGG](#) Gebrauch gemacht, wonach gegen Entscheidungen nach [§ 7a Absatz 1 Satz 3](#), [§ 28h Absatz 2](#) und [§ 28p Absatz 1 Satz 5](#) des Vierten Buches Sozialgesetzbuch andere Versicherungsträger abweichend von Absatz 2 unter angemessener Fristsetzung nur auf deren Antrag beizuladen sind (vgl. BSG, Urteil vom 16. Dezember 2015 – [B 12 R 11/14 R](#) - Rn. 20 f. m.w.N.; BSG, Urteil vom 7. Februar 2002 – [B 12 KR 12/01 R](#) – juris Rn. 14). Einen entsprechenden Antrag haben die vom Sozialgericht auf die Möglichkeit der Beiladung hingewiesenen Sozialversicherungsträger nicht gestellt.

Im Weiteren bedurfte es mangels Personenbezogenheit der Beitragsnachforderung nicht der Beiladung der namentlich bekannten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Klägers. Bei namentlich unbekanntem Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer kommt eine Beiladung von vorneherein nicht in Betracht (vgl. BSG, Urteil vom 26. September 2017 – [B 1 KR 31/16 R](#) – juris Rn. 9).

Die Feststellung der Versicherungspflicht und Beitragshöhe im Prüfbescheid hat grundsätzlich personenbezogen zu erfolgen (vgl. BSG, Urteil vom 16. Dezember 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 (Summenbeitragsbescheid), 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 Summenbeitragsbescheid; erfolgt allein eine Schätzung der Entgelte einzelner Arbeitnehmer ([§ 28f Abs. 2](#) Sätze 3 und [4 SGB IV](#)) bei fortbestehender personenbezogener Feststellung der Beitragshöhe, so liegt kein Summenbeitragsbescheid im Sinne des [§ 28f Abs. 2 Satz 1 SGB IV](#) vor. Die Voraussetzungen liegen hier dem Grunde nach vor.

Der angefochtene Bescheid der Beklagten ist formell rechtmäßig, insbesondere ist der Kläger vor seinem Erlass mit zugestelltem Schreiben der Beklagten vom 18. Dezember 2019 ordnungsgemäß schriftlich angehört worden ([§ 24 Abs. 1](#) Sozialgesetzbuch Zehntes Buch – Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz – [SGB X]).

Sodann hat die Beklagte den Kläger als Einzelunternehmer handelnd und damit den Adressaten zutreffend unter seiner seinerzeitigen Anschrift der Schankwirtschaft bezeichnet.

Die Beklagte war auch berechtigt, die Ergebnisse der vom HZA auf der Grundlage von § 2 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes zur Bekämpfung der

Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung – SchwarzArbG – durchgeführten Prüfung zu Grunde zu legen und auf dieser Grundlage ohne weitere zusätzliche Ermittlungen die Prüfung nach [§ 28p SGB IV](#) in eigenen Räumen durchzuführen und durch Verwaltungsakt abzuschließen, ohne eine eigene Betriebsprüfung am Betriebsitz des Klägers durchzuführen (vgl. LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 26. Februar 2021 - L 28 BA 113/18 -; Beschluss vom 31. Mai 2024 - L 28 BA 98/23 B ER -; Beschluss vom 15. Januar 2021 - [L 28 BA 68/20 B ER](#) - juris; LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 29. Juni 2017 - [L 10 R 592/17](#) - juris Rn. 22; Urteil vom 29. November 2022 - [B 11 BA 3292/21](#) - juris Rn. 27 m.w.N.). Nach § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 SchwarzArbG werden die Behörden der Zollverwaltungen – hier das HZA – bei den Prüfungen nach Absatz 1 von den Trägern der Rentenversicherung unterstützt; nach Satz 2 dieser Vorschrift können die Prüfungen mit anderen Prüfungen der in diesem Absatz genannten Stellen verbunden werden, so dass unter Berücksichtigung von [§ 20 Abs. 1 Satz 2](#) und [§ 21 Abs. 1 Satz 1 SGB X](#), wonach sich die Behörde der Beweismittel zur Ermittlung des Sachverhalts nach pflichtgemäßem Ermessen bedient, Bedenken hinsichtlich des durchgeführten Verfahrens nicht bestehen. Im Ergebnis ist die Beklagte befugt, die von der Hauptzollverwaltung nach § 2 Abs. 1 Satz 1 SchwarzArbG durchgeführten Prüfung mit der eigenen Prüfung nach [§ 28p Abs. 1 Satz 1](#), 5 SGB IV zu verbinden, was die Übernahme der Ermittlungsergebnisse der Prüfung nach § 2 Abs. 1 Satz 1 SchwarzArbG beinhaltet. Für die solchermaßen verbundenen Prüfungen gemäß [§ 2 Abs. 4 Satz 3 SchwarzArbG](#) gelten die auf der Grundlage von [§ 28p Abs. 9 SGB IV](#) erlassenen, die Durchführung von Betriebsprüfungen betreffenden Regelungen in [§ 7](#) Beitragsverfahrensverordnung (BVV, z. B. die vorherige Ankundigung) nicht, da sie auf „isolierte“ Prüfungen der Träger der Rentenversicherung nach [§ 28p SGB IV](#) zugeschnitten sind (LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 18. Oktober 2023 - [L 4 BA 83/19](#) - juris Rn. 62).

Der angefochtene Summenbeitragsbescheid ist dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang nicht zu beanstanden. 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 ([§ 2 Abs. 2 Nr. 1 SGB IV](#), [§ 5 Abs. 1 Nr. 1](#) Sozialgesetzbuch Fünftes Buch [SGB V], [§ 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1](#) Sozialgesetzbuch Elftes Buch [SGB XI] als akzessorische Regelung zur gesetzlichen Krankenversicherung [vgl. [§ 20 Abs. 1 Satz 1 SGB XI](#)], [§ 1 Satz 1 Nr. 1](#) Sozialgesetzbuch Sechstes Buch [SGB VI], [§ 25 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#)).

Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis ([§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#)). Gemäß [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#) sind Anhaltspunkte für eine Beschäftigung eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers (vgl. etwa BSG, Urteile vom 7. Juni 2019 - [B 12 R 6/18 R](#) - juris Rn. 13 und vom 11. November 2015 - [B 12 R 2/14 R](#) - juris Rn. 17f. jeweils m.w.N.). Ob die wertende Zuordnung zum Typus der Beschäftigung gerechtfertigt ist, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist, so dass regelmäßig vom Inhalt der zwischen den Beteiligten getroffenen Vereinbarungen auszugehen ist. Liegen diese in schriftlicher Form vor, ist neben deren Vereinbarkeit mit zwingendem Recht zu prüfen, ob mündliche oder konkludente Änderungen erfolgt sind, die maßgebend sind, soweit sie ihrerseits rechtlich zulässig sind (vgl. BSG, Urteil vom 18. November 2015 - [B 12 RK 16/13 R](#) - juris). Danach erfüllten die jeweiligen typischen Tätigkeiten für den Betrieb der Shisha-Bar, zu deren Ausübung der Kläger die vorliegenden Arbeitsverträge mit den bekannten Mitarbeitenden geschlossen hatte, sämtliche Merkmale einer abhängigen Beschäftigung. Die namentlich bekannten Mitarbeitenden waren als Kellner, Aushilfskellner, Tresenkraft und Aushilfskraft in den Betrieb des Klägers eingegliedert und unterlagen einem nach Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Klägers, ohne dass sie ein unternehmerisches Risiko zu tragen gehabt hätten. Dies wird auch vom Kläger nicht bestritten und ergibt sich im Übrigen aus den Aussagen der Mitarbeitenden D und B gegenüber dem HZA, deren Tätigkeit danach insbesondere im Vorbereiten und Reinigen der Shisha Köpfe sowie der Bedienung der Gäste bestand. Nichts Abweichendes gilt zur vollen Überzeugung des Senats auch für die weiteren, namentlich nicht feststellbaren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Klägers.

Der Kläger hat seine Aufzeichnungspflicht nach [§ 28f Abs. 1 SGB IV](#) nach Überzeugung des Senats in Bezug auf die festgestellten Personalfehlstunden nicht ordnungsgemäß erfüllt. Nach [§ 28f Abs. 2 Satz 1 SGB IV](#) kann der prüfende Träger der Rentenversicherung den Beitrag in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung und zur Arbeitsförderung von der Summe der vom Arbeitgeber gezahlten Arbeitsentgelte geltend machen, wenn ein Arbeitgeber die Aufzeichnungspflicht nicht ordnungsgemäß erfüllt hat und dadurch die Versicherungs- oder Beitragspflicht oder die Beitragshöhe nicht festgestellt werden können. Dies gilt nach Satz 2 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 gesetzlichen Rentenversicherung die Höhe der Arbeitsentgelte nicht oder nicht ohne unverhältnismäßig großen Verwaltungsaufwand ermitteln kann, hat er diese zu schätzen (Satz 3). Der Arbeitgeber hat für jeden Beschäftigten getrennt nach Kalenderjahren Entgeltunterlagen im Geltungsbereich des SGB IV in deutscher Sprache zu führen und bis zum Ablauf des auf die letzte Prüfung ([§ 28p SGB IV](#)) folgenden Kalenderjahres geordnet aufzubewahren. Nicht ordnungsgemäß erfüllt werden die arbeitgeberseitigen Aufzeichnungspflichten dann, wenn die aufzeichnungspflichtigen Tatsachen gemäß [§ 8](#) der aufgrund der Ermächtigung des [§ 28n Nr. 7 SGB IV](#) erlassenen Verordnung über die Berechnung, Zahlung, Weiterleitung, Abrechnung und Prüfung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags (Beitragsverfahrensverordnung) vorgeschriebenen Aufzeichnungen nicht, nicht vollständig, nicht richtig oder nicht zeitgerecht oder in einer Weise geführt werden, die einem sachverständigen Dritten in angemessener Zeit keinen Überblick über die Lohnabrechnung erlaubt (vgl. LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 5. November 2021 - [L 26 BA 32/20](#) - juris Rn. 40; Werner in: jurisPK-SGB IV, 4. Aufl. 2021, § 28f Rn. 62).

Die Rechtmäßigkeit des Summenbeitragsbescheides beurteilt sich nach den Verhältnissen bei Bekanntgabe des Widerspruchsbescheides. Entscheidend ist, ob aufgrund einer Gesamtwürdigung der Erlass eines Summenbeitragsbescheides verhältnismäßig ist, was der vollen gerichtlichen Überzeugung unterliegt, selbst wenn der Arbeitgeber dessen Erlass nicht rügt (BSG, Urteil vom 7. Februar 2002 - [B 12 KR 12/01 R](#) - juris Rn. 28). Für eine gerichtliche Beanstandung ist erforderlich, dass im Zeitpunkt des Abschlusses des Widerspruchsverfahrens bei einer Gesamtwürdigung der Summenbeitragsbescheid für den Rentenversicherungsträger als noch verhältnismäßig erscheinen musste und eine personenbezogene Feststellung der Beiträge geboten war (BSG, Beschluss vom 4. April 2018 - [B 12 R 38/17 B](#) - juris Rn. 38; Urteil vom 27. April 2021 - [B 12 R 18/19 R](#) - juris Rn. 37).

Aufzeichnungen, die den oben genannten Anforderungen genügen, hat der Kläger nicht geführt bzw. im Betriebsprüfungsverfahren nicht vorgelegt. Auf ein Verschulden kommt es insofern nicht an (vgl. BSG, Urteil vom 7. Februar 2002 - [B 12 KR 12/01 R](#) - juris Rn. 22). Wegen der Verletzung der Aufzeichnungspflicht konnte die Beitragshöhe für einzelne Beschäftigte nicht im Sinne des [§ 28f Abs. 2 Satz 1 SGB IV](#) festgestellt werden. Die Beklagte hatte im hier für die Frage der Verhältnismäßigkeit eines Summenbeitragsbescheides maßgeblichen Zeitpunkt der Entscheidung über den Widerspruch des Klägers gegen den Bescheid vom 27. Februar 2020 auch keinen Anlass, über die vom HZA getätigten Ermittlungen eigene personenbezogene Ermittlungen durchzuführen (vgl. zum maßgeblichen Zeitpunkt auch LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 27. April 2022 - [L 6 BA 33/21](#) - juris Rn. 42). Zwar darf ein Summenbeitragsbescheid - wie ausgeführt - nicht erlassen werden, soweit ohne unverhältnismäßig großen Verwaltungsaufwand festgestellt werden kann, dass Beiträge nicht zu zahlen waren oder Arbeitsentgelt einem bestimmten Beschäftigten zugeordnet werden kann. Solches ist hier indes nicht der Fall. Eine personenbezogene Feststellung war nicht geboten (vgl. BSG, Urteil vom 7. Februar 2002 - [B 12 KR 12/01 R](#) - juris). Eine Verletzung der behördlichen Pflicht zur Amtsermittlung gemäß [§§ 20, 21 SGB X](#) liegt nach Abwägung der erkennbaren Umstände nicht vor (vgl. zu diesem Maßstab der Überprüfung der Verhältnismäßigkeit eines Summen- bzw. Schätzbescheides BSG, Urteil vom 4. September 2018 - [B 12 R 4/17 R](#) - juris Rn. 22, LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 15. Januar 2021 - [L 28 BA 68/20 B ER](#) - juris Rn. 9). Denn aussagekräftige und auf einzelne individualisierbare Versicherte - bis auf die benannten Beschäftigten - bezogene Arbeitsverträge, Lohnabrechnungen und Stundenzettel oder sonstige verwertbare Unterlagen wie beispielsweise Einsatzpläne lagen der Beklagten nicht vor und wurden vom Kläger nicht vorgelegt. Weitere personenbezogene Ermittlungsansätze ergaben sich auch nicht aus den Ermittlungsergebnissen des HZA. Aus den nach Erlass des Widerspruchsbescheides der Beklagten geführten Vernehmungen der Mitarbeitenden D und B durch das HZA folgten keine Erkenntnisse zu der Eigenleistung des Klägers oder den nicht näher bekannten Arbeitskräften, die den Erlass eines Summenbeitragsbescheides unverhältnismäßig erscheinen ließen. Im Wesentlichen ergab sich aus den Aussagen, soweit sie ergiebig waren, dass die Mitarbeitenden D und B in der Shisha-Bar des Klägers nicht nur am Wochenende, sondern auch die Woche über und der Mitarbeiter D teilweise bereits ab der Mittagszeit gearbeitet haben, was sich bereits mit den vom Klägern vorgelegten Stundenzetteln der Mitarbeitenden mit den festgehaltenen Arbeitszeiten belegen ließ.

Auch der Umstand, dass das Strafverfahren gegen den Kläger vor dem Amtsgericht Tiergarten gegen Zahlung einer Geldauflage von 2.000,00 Euro eingestellt wurde, erschüttert nicht die dem Bescheid der Beklagten zugrunde gelegten Ermittlungsergebnisse des HZA, da die Einstellung allein wegen der schwierigen Schadensberechnung in Anbetracht eines im Vergleich mit anderen „Schwarzarbeiterfällen“ wohl überschaubaren Schadens erfolgte. Ausgehend von den vom Kläger selbst angegebenen Öffnungszeiten der Schankwirtschaft von Sonntag bis Donnerstag von 15:00 Uhr bis 2:00 Uhr und von Freitag bis Samstag von 15:00 Uhr bis 4:00 Uhr und von der Beklagten so zugrunde gelegten Öffnungszeiten (Sollarbeitsstunden) hat das HZA eine Plausibilitätsprüfung zu den Meldungen und Lohnabrechnungen des zur Verfügung stehenden bekannten Personals durchgeführt und ein grobes Missverhältnis festgestellt. Zur Ermittlung der Sollarbeitsstunden wurde neben einer angenommenen täglichen Arbeitszeit des Klägers von 9 Stunden aufgrund dessen Angabe, wonach an den Wochenenden neben ihm eine zusätzliche Arbeitskraft in der Stoßzeit von 20:00 Uhr bis 2:00 Uhr tätig war, eine zusätzliche Stundenzahl von 18 Stunden (= 3 x 6 Stunden) zugrunde gelegt. Aus dieser Berechnung der Beklagten ergaben sich nachvollziehbar insgesamt 429 abzudeckende Stunden im Monat und unter Abzug der zugrunde gelegten Eigenleistung des Klägers von monatlich 273 Stunden noch 156 abzudeckende Sollarbeitsstunden im Monat. Nach Abzug der von den tatsächlich gemeldeten bekannten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern des Klägers geleisteten Arbeitsstunden durfte die Beklagte unter Berücksichtigung der Ermittlungsergebnisse des HZA auch bei im Ergebnis zu gering eingeschätzter Eigenleistung des Klägers den Schluss ziehen, dass in der Shisha-Bar im nicht unbeträchtlichen Umfang sog. Schwarzarbeit geleistet wurde. Insofern genügten die Ergebnisse der Ermittlungen des HZA, aus denen sich hinreichende Indizien dafür ergeben, dass in der Schankwirtschaft des Klägers auch unbekannte Personen beschäftigt waren. So hat sich aufgrund der Ermittlungsergebnisse insbesondere die Angabe des Klägers, er habe die Woche über alleine in der Shisha-Bar gearbeitet, nicht bestätigt. Vielmehr ergab sich aus den Vernehmungen der Mitarbeitenden D und B sowie den Stundenzetteln der Mitarbeitenden R, B, C, H, B und W, dass diese sehr wohl auch wochentags gearbeitet haben und der Mitarbeiter D häufig bereits um die Mittagszeit mit der Arbeit begann und diese am frühen Abend beendete. Welche Personen am späteren Abend und in der Nacht in der Shisha-Bar mitgearbeitet haben, konnte der Mitarbeiter D zwar nicht sagen, hat eine Mitarbeit von unbekanntem Personen jedoch nicht ausgeschlossen. Diese Vernehmungsergebnisse bestätigen die Auswertung der vom Kläger vorgelegten Lohnabrechnungen und Stundenzettel des Mitarbeiters D, aus denen sich für die Beklagte bereits bei Erlass des Widerspruchsbescheides ergab, dass dieser teilweise bereits vor Öffnung der Bar seine Arbeit aufnahm und teilweise bereits um 18:00/19:00 Uhr bzw. 20:00 Uhr wieder beendete. Das Arbeitsverhältnis des Mitarbeiters D mit einer vertraglich vereinbarten Arbeitsstunden von 44 Stunden wöchentlich war zudem ein starkes Indiz dafür, dass in der Zeit ab Juli 2017, in dem dieser für den Kläger nicht mehr in Vollzeit arbeitete und die namentlich bekannten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit einer unterschiedlichen Wochenarbeitszeit von 3 bis maximal 12,5 Stunden in dieser Zeit in Summe nicht auf eine Wochenarbeitszeit von 44 Stunden bzw. eine monatliche Arbeitszeit von 176 Stunden kamen, ein gewisser Anteil an Arbeitskraft zur Abdeckung der Öffnungszeiten über nicht gemeldete Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer geleistet worden sein muss. Aus der Auswertung der zu den namentlich benannten Mitarbeitenden des Klägers vorliegenden Lohnabrechnungen und Stundenzetteln folgt insofern, dass nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Mitarbeiter D von Juli 2017 bis April 2019 nur eine deutlich geringere Anzahl nachgewiesener Arbeitsstunden der bekannten Mitarbeitenden und in manchen Monaten überhaupt keine Arbeitsstunden der bekannten Mitarbeitenden angesetzt werden konnten.

Der diesbezügliche pauschale Vortrag des Klägers, er habe während des gesamten Prüfzeitraumes täglich 14 Stunden an sieben Tagen die Woche in der Shisha-Bar gearbeitet und damit die gesamten Öffnungszeiten und noch darüber hinaus mit eigener Arbeitskraft abgedeckt, war für den Senat nicht überzeugend. Mit einer behaupteten Arbeitszeit von 14 Stunden täglich würde der Kläger zwar die von ihm selbst angegebenen Öffnungszeiten der Shisha-Bar auch an den Wochenenden vollständig abdecken können. Dieser Vortrag war jedoch als verfahrensangepasste Schutzbehauptung zu werten. Die Behauptung widerspricht nicht nur der vormaligen klägerischen Angabe einer wöchentlichen Arbeitszeit von 80 Stunden, sondern auch der insoweit nicht konsistenten Angabe, er habe „bis zu 14 Stunden“, aber nicht jeden Tag genau 14 Stunden täglich gearbeitet. Es ergaben sich für den Senat ansonsten keinerlei Anhaltspunkte für eine tägliche Arbeitszeit des Klägers von 14 Stunden. Diese folgen weder aus den insofern unergiebigsten Aussagen der Mitarbeitenden D und B gegenüber dem Hauptzollamt noch aus den vorgelegten Betriebsunterlagen des Klägers. Letztlich konnte der Kläger nicht ansatzweise schlüssig

erklären, wie er mit den bekannten geringfügig beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ohne weitere Hilfskräfte dieselbe Arbeit bewältigen konnte wie zuvor mit dem in Vollzeit beschäftigten Mitarbeiter D. Dies ist umso weniger nachvollziehbar, als der Kläger weder im Ermittlungsverfahren der HZA noch im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren oder im hiesigen Verfahren angegeben hatte, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Mitarbeiter D, die Arbeitsorganisation geändert oder die Öffnungszeiten reduziert zu haben. Es lagen auch keine tagtäglichen Einsatzpläne der in der Bar tätigen Mitarbeitenden im Prüfzeitraum vor, aus denen sich andere Schlüsse hätten ziehen lassen. Es ist nicht erklärlich, wie der Kläger unmittelbar vor und nach der Beendigung des Vollzeitarbeitsverhältnisses mit Herrn D im Juni 2016 und ab Juli 2017 dessen vertraglich vereinbarte Arbeitszeit von 44 Stunden wöchentlich mit dem vorhandenen bekannten Personal kompensieren konnte. Auf diesen Widerspruch hatte bereits das Amtsgericht Tiergarten in seinem Vermerk zur beabsichtigten Verfahrenseinstellung hingewiesen. Im Übrigen wäre eine 14stündige tägliche Arbeitszeit des Klägers bei einer wöchentlichen Arbeitszeit des Mitarbeiters D von 44 Stunden zur Abdeckung der Öffnungszeiten auch gar nicht erforderlich gewesen, zumal auch nach dem Eindruck in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nicht deutlich wurde, dass sich der Barbetrieb des Klägers nach Beendigung des Vollzeitbeschäftigungsverhältnisses des Mitarbeiters D deutlich geändert bzw. reduziert hätte. Zwar hatte der Mitarbeiter D bei seiner Vernehmung durch das HZA angegeben, dass er neben der Vorbereitung und dem Putzen der Köpfe für Shishas und dem weniger häufigen Getränkeauschank auch Hausmeistertätigkeiten übernommen habe. Genauere Angaben zum Umfang dieser Hausmeistertätigkeiten ließen sich der Aussage jedoch nicht entnehmen.

Die Behauptung des Klägers, er habe 14 Stunden täglich in der Bar gearbeitet, war zudem vor dem Hintergrund der angegebenen Öffnungszeiten von 11 bis 13 Stunden täglich nicht plausibel. Es dürfte zwar nicht von der Hand zu weisen sein, dass eine selbständige Tätigkeit mit einer inhabergeführten Schankwirtschaft mit den zugrunde zu legenden Öffnungszeiten von 11 bzw. 13 Stunden täglich mitunter für den Inhaber mit einer Wochenarbeitszeit verbunden sein kann, die über der von der Beklagten angenommenen Wochenarbeitszeit von 63 Stunden (= 7 x 9 Stunden) liegt. Die hier behauptete deutlich höhere Eigenleistung ist jedoch nicht glaubhaft. So war auch der im gerichtlichen Verfahren angepasste Vortrag nicht ausreichend substantiiert. Der Kläger hat erstmals in der mündlichen Verhandlung vor dem Sozialgericht davon gesprochen, dass er die Schankwirtschaft während der Krankheitszeiten und auch dann, wenn kein Gast vor Ort gewesen sei, früher geschlossen habe. Damit ist er von seiner ursprünglichen Behauptung, er habe täglich 14 Stunden durchgehend während des Prüfzeitraumes gearbeitet, wieder abgerückt, ohne für die erstmals behaupteten längeren Schließzeiten weitere Ermittlungsansätze zu bieten.

Dafür, dass eine womöglich unentgeltliche Arbeitskraft von Frau R eine entscheidende Rolle spielte, bestehen auch nach der mündlichen Verhandlung vor dem Senat keine Anhaltspunkte. Soweit der Kläger hierzu erstmals im Klageverfahren behauptet hat, er habe mit erheblicher Eigenleistung und Unterstützung durch seine Lebensgefährtin C R den Geschäftsbetrieb aufrechterhalten, ist der Senat davon überzeugt, dass es sich hierbei um eine nicht näher plausibilisierte Behauptung ins Blaue hinein handelt. Denn insoweit widerspricht die Angabe bereits dem Ermittlungsergebnis des HZA, wonach Frau C R bei der Prüfung im Einvernehmen mit dem Kläger angegeben hatte, nicht in dessen Schankwirtschaft zu arbeiten. Da diese Aussage spontan und unmittelbar bei der Prüfung durch das Hauptzollamt im Einvernehmen mit dem Kläger und ohne vorherige Absprache erfolgte, hält der Senat die spätere Einlassung, seine Lebensgefährtin Frau R habe ihn im Prüfzeitraum arbeitsmäßig unterstützt, für nicht plausibel. Insoweit fehlt es auch an einer Angabe konkreter Tätigkeitszeiten von Frau R oder sonstiger ansatzweise konkreter Umstände, wann und in welchem Umfang sie in der Shisha-Bar des Klägers im Prüfzeitraum gearbeitet haben soll. Aus der Tatsache, dass Frau R im April 2019 tatsächlich als geringfügig Beschäftigte in der Shisha-Bar des Klägers tätig war, konnten ebenfalls keine Schlüsse für den gesamten Prüfzeitraum gezogen werden. Denn Frau R wurde als - ohne Entgelt - mitarbeitende Lebensgefährtin des Klägers trotz entsprechender Befragung der vom HZA vernommenen Mitarbeitenden D und B als Mitarbeiterin weder erwähnt noch seinerzeit vom Kläger benannt, obwohl gerade dies nahe gelegen hätte. Im Übrigen würde selbst eine regelmäßige Übernahme einer Schicht von vier Stunden wöchentlich nicht ansatzweise ein Aufrechterhalten des nach eigenen Angaben des Klägers 11 bzw. 13stündigen Geschäftsbetriebes schlüssig erklären. Insoweit handelte es sich zur Überzeugung des Senats um eine verfahrensangepasste Schutzbehauptung, der angesichts fehlender Anknüpfungstatsachen nicht weiter nachzugehen war (vgl. hierzu BSG, Beschluss vom 6. Oktober 2020 - [B 2 U 127/20](#) - juris Rn. 6).

Die von der Beklagten vorgenommene Schätzung des Arbeitsentgelts nach [§ 28f Abs. 2](#) Sätze 3 und [4 SGB IV](#), bei der es sich nicht um eine Ermessensausübung handelt, sondern eine im Wege der Beweiswürdigung getroffene tatsächliche und insofern gerichtlich voll nachprüfbare Feststellung (vgl. Sehnert in: Hauck/Noftz SGB IV, Stand: 12/19 § 28f Rn. 10), ist hingegen wegen der zu gering angesetzten Eigenleistung des Klägers zu beanstanden. Die in Anlehnung an das Steuerrecht (vgl. [§ 162 AO](#)) vorzunehmende Schätzung soll der Wirklichkeit möglichst nahe kommen, wobei die Beklagte von sachlichen und nachvollziehbaren Erwägungen auszugehen und eigene, sozialversicherungsrechtliche Maßstäbe anzulegen hat (vgl. Werner a.a.O. Rn. 77ff.). Nach [§ 28f Abs. 2 Satz 4 SGB IV](#) hat der Rentenversicherungsträger dabei das am Beschäftigungsort ortsübliche Arbeitsentgelt mit zu berücksichtigen. Rechtswidrig ist dagegen eine Schätzung, wenn willkürlich von vollkommen lebensfremden Verhältnissen ausgegangen wurde. Nach dem vorstehenden Maßstab ist der Senat der vorgenommenen Schätzung der Beklagten insoweit nicht gefolgt, als ihr eine unzutreffende Eigenleistung des Klägers zugrunde lag. Sie beruht zwar im Ansatzpunkt zutreffend auf dem anhand der Ermittlungsergebnisse berechneten Mindestpersonalbedarf für einen 11- bzw. 13stündigen Betrieb mit einer zusätzlichen Arbeitskraft im Umfang von täglich 6 Stunden an den Wochenenden unter Berücksichtigung des gesetzlichen Mindestlohns. Die von der Beklagten zugrunde gelegte Annahme einer lediglich neunstündigen täglichen Arbeitszeit des Klägers in seiner Schankwirtschaft und die hieraus ermittelte Beitragshöhe war für den Senat jedoch nicht schlüssig. Es liegen nämlich, worauf das Sozialgericht bereits hingewiesen hat, keine Ermittlungsergebnisse vor, die für eine lediglich neunstündige tägliche Arbeitsleistung des Klägers sprechen würden. Für die Annahme der Beklagten zur erbrachten Eigenleistung von neun Stunden täglich fehlten hinreichende Anhaltspunkte. Im Strafverfahren wurde zur Einstellungsabsicht gerade vermerkt, dass der Schaden angesichts der unwiderlegten Mehrarbeit des Klägers insgesamt geringer ausfallen dürfte. Als Konsequenz hieraus konnte dem Vortrag des Klägers, er habe die festgestellten offenen Sollarbeitsstunden durch eigene Arbeitskraft gedeckt, jedoch nicht unkritisch gefolgt werden. Der Kläger war insoweit vielmehr an seiner im erstinstanzlichen Verfahren selbst angegebenen Wochenarbeitszeit von 80 Stunden festzuhalten. Eine wöchentliche Arbeitszeit von 80 Stunden war für den Senat auch glaubhaft, weil sie mit den Öffnungszeiten der Shisha-Bar weitgehend kompatibel war. Es ergibt sich hieraus eine tägliche Arbeitszeit von 11,4 Stunden, mit denen der Kläger die angegebenen Öffnungszeiten unter der Woche vollständig und teilweise noch an den Wochenenden abdecken konnte, sich hingegen weiterhin offene Sollarbeitsstunden von nicht bekannten Mitarbeitenden ergaben. Wegen der Einzelheiten wird insoweit auf die Neuberechnung der Beitragsforderung durch die Beklagte verwiesen. Dass der Kläger mit seinem späteren Vortrag von der zuvor angegebenen „lediglich“ 80stündigen Wochenarbeitszeit wieder abgerückt ist, ist für den Senat - wie ausgeführt - demgegenüber ebenso als verfahrensangepasstes Verhalten gewertet worden wie

der weitere Vortrag, die Bar sei in nicht näher belegten Krankheitszeiten und bei fehlenden Gästen geschlossen worden.

Ausgehend von der Neuberechnung der Beklagten auf Grundlage einer 80-Stunden-Woche des Klägers im gesamten Prüfzeitraum war die Beitragsforderung entsprechend zu reduzieren. Gegen weitere Berechnungsfaktoren für die Höhe der noch berechtigten Nachforderung hat der Kläger keine Einwände erhoben (vgl. zu diesem Prüfungsmaßstab BSG, Urteile vom 7. Juni 2018 - [B 12 KR 1/17 R](#) - juris Rn. 25; vom 18. Januar 2018 - [B 12 R 3/16 R](#) - juris Rn. 25). Fehler sind insofern auch nicht erkennbar.

Die Befugnis zur Festsetzung von Säumniszuschlägen beruht auf [§ 24 Abs. 1 SGB IV](#). Wird eine Beitragsforderung durch Bescheid mit Wirkung für die Vergangenheit festgestellt, ist ein darauf entfallender Säumniszuschlag nach [§ 24 Abs. 2 SGB IV](#) nur dann nicht zu erheben, soweit der Beitragsschuldner glaubhaft macht, dass er unverschuldet keine Kenntnis von der Zahlungspflicht hatte. Da der Kläger jedenfalls mit bedingtem Vorsatz handelte, bestand keine unverschuldete Unkenntnis von der Zahlungsverpflichtung (vgl. BSG, Urteil vom 12. Dezember 2018 - [B 12 R 15/18 R](#) - juris). Die Säumniszuschläge wären bei einer geringeren Beitragsforderung anteilig geringer.

Die aus den Jahren 2016 bis 2019 resultierende Restnachforderung ist schließlich nicht verjährt. Es gilt hier die vierjährige Verjährungsfrist nach [§ 25 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#). Diese ist vor ihrem Ablauf durch Erlass des angefochtenen Bescheides vom 27. Februar 2020 nach [§ 52 Abs. 1 SGB X](#) gehemmt worden.

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

Gründe für eine Zulassung der Revision gemäß [§ 160 Abs. 2 SGG](#) liegen nicht vor.

Rechtskraft
Aus
Saved
2025-01-23