

L 4 R 3852/12 ER-B

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
4

1. Instanz
SG Heilbronn (BWB)
Aktenzeichen
S 2 R 2609/12 ER
Datum
03.09.2012

2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 4 R 3852/12 ER-B
Datum
17.05.2013

3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum
-

Kategorie
Beschluss

Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Sozialgerichts Heilbronn vom 3. September 2012 aufgehoben. Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin vom 6. Juli 2012 gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 2. Juli 2012 wird angeordnet.

Die Kosten des Antrags- und Beschwerdeverfahrens trägt die Antragsgegnerin.

Der Streitwert für das Antrags- und Beschwerdeverfahren wird auf je EUR 43.882,78 festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin wendet sich mit ihrer Beschwerde gegen den Beschluss des Sozialgerichts Heilbronn (SG) vom 3. September 2012, mit dem das SG ihren Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs vom 6. Juli 2012 gegen den Bescheid vom 2. Juli 2012 abgelehnt hat.

Die Antragstellerin betreibt seit 1993 in der Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) mit Erlaubnis nach [§ 1](#) Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) ein Unternehmen im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung (Betriebsnummer 6XXXX). Anfang des Jahres 2007 gründete der Gesellschafter-Geschäftsführer der Antragstellerin die weitere Firma S. GmbH Personalservice und T.-Produkte mit Geschäftssitz in I. (Betriebsnummer 1XXXX). Bis zur Umwandlung und Übernahme durch die Antragstellerin ab 1. Juli 2010 betrieb die S. GmbH Personalservice und T.-Produkte I. mit Erlaubnis nach [§ 1 AÜG](#) ebenfalls ein Unternehmen im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung. Für die Arbeitnehmer dieses Betriebs, in dem zwischen 2007 und 2010 zwischen 154 und 316 Leiharbeiter beschäftigt waren, wurde in den Arbeitsverträgen auf die vom Arbeitgeberverband Mittelständischer Personaldienstleister e.V. (AMP) und der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP) geschlossenen Tarifverträge verwiesen. Auf der Grundlage der dort vereinbarten Vergütungen wurden Gesamtsozialversicherungsbeiträge abgeführt sowie Meldungen und Beitragsnachweise abgegeben.

Mit Bescheid vom 18. Dezember 2009 stellte die Antragsgegnerin für den Zeitraum vom 1. Januar 2005 bis 31. Dezember 2008 auf der Grundlage einer im Prüfzeitraum stattgefundenen Lohnsteuerausßenprüfung durch das Finanzamt T. die Betriebsnummer 6XXXX betreffend fest, dass die stichprobenweise durchgeführte Prüfung keine Beanstandungen bezüglich der Versicherungs- und Beitragspflicht ergeben habe. Ergänzend führte die Antragsgegnerin aus, dass ab 1. August 2007 die Firma S. GmbH, Personalservice und T.-Produkte, I. mit der Betriebsnummer 1XXXX gegründet worden sei und die bisherigen Unterbetriebe der o.g. Berichtsfirma in Riesa, Stollberg und Ilmenau in die neu gegründete Firma als Unterbetriebe integriert worden seien. Demzufolge erstreckte sich die Prüfung der Unterbetriebe lediglich auf den Zeitraum vom 1. Januar 2005 und 31. Juli 2007.

Mit Beschluss vom 14. Dezember 2010 stellte das Bundesarbeitsgericht ((BAG), [1 ABR 19/10](#) in juris) die Unwirksamkeit des Tarifvertrags zwischen der AMP und der CGZP fest. Mit Schreiben vom 22. Dezember 2011 wies die Antragsgegnerin die Antragstellerin darauf hin, dass aufgrund der festgestellten Tarifunfähigkeit der CGZP die von ihr geschlossenen Tarifverträge von Anfang an unwirksam gewesen seien, wobei guter Glaube an die Tariffähigkeit nach der Rechtsprechung des BAG (Urteil vom 15. November 2006 - [10 AZR 665/05](#) - in juris) nicht geschützt sei. Die aus der Unwirksamkeit des Tarifvertrags folgenden equal pay-Ansprüche der Arbeitnehmer seien Grundlage für die Bemessung der Gesamtversicherungsbeiträge. Für am 14. Dezember 2010 unverjährte Beiträge gelte eine Verjährungsfrist von 30 Jahren

aus [§ 25 Abs. 1 Satz 2](#) Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV). Da die Antragstellerin für ihre Leiharbeitnehmer Tarifverträge der CGZP angewandt habe, sei diese verpflichtet, Gesamtversicherungsbeiträge nachzuzahlen, entsprechende Entgeltmeldungen abzugeben und korrigierte Lohnnachweise beim Träger der Unfallversicherung einzureichen. Dies gelte für Beschäftigungszeiten seit Dezember 2005 und alle seit Januar 2006 fällig gewordenen Gesamtsozialversicherungsbeiträge. Gemäß [§ 12 Abs. 1 AÜG](#) gehöre zu den vom Arbeitgeber zu führenden Unterlagen der Überlassungsvertrag zwischen Verleiher und Entleiher, in dem der Entleiher anzugeben habe, welche besonderen Merkmale die Tätigkeit habe, welche berufliche Qualifikation erforderlich sei und welche wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich Arbeitsentgelt für einen vergleichbaren Stammarbeitnehmer gälten. Die Verpflichtung zur Angabe des Arbeitsentgelts eines vergleichbaren Stammarbeitnehmers gelte zwar nicht, soweit ein wirksamer Tarifvertrag das Arbeitsentgelt des Leiharbeitnehmers regle. Da gemäß dem Beschluss des BAG vom 14. Dezember 2010 der Tarifvertrag von Anfang an unwirksam gewesen sei, lebe diese Verpflichtung jedoch wieder auf.

Mit Teil-Bescheid vom 24. November 2011 (Betriebsnummer 1XXXX) stellte die Antragsgegnerin für den Zeitraum vom 1. Januar 2007 bis 31. Dezember 2008 auf der Grundlage eines Prüfberichts bzw. -bescheids des Finanzamts T. vom 4. August 2009 fest, dass die stichprobenweise durchgeführte Prüfung der eigenen Mitarbeiter (Nicht-Leiharbeitnehmer) der Antragstellerin keine Feststellungen im Zusammenhang mit der Prüfung des Gesamtsozialversicherungsbeitrages ergeben habe. Hinsichtlich des Sachverhalts der CGZP-Beitragsansprüche ergehe aufgrund der Unwirksamkeit des angewandten Tarifvertrags noch ein gesonderter Bescheid, nach Abschluss der Ermittlungen über die vergleichbaren Lohnansprüche in den jeweiligen Beschäftigtengruppen (nach Qualifikation).

In der Zeit vom 6. bis 14. Juni 2012 führte die Antragsgegnerin bei der Antragstellerin bezüglich der Betriebsnummer 1XXXX eine Betriebsprüfung durch, die den Zeitraum vom 1. Januar 2007 bis 31. Dezember 2009 erfasste. Mit Bescheid vom 2. Juli 2012 setzte die Antragsgegnerin eine Beitragsnachforderung i.H.v. EUR 175.531,12 für die Zeit vom 1. Januar 2007 bis 31. Dezember 2009 fest. Dem Bescheid war eine Anlage beigefügt, in der Erläuterungen zur Berechnung enthalten waren. Die Antragsgegnerin begründete die Beitragsnachforderung damit, dass der Tarifvertrag zwischen dem AMP und CGZP nach der Entscheidung des BAG vom 14. Dezember 2010 ([1 ABR 19/10](#), a.a.O.) unwirksam sei und die Leiharbeitnehmer deshalb nach [§ 10 Abs. 4 AÜG](#) den Lohn beanspruchen könnten, der im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmern gezahlt werde. Im Beitragsrecht der Sozialversicherung gelte nach [§ 22 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) für laufendes Entgelt das sogenannte Entstehungsprinzip. Die Beitragsansprüche der Sozialversicherungsträger entstünden, sobald ihre im Gesetz und aufgrund eines Gesetzes bestimmten Voraussetzungen vorlägen. Bemessungsentgelt für die Beitragsansprüche sei deshalb nicht das vom Arbeitgeber tatsächlich gezahlte, sondern das von ihm geschuldete Arbeitsentgelt. Nach [§ 28f Abs. 2 Satz 3 SGB IV](#) habe der prüfende Rentenversicherungsträger die Höhe der Arbeitsentgelte zu schätzen, wenn diese nicht oder nicht ohne unverhältnismäßig großen Aufwand ermittelt werden können. Zwar sei hier feststellbar, dass Arbeitsentgelte grundsätzlich bestimmten Beschäftigten zuzuordnen seien, jedoch sei vorliegend die personenbezogene Ermittlung der jeweils geschuldeten Arbeitsentgelte - wenn überhaupt - nur mit unverhältnismäßig großem Aufwand möglich. Denn im Zeitraum vom 1. Januar 2007 bis 31. Dezember 2009 hätten im Betrieb der Antragstellerin insgesamt ca. 690 Beschäftigungsverhältnisse vorgelegen. Eine große Anzahl dieser Beschäftigungsverhältnisse habe lediglich bis zu drei Monaten gedauert. Die Überlassung der Mitarbeiter sei an einen Entleiher erfolgt. Bei der Schätzung seien Qualifikationsgruppen (hier: zwei Gruppen: Helfer [Ungelernte] und Facharbeiter [Gelernte]) gebildet worden. Auf der Basis der geleisteten Gesamtstunden aller Beschäftigten sei die gruppenspezifische Bruttolohnsumme je Gruppe (ggf. bezogene auf ein Kalenderjahr) ermittelt worden. Die Gruppenlohnsummen seien um Lohnzahlungen aufgrund von Zeiten (Stunden) in denen kein equal pay-Anspruch bestehe, bereinigt worden (verleihfreie Zeiten, Zeiten von zuvor arbeitslosen Leiharbeitnehmern in den ersten sechs Wochen ihrer Beschäftigung, Zeiten, für die vom Verleiher Mindestentgeltsätze nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz gezahlt worden seien, Zeiten in denen equal pay-Ansprüche erfüllt worden seien) bereinigt worden. Nach dem Zufallsprinzip sei je Gruppe eine repräsentative Stichprobe unter Einbeziehung unterschiedlicher Entleiher (ein Prozent bis drei Prozent der Leiharbeitnehmer je Gruppe, jedoch mindestens fünf Leiharbeitnehmer) und aus dieser ein Durchschnittswert gebildet worden. Hieraus ergebe sich für die Jahre 2007 bis 2009 ein prozentualer Lohnabstand zu den vergleichbaren Stammarbeitnehmern bezüglich der Gruppe der ungelernten Helfer von 29,92 % und bezüglich der Gruppe der gelernten Facharbeiter von 14,86 %. Diese Lohnabstände seien zur Ermittlung der Arbeitsentgeltdifferenz auf alle Leiharbeitnehmer der Gruppe angewandt worden.

Die Antragstellerin erhob mit Schriftsatz vom 6. Juli 2012 Widerspruch, über den bislang noch nicht entschieden ist. Außerdem beantragte sie mit Schriftsatz vom 23. Juli 2012 die Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs und Aussetzung des Einzugsverfahrens bei der Antragsgegnerin. Nachdem die Antragsgegnerin dies mit Schreiben vom 25. Juli 2012 abgelehnt hatte, stellte die Antragstellerin am 7. August 2012 beim SG den Antrag, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs anzuordnen. Zur Begründung trug sie vor, für einen Zeitraum, der bereits Gegenstand früherer Betriebsprüfungen gewesen sei, sei eine Nachverbeitragung nur nach Aufhebung des vorangegangenen Prüfbescheids vom 18. Dezember 2009 gemäß [§ 45](#) Sozialgesetzbuch Zehntes Buch (SGB X) möglich. Weil der Bescheid vom 2. Juli 2012 jedenfalls teilweise und für sieben Monate denselben Prüfungszeitraum erfasse, wäre die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen, ihren Bescheid vom 18. Dezember 2009 zurückzunehmen. Jedenfalls hätte eine teilweise Rücknahme erfolgen müssen. Dies sei hier nicht erfolgt. Die Begünstigung im Bescheid vom 18. Dezember 2009 ergebe sich unter Beachtung der Grundsätze zum Vertrauensschutz im Sozialversicherungsrecht aus der Tatsache, dass der Verwaltungsakt vom 18. Dezember 2009 keine Beanstandungen festgestellt und keine Nachzahlung festgesetzt habe. Dass der Bescheid vom 18. Dezember 2009 den Hinweis einer nur stichprobenweise durchgeführten Prüfung enthalte, sei kein durchgreifender Einwand gegen die Aufhebung. Regelmäßig sei eine Betriebsprüfung durch die Rentenversicherung umfassend. Dem folgend enthalte der Bescheid vom 18. Dezember 2009 auch keinen Vorbehalt oder eine Nebenbestimmung. Der Hinweis auf die Verjährung, Verwirkung oder ein Verweis auf das Einzugsstellenverfahren sei kein den Vertrauensschutz in die Richtigkeit des Verwaltungshandelns ersetzendes Rechtsinstitut. Wende man auf die Nachverbeitragung das Entstehungs- und nicht das Zuflussprinzip an, seien die Nachzahlungsansprüche als in den Zeiträumen der Betriebsprüfung des Bescheids vom 18. Dezember 2009 entstanden festzustellen und damit liege die Kollision mit der Bestandskraft dieses Bescheids mit der Nachverbeitragung vor. Der Beitragsbescheid vom 2. Juli 2012 sei ein sogenannter Summenbescheid. Eine konkretisierende Zuordnung einzelner Beitragsforderungen auf Leiharbeiter, Verleihzeiten und Lohnsummen sei nicht möglich. Die im Rahmen des [§ 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) durchzuführende Interessenabwägung begründe bei summarischer Prüfung ein überwiegendes Aufschubinteresse ihrerseits, dabei erfasse der Verfahrensmangel aus [§ 45 SGB X](#) den gesamten Beitragsbescheid vom 2. Juli 2012. Als Summenbescheid könne die Beitragsnachforderung für die sieben Monate vom 1. Januar bis 31. Juli 2007 nicht heraus gerechnet werden.

Die Antragsgegnerin trat dem Antrag entgegen. Eine Aufhebung des bestandskräftigen Bescheids vom 18. Dezember 2009 nach [§ 45 SGB X](#) sei nicht erforderlich. Der Bescheid vom 18. Dezember 2009 enthalte eine begünstigende Regelung nur insofern, als festgestellt worden sei,

dass sich aufgrund der Auswertung des Lohnsteuerprüfberichts vom 1. Juli 2009 keine Beitragsnachforderungen zur Sozialversicherung ergäben, und dass die versicherungsrechtliche Beurteilung der im Prüfzeitraum kurzfristig oder geringfügig beschäftigten Arbeitnehmer ordnungsgemäß erfolgt sei. Eine begünstigende Regelung, wonach für den genannten Prüfzeitraum zukünftig keine weiteren Forderungen geltend gemacht würden, enthalte der Bescheid nicht. Vielmehr sei ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass lediglich eine stichprobenhafte Überprüfung erfolgt sei. Die mit Bescheid vom 2. Juli 2012 getroffenen Feststellungen hinsichtlich der Unwirksamkeit der Tarifverträge und der daraus resultierenden Nachforderungen seien von der Begünstigung im Bescheid vom 18. September (richtig: Dezember) 2009 nicht erfasst. Betriebsprüfungen hätten unmittelbar im Interesse der Versicherungsträger und mittelbar im Interesse der Versicherten den Zweck, die Beitragsentrichtung zu den einzelnen Zeigen der Sozialversicherung zu sichern. Sie sollten einerseits Beitragsausfälle verhindern helfen, andererseits die Versicherungsträger davor bewahren, dass aus der Annahme von Beiträgen für nichtversicherungspflichtige Personen Leistungsansprüche entstünden. Eine über diese Kontrollfunktion hinausgehende Bedeutung komme den Betriebsprüfungen nicht zu; sie bezweckten insbesondere nicht, den Arbeitgeber als Beitragsschuldner zu schützen oder ihm etwa "Entlastung" zu erteilen (Hinweis auf Bundessozialgericht (BSG), Urteil vom 30. November 1977 - [12 RAr 99/76](#) -, in juris). Diese Schlussfolgerung verbiete sich schon deshalb, weil die Betriebsprüfung nicht umfassend oder erschöpfend sein könne und sich auf bestimmte Einzelfälle oder Stichproben beschränken dürfe (Hinweis auf BSG, Urteil vom 7. November 1995 - [12 RK 19/94](#) -, Urteil vom 10. September 1975 - [3/12 RK 15/74](#) -, beide in juris). Würden vom prüfenden Versicherungsträger im Anschluss an eine Betriebsprüfung also keine beitragsrechtlichen Konsequenzen gezogen, so schütze den Arbeitgeber diese Untätigkeit des Versicherungsträgers nicht vor einem späteren Einzug der noch nicht verjährten Beiträge. Auch begründe sie keinen Vertrauensschutz für das zukünftige Verhalten des Arbeitgebers.

Das SG lehnte den Antrag mit Beschluss vom 3. September 2012 ab und setzte den Streitwert auf EUR 87.765,56 fest. Der Bescheid vom 2. Juli 2012 sei nicht offensichtlich rechtswidrig. Unter Berücksichtigung der Vorgaben des [§ 10 Abs. 4 AÜG](#) und der [§§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2 AÜG](#) bestünden keine ernsthaften Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Bescheides vom 2. Juli 2012. Das Schreiben vom 13. August 2010 stehe der Beitragserhebung nicht entgegen. Hierbei handele es sich um eine schlichte Mitteilung über das Ergebnis der bei der Antragstellerin zum damaligen Zeitpunkt durchgeführten Betriebsprüfung für den Prüfungszeitraum vom 1. Juli 2006 bis 31. Dezember 2009 und damit nicht um einen Verwaltungsakt. Etwas Anderes ergebe sich auch dann nicht, wenn man der Prüfmitteilung die Qualität eines Verwaltungsaktes zumessen würde. Der Regelungsgehalt von Bescheiden über die Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen und Umlagen, die der Rentenversicherungsträger nach durchgeführter Betriebsprüfung gestützt auf [§ 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV](#) erlasse, erschöpfe sich in der Nachforderung der Beiträge und Umlagen, die der Arbeitgeber nach den Feststellungen der Betriebsprüfung schulde, aber noch nicht gezahlt habe. Eine den (geprüften) Arbeitgeber begünstigende Regelung des Inhalts, weitere Beiträge und Umlagen würden für den geprüften Zeitraum nicht (nach)erhoben, enthielten diese Bescheide nicht. Dies könne ihnen auch nicht im Wege der Auslegung beigelegt werden. Sie hielten das Ergebnis der Prüfung vielmehr nur für den zuständigen, die Betriebsprüfung durchführenden Versicherungsträger fest und hätten nicht etwa die Funktion eines Entlastungsnachweises mit Außenwirkung (Hinweis auf BSG, Urteil vom 14. Juli 2004 - [B 12 KR 7/04 R](#) -; Landessozialgericht (LSG) Baden-Württemberg, Urteil vom 13. April 2011, - [L 5 R 1004/10](#) -; Sozialgericht Würzburg, Beschluss vom 7. Februar 2012, - [S 6 R 74/12 ER](#) -; Sozialgericht Karlsruhe, Beschluss vom 3. April 2012, - [S 10 R 1000/12 ER](#) -, alle in juris). Dem Beitragsbescheid vom 2. Juli 2012 stehe auch nicht entgegen, dass die Tariffähigkeit der CGZP auch für die Vergangenheit (noch) nicht abschließend rechtskräftig feststehe. Die Antragsgegnerin habe in ihrer Entscheidung die Unwirksamkeit des Tarifvertrags unterstellen können mit der Folge, dass die Antragstellerin als Verleiher nach [§ 10 Abs. 4 AÜG](#) verpflichtet sei, ihren Leiharbeitnehmern für die Zeit der Überlassung an den Entleiher das im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltende höhere Arbeitsentgelts zu gewähren. Durch die Unwirksamkeit des Tarifvertrags sei eine Abweichung vom equal pay-Grundsatz ausgeschlossen. Im Hinblick auf die Eilbedürftigkeit des Verfahrens sei die Einleitung des Verfahrens nach [§ 97 Abs. 5 Arbeitsgerichtsgesetz \(ArbGG\)](#) und die hierauf gestützte Aussetzung des Verfahrens nicht geboten. Das BAG möge in seinem Beschluss vom 14. Dezember 2010 die Frage der Tariffähigkeit noch gegenwartsbezogen beantwortet haben. Die tragenden Gründe seien jedoch ohne weiteres auf die Zeit davor zu übertragen. Daher sei im Rahmen der hiesigen summarischen Prüfung - davon auszugehen, dass die CGZP von Anfang an tarifunfähig gewesen sei und die geschlossenen Tarifverträge damit unwirksam. Auch ein arbeitsrechtlicher Vertrauensschutz stehe dem nicht entgegen. Der gute Glaube an die Tariffähigkeit einer Vereinigung werde nicht geschützt. Das aus [§ 10 Abs. 4 AÜG](#) folgende Geschäftsrisiko habe die Antragstellerin bewusst in Kauf genommen. Die Beitragsforderung sei auch noch nicht verjährt. Anhaltspunkte, die auf eine unzutreffende Festsetzung der Höhe der nachzuzahlenden Beiträge schließen ließen, seien nicht ersichtlich. Es liege auch keine unbillige Härte vor.

Am 5. September 2012 hat die Antragstellerin Beschwerde eingelegt. Zur Begründung nimmt sie Bezug auf ihr bisheriges Vorbringen und weist ergänzend darauf hin, dass sich das SG mit dem von ihr aufgeworfenen Rechtsproblem, dass die Nachverbeitragung erst mit Zufluss nach [§ 22 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#) entstehe, nicht auseinandergesetzt habe. Für den Prüfzeitraum von Januar 2007 bis Dezember 2009 könne sie Vertrauensschutz für sich in Anspruch nehmen. Die Antragsgegnerin als Sozialversicherungsträger habe erstmals im Jahr 2011 mit der Pressemitteilung der Spitzenorganisation der Sozialversicherung angekündigt, dass sie entsprechende Nachforderungsansprüche für alle Beschäftigungszeiten ab einschließlich Dezember 2005 noch geltend machen werde. Sie selbst habe bereits zum 30. Juni 2010 und damit vor Verkündung des Beschlusses des BAG vom 14. Dezember 2010 ihre Leiharbeitsverträge umgestellt auf das Tarifwerk DGB/IGZ. Zu einer Schätzung sei die Antragsgegnerin nicht befugt gewesen.

Die Antragstellerin beantragt,

den Beschluss des Sozialgerichts Heilbronn vom 3. September 2012 aufzuheben und die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs vom 6. Juli 2012 gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 2. Juli 2012 anzuordnen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Beschwerde der Antragstellerin zurückzuweisen.

Sie hält den angefochtenen Beschluss für zutreffend. Im Beitragsrecht der Sozialversicherung gelte für laufendes Arbeitsentgelts das Entstehungsprinzip ([§ 22 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#); Verweis BSG, Urteile vom 14. Juli 2004 - [B 12 KR 1/04 R](#), [B 12 KR 10/03 R](#), [B 12 KR 7/03 R](#) und [B 12 KR 7/04 R](#) -; LSG Berlin, Beschluss vom 9. August 2004 - L 9 B 86/04 K -, LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss des vom 10. Mai 2012 [L 8 R 164/12 B ER](#) -, jeweils in juris und LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 20. Juli 2012 - [L 1 KR 72/12 B ER](#) -, nicht veröffentlicht). Zu

einer Schätzung sei sie befugt gewesen. Dies ergebe sich aus [§ 28 f Abs. 2 Satz 3 SGB IV](#). Die Ansicht, dass eine solche Schätzbefugnis immer eine Pflichtverletzung des Arbeitgebers vorausgehen müsse, finde im Gesetz keinen Anhalt und sei abzulehnen. Im Urteil des BSG vom 7. Februar 2002 ([B 12 KR 12/01 R](#) in juris) werde klargestellt, dass es auf ein Verschulden nicht ankomme, ebenso in der Kommentierung von Kriekebohm zu § 28 f unter RdNr. 8 im Kommentar zum SGB IV. Dies entspreche auch dem Schutzzweck der Norm. Soweit das LSG Baden-Württemberg (Beschlüsse vom 19. November 2012 - [L 11 R 3954/12 ER-B](#) -, in juris, 5. März 2013 - L 4 R 4391/12 ER-B -, nicht veröffentlicht) unter Bezugnahme auf die [BT-Drucksache 15/1515 S. 132](#) zu Nr. 2 (§ 12) darauf abgestellt werde, dass Auskünfte des Entleihers über die Arbeitsbedingungen vergleichbarer Stammarbeitnehmer in seinem Unternehmen in der Regel (Unterstreichung im Original) entbehrlich seien, sei hiergegen einzuwenden, dass es sich bei der Terminologie "in der Regel" insoweit um eine offene Formulierung handele, die die Einbeziehung der Gesamtumstände in die Entscheidung, ob diese Auskünfte tatsächlich entbehrlich seien oder nicht, geradezu zwingend erfordere, insbesondere, da entsprechend Brors (Kommentar zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, § 13 Nr. 7) allein das Vorliegen eines Tarifvertrags nicht ausreiche und es bei Zweifeln an der Wirksamkeit des Tarifvertrags einer höchststrichterlichen Klärung der arbeitsrechtlichen Diskussion bedürfe. Entgegen den Beschlüssen des LSG Baden-Württemberg könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Verleiher/Arbeitgeber auf die Wirksamkeit der Tarifverträge und mithin auf das Vorliegen der Befreiungsvoraussetzungen in [§ 3 Abs. 1 Nr. 3](#) und [§ 9 Nr. 2 AÜG](#) hätten vertrauen dürfen (Hinweis auf Landesarbeitsgericht Düsseldorf, Urteil vom 28. Juni 2012 - [15 Sa 228/12](#) -, in juris). Im Urteil des BAG vom 13. März 2013 ([5 AZR 954/11](#), Entscheidungsgründe noch nicht veröffentlicht) werde im Rahmen einer Entscheidungsbesprechung hierzu ebenfalls ausgeführt, dass nach Ansicht des BAG das Vertrauen der Verleiher in die Tariffähigkeit der CGZP und damit auch in die Wirksamkeit der von der Tarifgemeinschaft abgeschlossenen Tarifverträge nicht geschützt sei. Es hätte daher auch der Aufzeichnung der vergleichbaren Arbeitsentgelte der Stammitarbeiter des Entleiherbetriebs bedurft. Es müsse zumindest von einem Kennenmüssen der Aufzeichnungspflicht ausgegangen werden, insbesondere hätten die Umstände die Verleiher/Arbeitgeber dazu veranlassen müssen, sich rechtlich zu informieren. Aufgrund des Beschlusses des BAG vom 14. Dezember 2010 sei klargestellt, dass gerade keine Befreiung des Verleihers von der Gleichstellungsverpflichtung von [§ 3 Abs. 1 Nr. 3](#) und [§ 9 Nr. 2 AÜG](#) vorliege und es mithin zur Feststellung der tatsächlichen Beitragspflicht/Beitragshöhe durch den Rentenversicherungsträger auch der Höhe der Arbeitsentgelte vergleichbarer Stammarbeitnehmer bedurft hätte. Es entspreche dem Sinn und Zweck des [§ 28 f SGB IV](#), dass "§ 28" (gemeint wohl § 28f) Abs. 1 Satz 1 SGB IV erfüllt sei, wenn aus den Entgeltunterlagen die entscheidungsrelevanten Angaben nicht hervorgingen und erst durch weitere Ermittlungen des Rentenversicherungsträgers ausgeräumt werden könnten. Es liege zum Beispiel auch nicht in der Entscheidungsbefugnis des Arbeitgebers, ob in Zweifelsfällen Entgeltunterlagen angelegt und geführt werden müssten. Letztlich müsse ausreichend sein, dass objektiv eine Pflicht bestanden habe, in den Verträgen nach [§ 12 AÜG](#) anzugeben, welche im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts gegolten hätten oder gälten. Entgegen den Ausführungen des LSG Baden-Württemberg in den genannten Beschlüssen könne es nur darauf ankommen, dass die entscheidungsrelevanten Angaben zu den Arbeitsentgelten der Stammarbeitnehmer in den Lohnunterlagen nicht vorhanden gewesen seien. Im Übrigen bestehe gemäß [§ 28 f Abs. 2 Satz 5 SGB IV](#) mit der Vorlage der entsprechenden Nachweise jederzeit die Möglichkeit, die Höhe der Beitragsnachforderung aus personenbezogenen Arbeitsentgelten zu errechnen. [§ 28 f SGB IV](#) enthalte darüber hinaus keine verbindlichen Regelungen darüber, welche Schätzungsmethode anzuwenden sei. Um die Ermittlung der Schätzgrundlagen zu erleichtern, hätten die Rentenversicherungsträger ein dreistufiges Modell möglicher Handlungsoptionen entwickelt, mit deren Hilfe die tatsächlichen Verhältnisse in den einzelnen Leiharbeitsunternehmen möglichst wirklichkeitsgetreu abgebildet werden sollten. Die Wahl der Handlungsoption sei hierbei nicht in das Ermessen des einzelnen Betriebsprüfers gestellt, sondern habe sich an den tatsächlichen Verhältnissen im Hinblick auf Ermittlungsaufwand, -möglichkeiten und vorhandener prüffähiger Unterlagen zu orientieren. Insoweit werde auf die Angabe im Prüfbescheid vom 2. Juli 2012 verwiesen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Senatsakte, die SG Akte, den Verwaltungsvorgang der Antragsgegnerin und die Vorprozessakten S 5 R 3545/11 und L 4 R 1123/12 verwiesen.

II.

Die Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig. Die gemäß [§ 173 SGG](#) form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde der Antragstellerin ist nicht nach [§ 172 Abs. 3 Nr. 1 SGG](#) ausgeschlossen. Denn in der Hauptsache wäre die Berufung zulässig, da die Antragstellerin sich gegen die Festsetzung von Sozialversicherungsbeiträgen i.H.v. EUR 175.531,12 wendet (Bescheid der Antragsgegnerin vom 2. Juli 2012).

Die Beschwerde ist auch begründet.

Der von der Antragstellerin erhobene Widerspruch gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 2. Juli 2012 hat nicht bereits kraft Gesetzes aufschiebende Wirkung. Nach Abs. 1 des mit Wirkung vom 2. Januar 2002 durch Art. 1 Nr. 35 des Sechsten Gesetzes zur Änderung des Sozialgerichtsgesetzes (6. SGGÄndG) vom 17. August 2001 ([BGBl. I, S. 2144](#)) eingefügten [§ 86a SGG](#) haben Widerspruch und Anfechtungsklage zwar grundsätzlich aufschiebende Wirkung. Nach [§ 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) entfällt jedoch - wie vorliegend - die aufschiebende Wirkung bei der Entscheidung über Versicherungs-, Beitrags- und Umlagepflichten sowie der Anforderung von Beiträgen, Umlagen und sonstigen öffentlichen Abgaben einschließlich der darauf entfallenden Nebenkosten. Zu den Entscheidungen, die unter [§ 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) fallen, gehören auch Bescheide der Rentenversicherungsträger, die - wie hier - auf der Grundlage von [§ 28p Abs. 1 SGB IV](#) nach einer Prüfung beim Arbeitgeber ergehen (z.B. Beschluss des Senats vom 10. Januar 2012 - [L 4 R 945/11 ER-B](#) -, nicht veröffentlicht).

Nach [§ 86b Abs. 1 Nr. 2 SGG](#) kann das Gericht der Hauptsache aber auf Antrag die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise anordnen. Die Wirkung der gerichtlich angeordneten aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs tritt rückwirkend ab Erlass des mit dem Widerspruch angefochtenen Bescheides ein und endet in den Fällen, in denen Klage erhoben wird, erst mit Eintritt der Unanfechtbarkeit der Hauptsacheentscheidung (LSG Baden-Württemberg, Beschlüsse vom 11. Mai 2011 - [L 11 R 1075/11](#) und [L 11 KR 1125/10 ER-B](#) -, veröffentlicht in juris; vgl. auch Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, Kommentar zum SGG, 10. Auflage 2012, § 86b Rdnr 19).

Die Frage, ob die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Klage aufgrund von [§ 86b Abs. 1 Nr. 2 SGG](#) anzuordnen ist, ist anhand einer Interessenabwägung zu beurteilen. Die öffentlichen Interessen am sofortigen Vollzug des Verwaltungsaktes und die privaten Interessen an der Aussetzung der Vollziehung sind gegeneinander abzuwägen. Da der vorläufige Rechtsschutz den Hauptsacherechtsschutz sichern soll, sind für diese Interessenabwägung die Erfolgsaussichten des in der Hauptsache eingelegten Rechtsbehelfs grundsätzlich ausschlaggebend. Wird der Hauptsacherechtsbehelf aller Voraussicht nach erfolgreich sein, überwiegt regelmäßig das private Aufschubinteresse des Antragstellers, andernfalls kommt dem öffentlichen Vollziehungsinteresse regelmäßig der Vorrang zu. Ist keiner dieser Fälle der

erkennbaren Aussichtslosigkeit der Klage bzw. des Widerspruchs oder der erkennbaren Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes gegeben, so sind die beteiligten Interessen anhand sonstiger Umstände im Einzelfall zu ermitteln und gegeneinander abzuwägen (z.B. Beschluss des Senats vom 10. Januar 2012 - [L 4 R 945/11 ER-B](#) -, nicht veröffentlicht). Dabei ist zu beachten, dass das Gesetz mit dem Ausschluss der aufschiebenden Wirkung dem öffentlichen Interesse an einer sofortigen Vollziehung des angefochtenen Bescheides Vorrang vor dem Interesse des Betroffenen an einem Aufschub der Vollziehung einräumt. Diese typisierend zu Lasten des Einzelnen ausgestaltete Interessenabwägung kann aber auch im Einzelfall zugunsten des Betroffenen ausfallen. Die konkreten gegeneinander abzuwägenden Interessen ergeben sich in der Regel aus den konkreten Erfolgsaussichten des Hauptsacheverfahrens, dem konkreten Vollziehungsinteresse und der für die Dauer einer möglichen aufschiebenden Wirkung drohenden Rechtsbeeinträchtigung (LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 6. Mai 2010 - [L 11 R 1806/10 ER-B](#) -, nicht veröffentlicht). Dabei sind stets die Maßstäbe des [§ 86a Abs. 3 Satz 2 SGG](#) zu berücksichtigen. Demgemäß hat eine Aussetzung der Vollziehung zu erfolgen, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsaktes bestehen oder wenn die Vollziehung für den Abgabepflichtigen eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte.

Bei Beitragsstreitigkeiten liegen ernstliche Zweifel in Sinne des [§ 86a Abs. 3 Satz 2 SGG](#) nur dann vor, wenn ein Obsiegen des Antragstellers in der Hauptsache wahrscheinlicher ist als ein Unterliegen (vgl. LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 28. Juni 2010 - [L 11 R 1903/10 ER B](#) -, nicht veröffentlicht). Andernfalls wäre in Beitragsangelegenheiten angesichts der vielfach in vorläufigen Rechtsschutzverfahren noch ungeklärten Verhältnisse eine Vollziehung häufig nicht durchsetzbar, was die Funktionsfähigkeit der Sozialversicherungsträger beeinträchtigen könnte (LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 1. Juli 2004 - [L 5 B 2/04 KR ER](#) - m.w.N.; in juris). Insoweit müssen erhebliche Gründe für ein Obsiegen in der Hauptsache sprechen, damit die in [§ 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) vorgenommene gesetzliche Risikoverteilung geändert werden kann.

Solche erheblichen Gründe liegen hier nach dem gegenwärtigen Sach- und Streitstand vor.

Rechtsgrundlage für den Erlass des angefochtenen Beitragsbescheides ist [§ 28p Abs. 1 SGB IV](#). Danach prüfen die Träger der Rentenversicherung bei den Arbeitgebern, ob diese ihre Meldepflichten und ihre sonstigen Pflichten nach dem SGB IV erfüllen und erlassen im Rahmen dessen Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und zur Beitragshöhe in den einzelnen Sozialversicherungszweigen. Für die Zahlung von Beiträgen von Versicherungspflichtigen aus Arbeitsentgelt zur gesetzlichen Krankenversicherung, gesetzlichen Rentenversicherung, Arbeitslosenversicherung und sozialen Pflegeversicherung gelten nach [§ 253 Sozialgesetzbuch Fünftes Buch \(SGB V\)](#), [§ 174 Abs. 1 Sozialgesetzbuch Sechstes Buch \(SGB VI\)](#) sowie [§ 60 Abs. 1 Satz 2 Sozialgesetzbuch Elftes Buch \(SGB XI\)](#) die Vorschriften über den Gesamtsozialversicherungsbeitrag ([§§ 28d bis 28n](#) und [28r SGB IV](#)). Diese Vorschriften gelten nach [§§ 1 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#), [§ 348 Abs. 2 Sozialgesetzbuch Drittes Buch \(SGB III\)](#) auch für die Arbeitsförderung. Nach [§ 28e Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) hat den Gesamtsozialversicherungsbeitrag der Arbeitgeber zu zahlen. Versicherungspflichtig sind in der Krankenversicherung nach [§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#), in der Rentenversicherung nach [§ 1 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI](#), in der Arbeitslosenversicherung nach [§ 25 SGB III](#) sowie in der Pflegeversicherung nach [§ 20 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Nr. 1 SGB XI](#) gegen Arbeitsentgelt beschäftigte Personen. Die Mittel zur Durchführung des Ausgleichs der Arbeitgeberaufwendungen im Rahmen der Lohnfortzahlung werden durch Umlagen, die jeweils in einem Prozentsatz des Entgelts (Umlagesatz) festzusetzen sind, von den am Ausgleich beteiligten Arbeitgebern aufgebracht (bis 31. Dezember 2005 [§ 14 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 LFZG](#), seit 1. Januar 2006 [§ 7 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 AAG](#)). Die Mittel für die Zahlung des Insolvenzgeldes werden durch eine monatliche Umlage, die nach einem Prozentsatz des Arbeitsentgelts (Umlagesatz) zu erheben ist, von den Arbeitgebern aufgebracht ([§ 358 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 SGB III](#)). Als Arbeitsentgelt gelten gemäß [§ 14 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) alle laufenden oder einmaligen Einnahmen aus einer Beschäftigung, gleichgültig, ob ein Rechtsanspruch auf die Einnahmen besteht, unter welcher Bezeichnung oder in welcher Form sie geleistet werden und ob sie unmittelbar aus der Beschäftigung oder im Zusammenhang mit ihr erzielt werden. Um das Bestehen von Versicherungs- und Beitragspflicht sowie ggf. die Höhe der zu entrichtenden Beiträge feststellen zu können, war es schon immer eine selbstverständliche Pflicht des Arbeitgebers, hierüber geeignete Aufzeichnungen anzufertigen. Diese Pflicht ist seit 1989 ausdrücklich in [§ 28f Abs. 1 Satz 1 SGB V](#) normiert (Baier in Krauskopf, Soziale Krankenversicherung Pflegeversicherung, [§ 28f SGB IV](#), RdNr 3).

Seit 1. Januar 2003 haben Leiharbeitnehmer Anspruch auf Arbeitsentgelt in gleicher Höhe wie vergleichbare Stammarbeitnehmer des Entleihers. Dies folgt aus [§§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2 AÜG](#). Abweichende Regelungen können nur in einem Tarifvertrag getroffen werden. Ist ein solcher Tarifvertrag jedoch unwirksam, kann der Leiharbeitnehmer nach [§ 10 Abs. 4 AÜG](#) vom Verleiher die Gewährung der im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts verlangen. Die Voraussetzungen des [§ 10 Abs. 4 AÜG](#) sind hier erfüllt. Mitglieder des Christlichen Gewerkschaftsbundes (CGB) gründeten im Dezember 2002 die CGZP. Diese schloss im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung zahlreiche Haus- und Flächentarifverträge ab, die eine Abweichung vom Grundsatz des equal pay ermöglichten (Segebrecht in jurisPR-SozR 13/2011 Anm. 1). Diese Tarifverträge wandte die Antragstellerin für die bei ihr in ihrem Betrieb in I. beschäftigten Leiharbeitnehmer an. Mit Beschluss vom 14. Dezember 2010 ([1 ABR 19/10](#); a.a.O.) stellte das BAG jedoch fest, dass die CGZP nicht tariffähig ist. Dies gilt auch für den hier streitigen Zeitraum (vgl. BAG, Beschlüsse vom 23. Mai 2012 - [1 AZB 58/11](#) und [1 AZB 67/11](#) -, beide in juris) und hat zur Folge, dass die Antragstellerin den betroffenen Arbeitnehmern noch die Differenz des im (unwirksamen) Tarifvertrag vereinbarten Entgelts und dem Entgelt, auf das ein vergleichbarer Arbeitnehmer des Entleihers Anspruch hatte, schuldet. Diese Entgeltansprüche wiederum begründen auch Beitragsansprüche der Antragsgegnerin. Denn die Beitragsansprüche bemessen sich gemäß [§ 22 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) nach dem geschuldeten und nicht nach dem tatsächlich gezahlten Entgelt, da es sich um Ansprüche auf laufend gezahltes Entgelt handelt (Segebrecht, a.a.O.). Deshalb ist unerheblich, ob die Leiharbeitnehmer diese Entgeltansprüche geltend machen oder geltend machen können. Im Beitragsrecht des Sozialgesetzbuches gilt entgegen des Vorbringens der Antragstellerin grundsätzlich das sogenannte Entstehungsprinzip und - anders als im Steuerrecht - nicht das Zuflussprinzip (ständige Rechtsprechung, z.B. BSG, Urteil vom 30. August 1994 - [12 RK 59/92](#) -; LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 16. August 2011 - [L 11 R 6067/09](#) -; Urteil des Senats vom 27. März 2009 - [L 4 KR 1833/07](#) -; alle in juris).

Ernsthafte Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Bescheides der Antragsgegnerin vom 2. Juli 2012 bestehen jedoch - wie bereits im Beschluss des erkennenden Senats vom 5. März 2013 ([L 4 KR 4181/12 ER-B](#)) ausgeführt und woran der Senat weiterhin festhält -, weil die Antragsgegnerin die Höhe des Arbeitsentgelts geschätzt hat, ohne dass hierfür eine Rechtsgrundlage bestand. Nach [§ 28f Abs. 2 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

(Satz 1). 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 (Satz 2). Soweit der prüfende Träger der Rentenversicherung die Höhe der Arbeitsentgelte nicht oder nicht ohne unverhältnismäßig großen Verwaltungsaufwand ermitteln kann, hat er diese zu schätzen (Satz 3; sog. Beitragssummenbescheid). Voraussetzung für ein Vorgehen nach [§ 28f Abs. 2 SGB IV](#) ist, dass der Arbeitgeber seine Aufzeichnungspflicht nicht ordnungsgemäß erfüllt hat und dadurch die Versicherungs- oder Beitragspflicht oder die Beitragshöhe nicht festgestellt werden kann. Die Voraussetzung der Verletzung der Aufzeichnungspflicht gilt nicht nur für den in Satz 1 der Vorschrift geregelten so genannten Lohnsummenbescheid, sondern ist auch Voraussetzung für die Schätzungsbefugnis des Satzes 3 (LSG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 14. August 2012 - [L 6 R 223/12 B ER](#) -; LSG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 20. April 2012 - [L 5 KR 20/12 B ER](#) - m.w.N.; beide veröffentlicht in juris). Nach ihrem eigenen Vorbringen war der Antragsgegnerin die Feststellung des beitragspflichtigen Arbeitsentgelts im vorliegenden Fall deshalb nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich, weil die Ermittlung des equal-pay-Arbeitsentgelts angesichts der Zahl der Beschäftigungsverhältnisse (ca. 690), die zu großer Zahl weniger als drei Monate gedauert haben, unangemessen aufwändig erschien. Dies beruht aber nicht auf einer Verletzung der Aufzeichnungspflicht durch die Antragstellerin.

Nach der gebotenen aber auch ausreichenden summarischen Prüfung des Sachverhalts lässt sich derzeit nicht feststellen, dass die Antragstellerin ihre Aufzeichnungspflicht in einer solchen Weise verletzt hat, dass deshalb die Beitragshöhe nicht oder nur mit unverhältnismäßig hohem Verwaltungsaufwand ermittelt werden kann und die Zuordnung der Beiträge zu bestimmten Beschäftigten nicht möglich ist. Nach [§ 28f Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) in der im Jahr 2009 geltenden Fassung hat der Arbeitgeber für jeden Beschäftigten Lohnunterlagen (seit 1. Januar 2012: Entgeltunterlagen) zu führen und bis zum Ablauf des auf die letzte Prüfung nach [§ 28p SGB IV](#) folgenden Kalenderjahres aufzubewahren. Zu diesen Lohnunterlagen gehören auch die zwischen dem Verleiher und dem Entleiher nach [§ 12 AÜG](#) geschlossenen Verträge. In diesen Verträgen, die schriftlich abzuschließen sind, muss nach [§ 12 Abs. 1 Satz 3 AÜG](#) u.a. angegeben werden, welche im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts gelten. Die Einführung dieser Verpflichtung durch Art. 6 Nr. 7 Erstes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23. Dezember 2002 ([BGBl. I, S. 4607](#)) wurde damit begründet, dass der Verleiher mit Hilfe dieser Information seiner Verpflichtung zur Gleichbehandlung des Leiharbeitnehmers in Bezug auf die wesentlichen Arbeitsbedingungen vergleichbarer Arbeitnehmer des Entleihers nachkommen kann ([BT-Drs. 15/25 S. 39](#)).

Dieses Erfordernis gilt nach dem mit Art. 93 Nr. 2 Drittes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23. Dezember 2003 ([BGBl. I, S. 2848](#)) eingefügten Halbsatz 2 in [§ 12 Abs. 1 Satz 3 AÜG](#) allerdings nicht, soweit die Voraussetzungen der in [§ 3 Abs. 1 Nr. 3](#) und [§ 9 Nr. 2 AÜG](#) genannten Ausnahme vorliegen. Dadurch sollte klargestellt werden, dass der Auskunftsanspruch des Verleihers gegen den Entleiher nur in dem Umfang besteht, wie dies für die Bestimmung der Arbeitsbedingungen des Leiharbeitnehmers im konkreten Einzelfall erforderlich ist. Werden die Arbeitsbedingungen des Leiharbeitnehmers durch einen Tarifvertrag geregelt und ist der Verleiher somit von der Gleichstellungsverpflichtung nach [§§ 3 Abs. 1 Nr. 3](#) und 9 Nr. 2 AÜG entbunden, sind Auskünfte des Entleihers über die Arbeitsbedingungen vergleichbarer Stammarbeitnehmer in seinem Unternehmen in der Regel entbehrlich ([BT-Drs 15/1515 S. 132](#); vgl. LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 19. November 2012 - [L 11 R 3954/12 ER B](#) -; in juris).

Bis zum Beschluss des BAG vom 14. Dezember 2010 ([1 ABR 19/10](#), a.a.O.) war die Antragstellerin deshalb nicht verpflichtet, in den Verträgen mit den Entleihern Angaben über das Arbeitsentgelt für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers aufzunehmen, weil die Vertragsparteien angesichts der zwischen dem AMP und der CGZP geschlossenen Tarifverträge, solange die Unwirksamkeit der Tarifverträge nicht feststand, davon ausgehen durften, dass dadurch die in [§ 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG](#) und [§ 9 Nr. 2 AÜG](#) genannten Ausnahmen vorliegen. Dem steht nicht entgegen, dass nach Feststellung der Unwirksamkeit das frühere Vertrauen in die Wirksamkeit des Tarifvertrags nicht mehr geschützt sein dürfte und die Tarifunfähigkeit der CGZP und damit die Unwirksamkeit der mit der CGZP geschlossenen Tarifverträge rückwirkend anzunehmen ist. Daraus folgt zwar, dass objektiv eine Pflicht bestanden hatte, in den Verträgen nach [§ 12 AÜG](#) anzugeben, welche im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts gelten. Dieser Pflicht ist die Antragstellerin nicht nachgekommen. Dennoch lag eine Pflichtverletzung der Antragstellerin nicht vor. Denn eine Pflichtverletzung setzt die Kenntnis der Obliegenheit voraus. Fehlt den Vertragsparteien des Vertrages nach [§ 12 AÜG](#) diese Kenntnis, geht die Obliegenheit ins Leere (vgl. LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 19. November 2012 - [L 11 R 3954/12 ER-B](#) - unter Verweis auf Bundesgerichtshof [BGH], Urteil vom 16. September 2009 - [IV ZR 246/08](#) -; beide in juris). Bis zum Beschluss des BAG vom 14. Dezember 2010 hatten die Vertragsparteien keine Kenntnis davon, dass die in [§ 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG](#) und [§ 9 Nr. 2 AÜG](#) genannten Ausnahmen nicht vorliegen. Die Frage der Kenntnis von einer Obliegenheit - hier: Pflicht zur Aufnahme von Angaben über das Arbeitsentgelt für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers in den Verträgen nach [§ 12 AÜG](#) - ist zu trennen von der Frage, ob eine Verletzung der Pflicht Verschulden voraussetzt (vom BSG im Urteil vom 7. Februar 2002 - [B 12 KR 12/01 R](#) -, a.a.O., verneint). Geht eine Obliegenheit ins Leere, kann sie schon tatbestandlich nicht verletzt werden. Die Frage des Verschuldens stellt sich in diesem Fall nicht (vgl. LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 19. November 2012 - [L 11 R 3954/12 ER-B](#) - a.a.O.; im Ergebnis ebenso Beschluss des LSG Schleswig-Holstein vom 20. April 2012 - [L 5 KR 20/12 B ER](#) - mit zustimmender Anmerkung von Dr. J. D. Wadephul in NZS 2012/627). Ob den Verleihern bis zur Feststellung der Unwirksamkeit der Tarifverträge der CGZP die Pflicht oblag, sich rechtlich zu informieren, es eine Diskussion über die Tariffähigkeit der CGZP gab, erscheint auch fraglich und wäre zudem abschließend in einem Hauptsacheverfahren zu klären.

Andere Gründe für die Berechtigung der Antragsgegnerin, die Höhe der Arbeitsentgelte zu schätzen, sind nicht ersichtlich. Der Vortrag der Antragsgegnerin, die Rentenversicherungsträger hätten, um die Ermittlung der Schätzgrundlagen zu erleichtern, ein dreistufiges Modell möglicher Handlungsoptionen entwickelt, mit deren Hilfe die tatsächlichen Verhältnisse in den einzelnen Leiharbeitsunternehmen möglichst wirklichkeitstreu abgebildet werden sollten und die Wahl der Option sei nicht in das Ermessen des einzelnen Betriebsprüfers gestellt, sondern habe sich an den tatsächlichen Verhältnissen im Hinblick auf Ermittlungsaufwand, -möglichkeiten und vorhandener prüffähiger Unterlagen zu orientieren, genügt hierfür nicht. Wenn eine Behörde mittels Verwaltungsaktes in die Rechte eines Betroffenen eingreift, gilt der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und der Gesetzesvorbehalt. Die Behörde benötigt eine Ermächtigungsgrundlage, deren Grenzen sie zu beachten hat. Die Entwicklung von Modellen genügt nicht.

Da der Senat bereits aus den genannten Gründen ernste Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Bescheids der Antragsgegnerin vom 2. Juli 2012 hinsichtlich des im Beschwerdeverfahrens noch streitigen Zeitraums hat, kommt es auf die Frage nicht an, ob die Antragsgegnerin den vorangegangenen Bescheid über eine Betriebsprüfung vom 18. Dezember 2009 hätte aufheben müssen oder nicht. Ein vom SG erwähntes Schreiben vom 13. August 2010 befand sich nicht in den Akten.

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

Der Streitwert des Beschwerdeverfahrens wird nach [§ 197 a SGG](#) i.V.m. [§§ 63 Abs. 1, 52 Abs. 1](#) und 2 Gerichtskostengesetz (GKG) entsprechend der ständigen Praxis des Senats in Verfahren betreffend die Anordnung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs oder Rechtsmittels auf ein Viertel der Nachforderung aus dem Bescheid vom 2. Juli 2012 festgesetzt. Dies sind EUR 175.531,12, ein Viertel mithin EUR 43.882,78. Gleichzeitig wird die Streitwertfestsetzung erster Instanz (bisher: EUR 175.531,12) von Amts wegen auf EUR 43.882,78, ein Viertel der Gesamtsumme der Beitragsforderung EUR 175.531,12, geändert ([§ 63 Abs. 3 GKG](#)).

Dieser Beschluss ist unanfechtbar ([§ 177 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2013-05-17