

S 16 R 1435/11 ER

Land

Nordrhein-Westfalen

Sozialgericht

SG Detmold (NRW)

Sachgebiet

Rentenversicherung

Abteilung

16

1. Instanz

SG Detmold (NRW)

Aktenzeichen

S 16 R 1435/11 ER

Datum

18.01.2012

2. Instanz

LSG Nordrhein-Westfalen

Aktenzeichen

-

Datum

-

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Beschluss

Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin vom 14.10.2011 gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 26.09.2011 wird angeordnet.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Der Streitwert wird auf 44.043,71 EUR festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin begehrt die Anordnung der aufschiebenden Wirkung eines Anfechtungsrechtsbehelfs gegen einen auf [§ 28p](#) des Vierten Buches Sozialgesetzbuch (SGB IV) gestützten Bescheid, mit dem die Antragsgegnerin für den Zeitraum vom 01.12.2005 bis zum 31.12.2009 Sozialversicherungsbeiträge nachgefordert und Säumniszuschläge erhoben hat.

Die Antragstellerin ist im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung tätig und war in dem og. Betriebsprüfungszeitraum im Besitz einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis gemäß [§ 1](#) Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG).

In dem Zeitraum vom 01.12.2005 bis zum 31.12.2009 wandte die Antragstellerin bei der Arbeitsentgeltberechnung für die beschäftigten Leiharbeiter die zwischen dem Arbeitgeberverband B (B) und der Tarifgemeinschaft D (D) vereinbarten Tarifverträge an und führte auf Grundlage der hiernach ermittelten Arbeitsentgelte Gesamtsozialversicherungsbeiträge ab.

Aufgrund einer im September 2009 durchgeführten Betriebsprüfung forderte die Antragsgegnerin nach zuvor mündlich erfolgter Anhörung mit Bescheid vom 26.09.2011 für den Zeitraum vom 01.12.2005 bis zum 31.12.2009 Sozialversicherungsbeiträge einschließlich Säumniszuschläge ([§ 24 Abs. 1 SGB IV](#)) in Höhe von insgesamt 176.174,85 EUR nach. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) habe am 14.12.2010 in den unter dem Az. [1 ABR 19/10](#) geführten Verfahren festgestellt, dass die Mitgliedsgewerkschaften der D nach ihrem satzungsgemäßen Geltungsbereich nicht die Tariffähigkeit für die gesamte Zeitarbeitsbranche vermittelten. Durch die Bestätigung der Tariffähigkeit der D durch das BAG seien die unter ihrer Mitwirkung geschlossenen Tarifverträge unwirksam. Dieses habe die Anwendbarkeit des [§ 10 Abs. 4 AÜG](#) zur Folge. Arbeitnehmer, die auf Basis eines D-Tarifvertrages beschäftigt gewesen seien oder noch sind, könnten von dem Verleiher den Lohn beanspruchen, der im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer gezahlt werde. Beitragsbemessungsgrundlage für die Berechnung der Sozialversicherungsbeiträge sei damit der Arbeitsentgeltanspruch eines vergleichbaren Stammarbeitnehmers in dem Entleihbetrieb nach [§ 10 Abs. 4 AÜG](#).

In den Arbeitsverträgen der von der Antragstellerin beschäftigten Leiharbeiter werde für den Zeitraum von Dezember 2005 bis Juni 2011 auf den Manteltarifvertrag (MTV), Entgelttarifvertrag (ERTV), Entgelttarifvertrag/West (ETV) und Entgelttarifvertrag/Ost (ETV) zwischen der Tarifgemeinschaft D (D) und dem Arbeitgeberverband B (B) verwiesen. Auf Basis der dort vorgesehenen Vergütung seien die Beiträge für die beschäftigten Leiharbeiter gezahlt sowie Meldungen und Beitragsnachweise zur Sozialversicherung abgegeben worden. Aufgrund der durch die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichtes vom 14.12.2010 festgestellten Tariffähigkeit der D seien Beiträge zur Sozialversicherung auf Grundlage der Differenz zwischen dem von der Antragstellerin gemeldeten und dem Beitragsanspruch zugrunde gelegten Arbeitsentgelt einerseits und dem vergleichbaren Arbeitsentgelt eines Stammarbeitnehmers in dem jeweiligen Entleihbetrieb und Überlassungszeitraum für jeden Leiharbeiter individuell nachzuerheben.

Da die Höhe des individuellen Arbeitsentgeltes nur mit unverhältnismäßig großem Verwaltungsaufwand ermittelbar sei, dürfe die Antragsgegnerin gemäß [§ 28f Abs. 2 Satz 3 SGB IV](#) die Arbeitsentgelte schätzen. Nach ihrer Kenntnis betrage die durchschnittliche Arbeitsentgeltdifferenz zwischen Leiharbeitnehmern vergleichbarer Stammarbeitnehmer in Entleihbetrieben 24%. Dieser Prozentwert gründe sich im Wesentlichen auf einer Studie des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (IAB). Im vorliegenden Verfahren werde allerdings lediglich von einer durchschnittlichen Differenz zwischen den gezahlten Arbeitsentgelten und den Arbeitsentgeltansprüchen der Stammarbeitnehmer in Entleihbetrieben von 12% ausgegangen. Dabei seien Zeiten berücksichtigt worden, in denen kein equal pay Anspruch bestanden habe bzw. übertarifliche Leistungen gezahlt worden seien. Damit habe sich der Entgeltabstand zum equal pay verringert. Der Prozentsatz werde daher zugrunde gelegt, um die Höhe der Arbeitsentgelte zu schätzen, auf deren Grundlage Beitragsansprüche bestünden. Da die Antragstellerin keine eigenen Ermittlungen zur Klärung der equal pay Ansprüche vorgenommen habe, sei eine individuelle personenbezogene Ermittlung nicht möglich gewesen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt des Bescheides vom 26.09.2011 Bezug genommen.

Hiergegen erhob die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 11.10.2011 am 14.10.2011 Widerspruch, über den bisher nicht entschieden wurde. Zugleich beantragte sie die - mit Schreiben vom 09.11.2011 von der Antragsgegnerin abgelehnte - Aussetzung der sofortigen Vollziehung. Zur Begründung des Anfechtungsrechtsbehelfs machte die Antragstellerin im Wesentlichen geltend, dass das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung vom 14.12.2010 die Feststellung der Tarifunfähigkeit der D ausdrücklich nur gegenwartsbezogen getroffen habe. Der Entscheidung sei zu entnehmen, dass die Feststellungen zur Tarifunfähigkeit nicht für die Vergangenheit gelten sollten, sich also ausschließlich auf die Zeit ab dem 14.12.2010 bezögen. Diese Auslegung der Entscheidung des BAG werde auch von Seiten verschiedener Landesarbeitsgerichte geteilt. So habe etwa das LAG Rheinland-Pfalz mit Beschluss vom 15.06.2011 ([6 Ta 99/11](#)) und LAG Baden-Württemberg mit Beschluss vom 21.06.2011 ([11 Ta 10/11](#)) eine Aussetzung des Verfahrens gemäß [§ 97 Abs. 5 Satz 1](#) Arbeitsgerichtsgesetz vorgenommen und in diesem Rahmen ausdrücklich bekräftigt, dass die Entscheidung des BAG vom 14.12.2010 nur gegenwartsbezogene Feststellungen enthalte. Die Antragsgegnerin habe überdies auf die Wirksamkeit des Tarifvertrages vertraut, so dass der Tarifvertrag auch dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes jedenfalls für die Vergangenheit aufrechtzuerhalten sei. Es sei ein arbeitsrechtlicher Grundsatz, dass eine rückwirkende Unwirksamkeit eines Tarifvertrages nicht eintreten könne. Auch in der Literatur werde vielfach die Auffassung vertreten, dass lediglich von einer ex nunc Wirkung in den Fällen der Unwirksamkeit von Tarifverträgen, insbesondere in der Zeitarbeitsbranche, auszugehen sei.

Vor diesem Hintergrund könne die Antragsgegnerin erst recht keine Säumniszuschläge erheben, da die Antragstellerin zumindest unverschuldet keine Kenntnis von der Zahlungspflicht gehabt habe. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt des Schriftsatzes der Antragstellerin vom 11.10.2011 Bezug genommen.

Am 15.11.2011 hat die Antragstellerin das Sozialgericht Detmold um Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes ersucht. Zur Begründung vertieft sie die Ausführungen im Widerspruchsverfahren. Sie verweist ergänzend auf den Beschluss des SG Hamburg vom 18.11.2011 ([S 51 R 1149/11 ER](#)), mit dem dieses die aufschiebende Wirkung eines Widerspruchs in einer ähnlichen Angelegenheit angeordnet habe.

Die Antragstellerin beantragt,

die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs vom 11.10.2011 gegen den Bescheid vom 26.09.2011 anzuordnen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Sie verweist zur Begründung auf den Inhalt des Bescheides vom 26.09.2011 und führt ergänzend aus, dass die von dem BAG am 14.12.2010 getroffene Entscheidung auch für die Vergangenheit gelten müsse. Es sei weder erkennbar, noch sei dies geltend gemacht worden, dass sich die tatsächlichen Verhältnisse bei der D in der Vergangenheit von den gegenwärtigen Verhältnissen maßgeblich unterschieden hätten. Zudem habe das Bundesarbeitsgericht die Tarifunfähigkeit lediglich deklaratorisch und nicht konstitutiv festgestellt. Soweit sich die Antragstellerin darauf berufe, sie habe in die Wirksamkeit der unter Mitwirkung der D getroffenen Tarifverträge vertraut, sei dieses Vertrauen nicht geschützt. Auch seien Säumniszuschläge zu Recht erhoben worden. Soweit die Antragstellerin auf die Entscheidung des SG Hamburg vom 18.11.2011 verweise, sei dieser Entscheidung entgegen zu halten, dass diese sich mit der materiell-rechtlichen Frage der Tariffähigkeit für die Vergangenheit nicht auseinandergesetzt habe, sondern sich auf eine bloße formelle Rechtsposition zurückgezogen habe.

Auf Anfrage des Gerichts, wie im Hinblick auf die jedenfalls in dem Bescheid vom 26.09.2011 überwiegend nicht erfolgte Individualisierung bzgl. jedes einzelnen Arbeitnehmers gewährleistet werde, dass die nacherhobenen Beiträge dem individuellen Versicherungskonto gutgeschrieben würden, erklärte die Antragsgegnerin, dass in den Berechnungsanlagen zu dem Bescheid vom 26.09.2011 die Summen der einzelnen Beitragsforderungen aus Vereinfachungsgründen unter z. B. "Unbekannt 1" zusammengefasst worden seien. Die mit Bescheid vom 26.09.2011 festgestellten Beitragsforderungen bezögen sich auf die in der Verwaltungsakte enthaltenen "Listen", die sowohl die Antragstellerin als auch die Einzugsstellen erhalten hätten. Zur Frage, welche Ermittlungsansätze zur Erhebung eines individuellen Arbeitsentgeltes vor der Schätzung ohne Erfolg durchgeführt worden sind, macht die Antragsgegnerin geltend, dass personenbezogene Ermittlungen der jeweils geschuldeten Arbeitsentgelte nur mit unverhältnismäßig großem Aufwand möglich gewesen seien, da die Antragstellerin erklärt habe, es seien keine vergleichbaren Arbeitsplätze mehr vorhanden. Obwohl die Antragstellerin mit der Prüfanmeldung darauf hingewiesen worden sei, dass die equal pay Entgelte bei den Auftraggebern zu ermitteln seien, habe die Antragstellerin im Vorfeld der Betriebsprüfung keinerlei Vorarbeiten geleistet.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird Bezug genommen auf den Inhalt der Schriftsätze sowie auf den Inhalt der beigezogenen Verwaltungsvorgänge der Antragsgegnerin.

II.

Der Antrag ist zulässig und begründet.

Das Rechtsschutzgesuch ist als Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung gemäß [§ 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) statthaft. Hiernach kann das Gericht auf Antrag die aufschiebende Wirkung in den Fällen anordnen, in denen einem Anfechtungsrechtsbehelf - wie vorliegend aufgrund der im Bescheid der Antragsgegnerin vom 26.09.2011 getroffenen Regelung der Beitragspflicht und Erhebung von Sozialversicherungsbeiträgen gemäß [§ 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) der Fall - keine aufschiebende Wirkung zukommt.

Für den Antrag besteht auch das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis, da der am 14.10.2011 erhobene Widerspruch als statthafter Anfechtungsrechtsbehelf in der Hauptsache ([§ 78 Abs. 1 Satz 1 SGG](#)) gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 26.09.2011 nicht offensichtlich unzulässig, insbesondere fristgerecht erhoben wurde ([§§ 84 Abs. 1, 64 Abs. 1, Abs. 2 SGG](#)). Die Antragsgegnerin hat unter dem 09.11.2011 zudem den von der Antragstellerin auf die Aussetzung der sofortigen Vollziehung gerichteten Antrag nach [§ 86a Abs. 2 Nr. 1](#) i.V.m. Abs. 3 SGG abgelehnt.

Der Antrag ist auch begründet.

Das Gericht entscheidet über den Antrag nach [§ 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG](#) aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung nach pflichtgemäßem Ermessen. Hierbei sind die widerstreitenden Interessen der Beteiligten, namentlich das Aussetzungsinteresse des Antragstellers einerseits und das öffentliche Vollzugsinteresse an der Vollziehung des Bescheides vom 26.09.2011 andererseits, gegeneinander abzuwägen. Ausgehend von der in [§ 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) normierten sofortigen Vollziehbarkeit der Erhebung von Beitragsforderungen überwiegt das Aussetzungsinteresse regelmäßig (nur) dann, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsaktes bestehen oder die Vollziehung für den Leistungspflichtigen eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hat (zu [§ 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 VwGO](#) etwa Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 5. Auflage 2008, Rdnr. 980 m.w.N.).

Hiernach überwiegt das Aussetzungsinteresse des Antragstellers, da ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Bescheides der Antragsgegnerin vom 26.09.2011 bestehen. Nach der zu treffenden Prognoseentscheidung ist davon auszugehen, dass der Hauptsacherechtsbehelf Erfolg haben wird.

Gemäß [§ 28p Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) prüfen die Träger der Rentenversicherung bei den Arbeitgebern, ob diese ihre Meldepflichten und ihre sonstigen Pflichten nach diesem Gesetzbuch, die im Zusammenhang mit dem Gesamtsozialversicherungsbeitrag stehen, ordnungsgemäß erfüllen. Hierbei prüfen sie insbesondere die Richtigkeit der Beitragszahlungen und der Meldungen ([§ 28a SGB IV](#)). Die Träger der Rentenversicherung erlassen im Rahmen der Prüfung Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung gegenüber den Arbeitgebern ([§ 28p Abs. 1 Satz 5, Halbs. 1 SGB IV](#)).

Die Antragsgegnerin hat mit Bescheid vom 26.09.2011 eine Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen für die von der Antragstellerin beschäftigten Leiharbeitnehmer in der Krankenversicherung ([§ 5 Abs. 1 Nr. 1](#) des Fünften Buches Sozialgesetzbuch (SGB V)), in der Rentenversicherung ([§ 1 Abs. 1 Nr. 1](#) des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch (SGB VI)), in der Sozial- und Pflegeversicherung ([§ 20 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Nr. 1, 1. Halbsatz](#) des Elften Buches Sozialgesetzbuch (SGB XI)) und nach dem Recht der Arbeitsförderung ([§ 25 Abs. 1 Satz 1](#) des Dritten Buches Sozialgesetzbuch (SGB III)) festgestellt. Bemessungsgrundlage für die Beitragsfestsetzung ist bei abhängig Beschäftigten in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung jeweils das Arbeitsentgelt des Beschäftigten ([§ 226 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB V, § 57 Abs. 1 Satz 1 SGB XI](#) i.V.m. [§ 226 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB V, § 162 Nr. 1 SGB VI, § 342 SGB III](#)).

Nach [§ 14 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) sind Arbeitsgelt alle laufenden oder einmaligen Einnahmen aus der 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. Gemäß [§ 22 Abs. 1 SGB IV](#) entstehen Beitragsansprüche der Versicherungsträger, sobald ihre im Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes benannten Voraussetzungen erfüllt sind.

Gemäß [§ 10 Abs. 4 AÜG](#) kann der Leiharbeitnehmer im Fall einer Unwirksamkeit einer Vereinbarung mit dem Verleiher nach [§ 9 Nr. 2 AÜG](#) von diesem die Gewährung der im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts verlangen. Unwirksam sind nach [§ 9 Nr. 2 Halbs. 1 AÜG](#) Vereinbarungen, die für den Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung an einen Entleiher schlechtere als die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts vorsehen. Ein Tarifvertrag kann abweichende Regelungen zulassen.

Es unterliegt ernstlichen Zweifeln, ob die Antragsgegnerin berechtigt ist, zum gegenwärtigen Zeitpunkt allein auf Grundlage der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichtes vom 14.12.2010 im Hinblick auf einen etwaigen equal pay Anspruch nach [§§ 10 Abs. 4, 9 Nr. 2 AÜG](#) Sozialversicherungsbeiträge für den Zeitraum vom 01.12.2005 bis zum 31.12.2009 in der in dem Bescheid vom 26.09.2011 festgestellten Höhe nachzuerheben und Säumniszuschläge festzusetzen.

(I.) Ein solcher vergangenheitsbezogener Anspruch würde mindestens voraussetzen, dass zum jetzigen Zeitpunkt die von der Antragsgegnerin bejahte Tarifunfähigkeit der D auch für den Betriebsprüfungszeitraum vom 01.12.2005 bis zum 31.12.2009 angenommen werden kann.

1. Eine gerichtliche Feststellung der Tarifunfähigkeit der D für den streitigen Zeitraum liegt derzeit nicht vor. Die Entscheidung des BAG vom 14.12.2010 ([1 ABR 19/10](#)) hat die Tarifunfähigkeit der Tarifgemeinschaft D vielmehr nur gegenwartsbezogen festgestellt. Das BAG hat in der vg. Entscheidung lediglich festgestellt, dass die D im Zeitpunkt der letzten Verhandlung in der Rechtsbeschwerdeinstanz tarifunfähig ist (so auch Zeppenfeld/Faust, NJW 2011, 1643 (1643)). Hierbei hat sich das BAG - wie auch das SG Hamburg in der Entscheidung vom 18.11.2011 ([S 51 R 1149/11 ER](#)) ausgeführt hat - an der Antragstellung der die Feststellung begehrenden Beteiligten orientiert und den Gegenwartsbezug auch ausdrücklich betont (BAG, a.a.O., Rn. 33). Der Streitgegenstand der D-Entscheidung vom 14.12.2010 umfasste nur den gegenwartsbezogenen Antrag (auf Feststellung, dass die D "tarifunfähig ist"), nicht hingegen die Vergangenheit. Andernfalls wäre der Antrag nämlich wegen doppelter Rechtshängigkeit unzulässig gewesen ([§ 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO](#)).

Demzufolge erstreckt sich die materielle Rechtskraftwirkung des D-Beschlusses nicht auf die Zeit vor dem 14.12.2010 (Lembke, NZA 2011,

1062 (1066); a.A. Segebrecht, jurisPK-ArbR 33/2011 Anm. 1). Auch die Landesarbeitsgerichte (LAG) gehen derzeit überwiegend davon aus, dass eine vergangenheitsbezogene Feststellung von der Entscheidung des BAG nicht Streitbefangen war und haben arbeitsgerichtliche Verfahren, in denen im Rahmen von Lohnklagen die Vergangenheitsbezogenheit der festgestellten Tarifunfähigkeit fraglich ist, im Hinblick auf insoweit anhängige Beschlussverfahren nach [§ 97 Abs. 5 Satz 1 ArbGG](#) ausgesetzt (etwa LAG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 15.06.2011 - [6 Ta 99/11](#), LAG Baden-Württemberg, Beschl. v. 21.06.2011 - [11 Ta 10/11](#), LAG Hamm, Beschl. v. 28.09.2011 - [1 Ta 500/11](#), LAG Köln, Beschl. v. 14.10.2011 - [13 Ta 284/11](#), LAG Nürnberg, Beschl. v. 19.09.2011 - [2 Ta 128/11](#); so auch Neef, NZA 2011, 615 (616), Friemel, NZS 2011, 851).

Die Tarifunfähigkeit der D im Streitbefangenen Zeitraum steht damit derzeit jedenfalls nicht materiell rechtskräftig fest. Die Kammer hält es auch nicht für sachgerecht, "durchzuentcheiden", weil man die streitige Frage des Vergangenheitsbezugs etwa bereits durch die Entscheidungsgründe des BAG vom 14.12.2010 für beantwortet hält (so aus der Sicht der Deutschen Rentenversicherung Diepenbrock, jurisPK-ArbR 1/2012 Anm. 7). Ein solches "Durchentscheiden" hätte zur Folge, dass sozialgerichtlich über die primär arbeitsrechtliche Frage der "Unwirksamkeit der (Tarif-) Vereinbarung" i. S. d. [§ 10 Abs. 4 AÜG](#) einschließlich der inzident zu beantwortenden Frage des Vergangenheitsbezugs der Tarifunfähigkeit der D zu entscheiden wäre. Eine solche sozialgerichtliche Entscheidung ließe sich mit dem gegliederten Rechtsschutzsystem nicht vereinbaren, zumal arbeitsgerichtlich diese Fragestellung noch nicht beantwortet ist. Vielmehr ist es sachgerecht, die "Unwirksamkeit der Vereinbarung" i. S. d. [§ 10 Abs. 4 Satz 4 AÜG](#) erst dann zu bejahen, wenn und sobald im Wege des Beschlussverfahrens nach [§ 2a Abs. 1 Nr. 4 ArbGG](#) materiell rechtskräftig festgestellt ist, dass die D auch in der Vergangenheit nicht tariffähig gewesen ist, da gerade durch einen solchen Beschluss eine Rechtskraftwirkung gegenüber "jedermann" bewirkt wird.

Eine Aussetzung gem. [§ 97 Abs. 5 Satz 1 ArbGG](#) kommt in dem vorliegenden Verfahren auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes gleichfalls nicht in Betracht.

Auch in der Literatur wird ganz überwiegend die Auffassung vertreten, dass für die Vergangenheit die Tarifunfähigkeit weder festgestellt worden ist, noch aus den Entscheidungsgründen der Entscheidung vom 14.12.2010 abgeleitet werden kann (so Zeppenfeld/Faust, NJW 2011, 1643 (1643); Lembke, NZA 2011, 1062 (1067); Friemel, NZS 2011, 851 (851); a.A. Schlegel, NZA 2011, 380 (381)).

Das Vorbringen der Antragsgegnerin, aus den Ausführungen des BAG ergebe sich ohne Weiteres, dass die D auch vor dem 14.12.2010 tarifunfähig gewesen sei, weil nicht erkennbar sei, dass sich die tatsächlichen Verhältnisse wesentlich geändert hätten, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Würde man eine solche Feststellung in die Entscheidung des BAG hineinlesen wollen, wäre nicht plausibel, weshalb das BAG umfassend herausgearbeitet hat, dass und aus welchen Gründen sich der Feststellungsausspruch nur auf die Gegenwart bezieht. Hätte das BAG die Feststellungen auch auf die Vergangenheit ausdehnen wollen, wäre die vorgenommene Differenzierung zwischen vergangenheitsbezogener Feststellung einerseits und gegenwartsbezogener Feststellung andererseits entbehrlich gewesen.

(II.) Letztlich kann die Frage, ob die D im Zeitraum vom 01.12.2005 bis zum 31.12.2009 tarifunfähig gewesen ist, auf sich beruhen. Ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Bescheides vom 26.09.2011 bestehen darüber hinaus auch deshalb, weil die nacherhobenen Sozialversicherungsbeiträge der Höhe nach nicht ordnungsgemäß ermittelt worden sind. Es begegnet ernstlichen Zweifeln, ob die Antragsgegnerin berechtigt ist, auf Grundlage der in dem Bescheid vom 26.09.2011 zugrunde gelegten Arbeitsentgeltpauschalen zu berechnen. Allein diese Rechtsfehler werden einem Anfechtungsrechtsbehelf in der Hauptsache voraussichtlich zum Erfolg verhelfen.

Grundsätzlich ist der Träger der Rentenversicherung verpflichtet, Beitragsansprüche auf der Basis personenbezogener Arbeitsentgelte zu berechnen. Ausnahmsweise kann der prüfende Träger der Rentenversicherung nach [§ 28f Abs. 2 SGB IV](#) nach Maßgabe der in dieser Vorschrift genannten tatbestandlichen Voraussetzungen einen sog. Summenbescheid erlassen. Soweit der prüfende Träger der Rentenversicherung die Höhe der Arbeitsentgelte nicht oder nicht ohne unverhältnismäßig großen Verwaltungsaufwand ermitteln kann, hat er diese zu schätzen, wobei für das monatliche Arbeitsentgelt eines Beschäftigten das am Beschäftigungsort ortsübliche Arbeitsentgelt mitzuberücksichtigen ist ([§ 28f Abs. 2 Satz 3](#) und 4 SGB IV).

Da die Antragsgegnerin die mit Bescheid vom 26.09.2011 nachgeforderten Sozialversicherungsbeiträge nicht auf der Basis personenbezogener Arbeitsentgelte ermittelt, sondern -wie in dem mit Widerspruch angefochtenen Bescheid von der Antragsgegnerin selbst eingeräumt- "Arbeitsentgelte unter Berücksichtigung einer Pauschale" zugrunde gelegt hat, ist die Schätzung nur zulässig, sofern die tatbestandlichen Voraussetzungen des [§ 28f Abs. 2 Satz 3 SGB IV](#) erfüllt waren. Zur Überzeugung der Kammer hat die Antragsgegnerin allerdings nicht nachgewiesen, dass die Ermittlung der Arbeitsentgelte bzw. Arbeitsentgeltdifferenzen der betroffenen Leiharbeitnehmer nicht oder nicht ohne unverhältnismäßig großen Verwaltungsaufwand ermittelt werden konnte. Überdies sind -selbst bei Annahme einer dem Grunde nach zulässigen Schätzung- die Schätzungsgrundlagen nicht hinreichend nachvollziehbar.

1. Dem Grunde nach ist eine Schätzung nur zulässig, wenn die Feststellung der individuellen (personenbezogenen) Arbeitsentgelte nicht oder nur mit unverhältnismäßig großem Aufwand feststellbar sind. Die in [§ 28f Abs. 2 SGB IV](#) enthaltene Regelung stellt keine Ausnahme vom Amtsermittlungsgrundsatz ([§ 20 SGB X](#)) dar, sondern beschränkt die an sich möglichen Ermittlungen nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auf ein zumutbares Maß (Werner, in: jurisPK-SGB IV, 2. Aufl. 2011, § 28f Rn. 57). Bei näherer Betrachtung erscheint fraglich, ob die Antragsgegnerin die ihr an sich möglichen Erkenntnisquellen vollständig ausgeschöpft hat und im Sinne einer "ultima ratio" auf eine Schätzung nach [§ 28 Abs. 2 Satz 3 SGB IV](#) zurückgreifen durfte. Vielmehr stützt der Akteninhalt und das Vorbringen der Antragsgegnerin die Annahme, dass die Antragsgegnerin - ohne zuvor die ihr an sich möglichen Ermittlungen angestellt zu haben - im Wesentlichen aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung eine Schätzung vorgenommen hat.

Nach dem Inhalt der Verwaltungsakte wurde die Antragstellerin erstmals mit Schreiben vom 16.06.2011 über die Absicht informiert, etwa sechs Wochen später (vom 26.07.2011 bis zum 05.08.2011) eine Betriebsprüfung durchzuführen. Zugleich wurde der Antragstellerin aufgegeben, umfangreiche Unterlagen für die Zeit ab dem 01.12.2005 bereitzuhalten. Dass die Antragstellerin überhaupt in der Lage gewesen wäre, sämtliche von der Antragsgegnerin verlangten Unterlagen innerhalb dieses Zeitraums beizuziehen, liegt für die Kammer nicht nahe. Dieses gilt vor dem Hintergrund des Inhalts des Schriftsatzes der Antragstellerin vom 03.07.2011 auch, wenn man berücksichtigt, dass die Betriebsprüfung im Einvernehmen mit den Beteiligten erst im September 2011 durchgeführt worden ist.

Nach dem Inhalt der Verwaltungsakte ist nicht ersichtlich, dass die Antragsgegnerin nennenswerte eigene Ermittlungen angestellt hat, um

individuell die Höhe des Arbeitsentgeltes bzw. zur Höhe der Arbeitsentgelt Differenz festzustellen. Sie hat vielmehr von jeglichen eigenen Ermittlungsbemühungen abgesehen, wozu sie jedoch verpflichtet gewesen wäre (Friemel, NZS 2011, 851 (854) unter Hinweis auf LSG Berlin-Brandenburg v. 09.07.2003 - [L 9 KR 373/01](#)). Eine solche eigene Ermittlungspflicht trifft die Antragsgegnerin auch dann, wenn den Arbeitgeber eine Verletzung der Aufsichtspflicht trifft (Friemel, a.a.O.). So ist die Antragstellerin beispielsweise weder mit den (am Verwaltungsverfahren gemäß [§ 12 Abs. 2 SGB X](#) ggf. zu beteiligenden) Leiharbeitnehmern selbst in Kontakt getreten. Diese Möglichkeit hätte ihr offen gestanden, da die Leiharbeitnehmer namentlich bekannt gewesen sind und - hierfür sprechen jedenfalls verschiedene, in der Verwaltungsakte enthaltenen Kopien diverser Arbeitsverträge - die postalische Wohnortanschrift der betroffenen Arbeitnehmer bekannt war. Die in der Verwaltungsakte befindlichen Arbeitsverträge enthalten zudem auch eine kurze Charakterisierung oder Beschreibung der von dem Leiharbeitnehmern zu leistenden Tätigkeit. Ebenso wenig hat sich die Antragsgegnerin bemüht, die Anschriften der Entleiher zu erlangen, obwohl ihr diesen gegenüber ein Auskunftsanspruch gem. [§ 98 Abs. 3 SGB X](#) zur Seite gestanden hätte (Roos, in: von Wulffen (Hrsg.), SGB X, 6. Aufl. 2008, § 98 Rn. 18; Zeppenfeld/Faust, NJW 2011, 1643 (1646)). Hiernach besteht eine Auskunftsspflicht solcher Personen, die zwar nicht Arbeitgeber sind, aber wie ein Arbeitgeber Beiträge für kraft Gesetzes versicherte Personen zu entrichten haben.

Für die Kammer ist vor diesem Hintergrund nicht plausibel, aus welchen tatsächlichen Gründen einzelfallbezogene Ermittlungsansätze gänzlich und von vornherein ausgeschlossen gewesen sein sollen. Jedenfalls ist nach Auffassung des Gerichts der bloße Hinweis der Antragsgegnerin, die Antragstellerin habe im Vorfeld der Betriebsprüfung keine ausreichenden Vorarbeiten geleistet und zudem die Kontaktaufnahme mit Entleihern verweigert, keine hinreichende Grundlage, die Arbeitsentgelte der Höhe nach zu schätzen. Entsprechende Ermittlungen hätten zur Überzeugung des Gerichts auch keinen unverhältnismäßigen Verwaltungsaufwand zur Folge gehabt, zumal angesichts der Höhe der Beitragsforderungen mit Blick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ein erhöhter Ermittlungsaufwand beansprucht werden kann.

Für die Annahme, dass die Antragsgegnerin vorrangig aus bloßen Vereinfachungsüberlegungen auf eine Schätzung zurückgegriffen hat, spricht auch, dass die DRV Bund, der GKV-Spitzenverband, die Deutsche Gesetzliche Unfallversicherung sowie die Bundesagentur für Arbeit in einer gemeinsamen Presseerklärung vom 18.03.2011 angekündigt haben, dass die Rentenversicherungsträger ab Juli 2011 im Hinblick auf die Folgen der D-Entscheidung Betriebsprüfungen in den Leiharbeitsfirmen durchführen werden. Für Fälle, "in denen sich die Höhe der "Equal Pay" Ansprüche nicht oder nicht ohne unverhältnismäßigen Aufwand ermitteln lässt, seien Vereinfachungslösungen denkbar. Solche Lösungen und entsprechende Handlungsempfehlungen für die Leiharbeitgeber könnten zwischen den betroffenen Akteuren vereinbart werden" (Presseerklärung vom 18.03.2011; <http://www.deutsche-rentenversicherung.de>). Für die Kammer lässt die in dieser Presseerklärung enthaltene Einladung zur Vereinbarung verwaltungspraktikabler Lösungen den Schluss zu, dass es der Antragsgegnerin vorrangig darum ging, dem Grunde nach erforderliche und umfangreiche Ermittlungen zur Feststellung der exakten Beitragsforderungen zu vermeiden. Dies ist überdies auch deshalb nicht unproblematisch, weil solche vereinfachenden Lösungen u. U. zu erheblichen Nachteilen der Versicherten führen können (hierzu auch Schlegel, NZA 2011, 380 (384)).

2. Letztlich kann die Frage, ob die Antragsgegnerin dem Grunde nach zu einer Schätzung befugt ist, auf sich beruhen. Es ist jedenfalls davon auszugehen, dass die Schätzung der Höhe nach in einem Hauptsacheverfahren voraussichtlich keinen Bestand haben wird.

Im Bescheid vom 26.09.2011 ist die Antragsgegnerin zur Bemessung der Beiträge "von einer durchschnittlichen Differenz zwischen den gezahlten Arbeitsentgelten und den Arbeitsentgeltansprüchen der Stammarbeitnehmer in Entleihbetrieben von 12% ausgegangen." Hierbei hat sie sich auf eine Studie des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (IAB) berufen. Nähere Angaben zum Inhalt dieser Studien sind in dem Bescheid nicht enthalten. Insoweit ist eine nachvollziehbare Überprüfung der Schätzung schon im Ansatz nicht möglich. Darüber hinaus ist auch nicht ersichtlich, dass und inwieweit der von [§ 28f Abs. 2 Satz 3](#) a. E. SGB IV geforderte ausdrückliche Bezug zu dem am Beschäftigungsort ortsüblichen Arbeitsentgelt in dieser vergleichenden Berechnung mitberücksichtigt worden ist.

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

(IV.) Die Kammer hat den gem. [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i.V.m. [§§ 63 Abs. 2](#), [52 Abs. 1](#) und [Abs. 2](#), [47 Abs. 1](#) Gerichtskostengesetz (GKG) festzusetzenden Streitwert in Höhe von einem Viertel des Hauptsachestreitwertes einschließlich Säumniszuschläge zugrunde gelegt und sich hierbei - auch im Interesse an einer einheitlichen Rechtsanwendung - an der Rechtsprechung des LSG Nordrhein-Westfalen orientiert (LSG NRW, Beschl. v. 27.07.2009 - [L 8 B 5/09 R ER](#); LSG NRW, Beschl. v. 31.08.2009 - [L 8 B 11/09 R](#), Beschl. v. 03.09.2009 - [L 8 B 12/09 R](#) (juris)).

Rechtskraft
Aus
Login
NRW
Saved
2012-02-09