L 11 R 3954/12 ER-B

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
11
1. Instanz
SG Stuttgart (BWB)
Aktenzeichen
S 18 R 4408/12 ER
Datum
14.09.2012
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 11 R 3954/12 ER-B
Datum
19.11.2012
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Beschluss
Leitsätze
Bis zur Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 14.12.2010 bestand keine Verpflichtung, in den Verträgen nach § 12 AÜG Angaben über das Arbeitsentgelt für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers aufzunehmen, wenn die Vertragsparteien (Verleiher und Entleiher) aufgrund der mit der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP) geschlossenen Tarifverträge davon ausgehen durften, dass dadurch die in § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG und § 9 Nr. 2 AÜG genannten Ausnahmen vorliegen.
Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Sozialgerichts Stuttgart vom 14.09.2012 aufgehoben. Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin vom 25.07.2012 gegen den Bescheid der Antragsgegnerin 06.07.2012 wird angeordnet.

Die Kosten des Antrags- und Beschwerdeverfahrens trägt die Antragsgegnerin.

Der Streitwert für das Antrags- und Beschwerdeverfahren wird auf je 21.108,59 Euro festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin wendet sich mit ihrer Beschwerde gegen den Beschluss des Sozialgerichts Stuttgart (SG) vom 14.09.2012, mit dem das SG ihren Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin vom 25.07.2012 gegen den Bescheid vom 06.07.2012 abgelehnt hat.

Die Antragstellerin betreibt in der Rechtsform einer GmbH ein Unternehmen im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung und verfügt über eine Erlaubnis nach § 1 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG). In den Arbeitsverträgen der von ihr beschäftigten Leiharbeitnehmer wurde auf Tarifverträge zwischen dem Arbeitgeberverband Mittelständischer Personaldienstleister (AMP) und der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP) verwiesen. Auf Basis der dort vorgesehenen Vergütung wurden im Zeitraum vom 01.01. bis zum 31.12.2009 die Sozialversicherungsbeiträge für die beschäftigten Leiharbeitnehmer gezahlt sowie Meldungen und Beitragsnachweise abgegeben.

In der Zeit vom 25.11.2011 bis zum 04.04.2012 führte die Antragsgegnerin bei der Antragstellerin eine Betriebsprüfung durch, die den Zeitraum vom 01.01. bis 31.12.2009 umfasste. Mit Bescheid vom 06.07.2012 setzte die Antragsgegnerin eine Beitragsnachforderung in Höhe von 42.217,65 Euro für die Zeit vom 01.01.2009 bis 31.12.2009 fest. Dem Bescheid war eine Anlage beigefügt, in der Erläuterungen zur Berechnung enthalten sind. Die Antragstellerin begründete die Beitragsnachforderung damit, dass der Tarifvertrag zwischen dem AMP und der CGZP nach der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 14.12.2010 (1 ABR 19/10, BAGE 136, 302) unwirksam sei und die Leiharbeitnehmer deshalb nach § 10 Abs 4 AÜG den Lohn beanspruchen könnten, der der im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer gezahlt werde (Grundsatz des ?Equal Pay?). Im Beitragsrecht der Sozialversicherung gelte nach § 22 Abs 1 Satz 1 Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) für laufendes Entgelt das sog Entstehungsprinzip. Die Beitragsansprüche der Sozialversicherungsträger entstünden, sobald ihre im Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes bestimmten Voraussetzungen vorliegen. Bemessungsentgelt für die Beitragsansprüche sei deshalb nicht das vom Arbeitgeber tatsächlich gezahlte, sondern das von ihm geschuldete Arbeitsentgelt. Nach § 28 f Abs 2 Satz 3 SGB IV habe der prüfende Rentenversicherungsträger die Höhe der Arbeitsentgelte zu schätzen, wenn diese nicht oder nicht ohne unverhältnismäßig großen Verwaltungsaufwand ermittelt werden können. Zwar sei hier feststellbar, dass Arbeitsentgelte grundsätzlich bestimmten Beschäftigten zuzuordnen sind, jedoch sei vorliegend die personenbezogene Ermittlung der

jeweils geschuldeten Arbeitsentgelte - wenn überhaupt - nur mit unverhältnismäßig großem Aufwand möglich. Denn im Zeitraum vom 01.01. bis 31.12.2009 hätten im Betrieb der Antragsgegnerin insgesamt 809 Beschäftigungsverhältnisse vorgelegen. Die Überlassung der Mitarbeiter sei an ca 47 Entleiher erfolgt. Bei den Entleihern seien teilweise keine vergleichbaren Stammarbeitnehmer beschäftigt worden. Zudem existierten keine geltenden Tarifverträge für die betroffenen Entleiher bzw die jeweiligen Wirtschaftszweige, die für eine Ermittlung der Equal Pay-Ansprüche herangezogen werden könnten. Nach ihren Ermittlungen betrage die durchschnittliche Lohndifferenz zwischen Leiharbeitnehmern und vergleichbaren Stammarbeitnehmern in Entleihbetrieben 24 %. Dieser Prozentwert gründe sich im Wesentlichen auf die Studie des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschungen (IAB) ?Lohndifferenzial Zeitarbeit? vom 14.04.2011. Im Betrieb der Antragstellerin sei sie allerdings lediglich von einer durchschnittlichen Differenz zwischen den gezahlten Arbeitsentgelten und den Ansprüchen der Stammarbeitnehmer in Entleihbetrieben in Höhe von 13,5 % ausgegangen. Denn es sei zu berücksichtigen gewesen, dass die Antragstellerin ihren Beschäftigten höhere Arbeitsentgelte gezahlt habe als dies in dem CGZP-Tarifvertrag vorgesehen war, auf den in den Arbeitsverträgen verwiesen werde. Aufgrund der übertariflichen Vergütung im Betrieb der Antragstellerin reduziere sich die anhand der IAB-Studie zugrundezulegende durchschnittliche Lohndifferenz.

Gegen diesen Bescheid legte die Antragstellerin am 25.07.2012 Widerspruch ein. Gleichzeitig beantragte sie nach § 86a Abs 3 Satz 1 Sozialgerichtsgesetz (SGG), die sofortige Vollziehung des Beitragsbescheides auszusetzen. Nachdem die Antragsgegnerin dies mit Schreiben vom 30.07.2012 abgelehnt hatte, hat die Antragstellerin am 09.08.2012 beim SG den Antrag gestellt, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs anzuordnen. Sie macht geltend, die Antragsgegnerin sei zu einer Schätzung des Arbeitsentgelts nicht berechtigt gewesen. Sie habe ihre Aufzeichnungspflichten nicht verletzt. Für sie als Arbeitgeberin habe jedenfalls bis zur Entscheidung des BAG vom 14.12.2010 kein Anlass bestanden, personenbezogen die jeweiligen vergleichbaren Lohnansprüche der festangestellten Arbeitnehmer aufzuzeichnen. Außerdem werde nicht berücksichtigt, dass die gezahlten Nettoauslösungen beim Vergleichslohn hätten herangezogen werden müssen. Die Antragstellerin hat außerdem mehrere Entscheidungen von Sozialgerichten und Landessozialgerichten zu den Akten gereicht, durch die sie sich in ihrer Rechtsauffassung bestätigt sieht.

Die Antragsgegnerin ist dem Antrag entgegengetreten. Sie trägt vor, der Beschluss des BAG vom 14.12.2009 entfalte Rückwirkung und bestätige auch für den streitgegenständlichen Zeitraum, dass die CGZP nicht tariffähig gewesen sei. Die Antragstellerin genieße keinen Vertrauensschutz, da das BAG die Tariffähigkeit der CGZP nicht beendet, sondern die Tarifunfähigkeit deklaratorisch festgestellt habe. Nach den Angaben der Antragstellerin seien bei den jeweiligen Entleihfirmen keine vergleichbaren Stammmitarbeiter beschäftigt und auch keine vergleichbaren Tarifverträge zu einem Equal-Pay-Lohn geführt worden. Somit habe von der Antragstellerin kein geeigneter Equal-Pay-Lohn vorgelegt werden können. Die Unterlagen der Antragstellerin seien folglich objektiv unvollständig und deshalb eine personenbezogene Ermittlung der jeweils geschuldeten Arbeitsentgelte nur mit unverhältnismäßig hohem Aufwand möglich gewesen. Sie sei verpflichtet gewesen, die Arbeitsentgelt zu schätzen.

Das SG hat den Antrag mit Beschluss vom 14.09.2012 abgewiesen und den Streitwert auf 10.554,41 Euro festgesetzt. Ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Beitragsforderung bestünden nicht. Nach § 10 Abs 4 AÜG sei der Verleiher verpflichtet, dem Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung an den Entleiher die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren. Dies gelte nur dann nicht, wenn ein auf das Arbeitsverhältnis anzuwendender Tarifvertrag abweichende Regelungen treffe. Dies sei hier nicht der Fall, da der zwischen dem AMP und der CGZP geschlossene Tarifvertrag unwirksam sei. Die Antragsgegnerin sei berechtigt gewesen, die von der Antragstellerin geschuldeten Arbeitsentgelte zu schätzen. Die Antragstellerin habe ihre Aufzeichnungspflichten verletzt. Diese umfassten nicht nur das gezahlte sondern auch das geschuldete Entgelt. Auch in Bezug auf die Höhe der Schätzungen bestünden nach summarischer Prüfung keine Bedenken. Der Beschluss ist der Antragstellerin am 14.09.2012 zugestellt worden.

Am 19.09.2012 hat die Antragstellerin Beschwerde eingelegt, mit der sie ihr Vorbringen im Verwaltungs- und Antragsverfahren wiederholt.

Die Antragstellerin beantragt,

den Beschluss des Sozialgerichts Stuttgart vom 14.09.2012 aufzuheben und die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs vom 25.07.2012 gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 06.07.2012 anzuordnen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Beschwerde der Antragstellerin zurückzuweisen.

Sie hält den angefochtenen Beschluss für zutreffend.

II.

Die Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig.

Die gemäß § 173 Sozialgerichtsgesetz (SGG) form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde der Antragstellerin ist nicht nach § 172 Abs 3 Nr 1 SGG in der seit 11.08.2010 geltenden Fassung des Art 6 Drittes Gesetz zur Änderung des Vierten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze vom 05.08.2010 (BGBl I S 1127) ausgeschlossen. Denn in der Hauptsache wäre die Berufung nicht unzulässig, da sich die Antragstellerin gegen die Festsetzung von Sozialversicherungsbeiträgen iHv 42.217,65 Euro wendet (Bescheid der Antragsgegnerin vom 06.07.2012).

Die Beschwerde ist auch begründet.

Der von der Antragstellerin erhobene Widerspruch gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 06.07.2012 hat nicht bereits kraft Gesetzes aufschiebende Wirkung. Nach Abs 1 des mit Wirkung vom 02.01.2002 durch Art 1 Nr 35 des Sechsten Gesetzes zur Änderung des Sozialgerichtsgesetzes (6. SGGÄndG) vom 17.08.2001 (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. 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 (Beschlüsse des Senats vom 11.05.2011, L 11 R 1075/11 ER-B, 11.05.2010, 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. 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 Hauptsachverfahrens, dem konkreten Vollziehungsinteresse und der für die Dauer einer möglichen aufschiebenden Wirkung drohenden Rechtsbeeinträchtigung (Beschluss des Senats vom 06.05.2010, L 11 R 1806/10 ER-B). Dabei sind auch 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.

Der Senat geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass bei Beitragsstreitigkeiten ernstliche Zweifel in Sinne des § 86a Abs 3 Satz 2 SGG nur dann vorliegen, wenn ein Obsiegen des Antragstellers in der Hauptsache wahrscheinlicher ist als ein Unterliegen (vgl Beschluss vom 28.06.2010, L 11 R 1903/10 ER-B, nv). 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 01.07.2004, L 5 B 2/04 KR ER mwN, 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 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 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V), § 174 Abs 1 Sechstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB VI) sowie § 60 Abs 1 Satz 2 Elftes Buch Sozialgesetzbuch (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 Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) auch für die Arbeitsförderung. Nach § 28e Abs 1 Satz 1 SGB IV hat den Gesamtsozialversicherungsbeitrag der Arbeitgeber zu zahlen. 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 01.01.2003 haben Leiharbeitnehmer Anspruch auf Arbeitsentgelt in gleicher Höhe wie vergleichbare Stammarbeitnehmer der Entleihbetriebe. 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). Mit Beschluss vom 14.12.2010 (1 ABR 19/10, BAGE 136,302) stellte das BAG jedoch fest, dass die CGZP nicht tariffähig ist. Dies gilt auch für den hier streitigen Zeitraum (BAG 23.05.2012, 1 ARB 58/11) 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 der Entleihbetriebe 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 aaO). Deshalb ist unerheblich, ob die Leiharbeitnehmer diese Entgeltansprüche geltend machen oder geltend machen können. Im Beitragsrecht des Sozialgesetzbuches gilt grundsätzlich das sogenannte Entstehungsprinzip und - anders als im Steuerrecht - nicht das Zuflussprinzip (ständige Rspr, zB BSG 30.08.1994, 12 RK 59/92, juris; Urteil des Senats vom 16.08.2011, L 11 R 6067/09, juris; LSG Baden-Württemberg 27.03.2009, L 4 KR 1833/07, juris).

Der Bescheid der Beklagten vom 06.07.2012 ist jedoch deshalb mit großer Wahrscheinlichkeit rechtswidrig, weil die Beklagte nicht berechtigt war, die Höhe des Arbeitsentgelts zu schätzen. Nach § 28f Abs 2 Satz 3 SGB IV kann der Rentenversicherungsträger im Rahmen einer Betriebsprüfung den Gesamtsozialversicherungsbeitrag von der Summe der vom Arbeitgeber gezahlten Entgelte geltend machen und zudem nach Satz 3 der Vorschrift die Höhe der geschuldeten Arbeitsentgelte schätzen, soweit er diese nicht oder nicht ohne unverhältnismäßig großen Verwaltungsaufwand ermitteln und einem bestimmten Beschäftigten zuordnen kann (sog Beitragssummenbescheid). Grundvoraussetzung eines Vorgehens nach § 28f Abs 2 SGB IV ist jedoch, dass der Arbeitgeber seine Aufzeichnungspflicht nicht ordnungsgemäß erfüllt hat und dadurch die Versicherungs- oder Beitragspflicht oder die Beitragshöhe nicht festgestellt werden kann. Diese 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 14.08.2012, L 6 R 223/12 B ER; LSG Schleswig - Holstein, 20.4.2012, L 5 KR 9/12 B ER mwN; beide veröffentlicht in juris). Nach ihrem eigenen Vorbringen war der Antragsgegnerin die Feststellung des beitragspflichtigen Arbeitsentgelts im vorliegenden Fall deshalb nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Aufwand möglich, weil die Antragstellerin keinen geeigneten Equal-Pay-Lohn hat vorlegen können. 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 01.01.2012: Entgeltunterlagen) zu führen und bis zum Ablauf des auf die letzte Prüfung nach § 28p SGB IV folgenden Kalenderjahres aufzubewahren. Zu diesen Lohnuterlagen gehören auch die zwischen dem Verleiher und dem Entleiher nach § 12 AÜG geschlossenen Verträge. In diesen Verträgen, die schriftlich abzuschließen sind, muss ua 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 23.12.2002 (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 23.12.2003 (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 von § 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).

Bis zur Entscheidung des BAG vom 14.12.2010 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 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 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. 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 zu diesem Gesichtspunkt BGH 16.09.2009, IV ZR 246/08, VersR 2009, 1659). Bis zur Entscheidung des BAG vom 14.12.2010 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 07.02.2002, B 12 KR 12/01 R, NZS 2002, 593 verneint). Geht eine Obliegenheit ins Leere, kann sie schon tatbestandlich nicht verletzt werden. Die Frage des Verschuldens stellt sich in diesem Fall nicht.

Ob die Antragsgegnerin unabhängig davon aus anderen Gründen berechtigt ist, die Höhe des Arbeitsentgelts zu schätzen, erscheint fraglich. Die Entscheidung dieser Frage muss dem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben. Nach dem derzeitigen Stand der Rechtsprechung müsste diese Frage wohl verneint werden.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 197 a SGG iVm § 154 Abs 1 Verwaltungsgerichtsordnung.

Der Streitwert des Beschwerdeverfahrens wird nach § 197 a SGG iVm §§ 63 Abs 1, 52 Abs 1 und 2 Gerichtskostengesetz (GKG) entsprechend der ständigen Praxis des Senats auf die Hälfte der streitigen Beitragsforderung - vorliegend also 1/2 aus 42.217,65 Euro, mithin 21.108,59 Euro - festgesetzt. Gleichzeitig wird die Streitwertfestsetzung 1. Instanz (bisher: 10.554,41 Euro) von Amts wegen geändert (§ 63 Abs 3 GKG).

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 177 SGG).
Rechtskraft
Aus
Login
BWB
Saved
2012-12-20