

L 4 R 4381/12 ER-B

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
4
1. Instanz
SG Heilbronn (BWB)
Aktenzeichen
S 5 R 2714/12 ER
Datum
27.09.2012
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 4 R 4381/12 ER-B
Datum
05.03.2013
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Beschluss
Leitsätze

Es ist fraglich, ob ein Arbeitsgeber, der Arbeitnehmer verliehen und in den Arbeitsverträgen auf mit der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen geschlossene Tarifverträge verwiesen hat, bis zum Beschluss des Bundesarbeitsgerichts vom 14. Dezember 2010 ([1 ABR 19/10](#)) seine Aufzeichnungspflichten verletzt hat und der Rentenversicherungsträger deshalb berechtigt ist, die Höhe der Arbeitsentgelte zu schätzen.

Die Beschwerde der Antragsgegnerin gegen den Beschluss des Sozialgerichts Heilbronn vom 27. September 2012 wird zurückgewiesen.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert wird endgültig für das erstinstanzliche Verfahren auf EUR 9.039,77 und für das Beschwerdeverfahren auf EUR 8.720,01 festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin wendet sich im Verfahren auf vorläufigen Rechtsschutz gegen die Nachforderung von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen einschließlich Umlagen nach dem bis 31. Dezember 2005 geltenden Lohnfortzahlungsgesetz (LFZG) und dem seit 1. Januar 2006 geltenden Aufwendungsausgleichsgesetz (AAG) sowie für das Insolvenzgeld (im Folgenden einheitlich Gesamtsozialversicherungsbeiträge) seitens der Antragsgegnerin.

Die Antragstellerin betreibt seit 2006 mit Erlaubnis nach [§ 1](#) Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) ein Unternehmen im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung. Sie beschäftigt ca. 300 Leiharbeiter. In den Arbeitsverträgen wurde 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.

Am 27. September 2010 führte die Antragsgegnerin bei der Antragstellerin eine stichprobenweise Betriebsprüfung für den Zeitraum vom 23. Mai 2006 bis 31. Dezember 2009 durch und forderte mit Bescheid vom selben Tag Gesamtsozialversicherungsbeiträge in Höhe von EUR 768,07 für die Jahre 2007 bis 2009 wegen der Privatnutzung eines Firmenfahrzeugs durch eine Arbeitnehmerin nach. Die vom Arbeitgeber übernommenen Steueranteile seien als geldwerter Vorteil ebenfalls sozialversicherungspflichtig.

Mit Beschluss vom 14. Dezember 2010 stellte das Bundesarbeitsgericht ((BAG) [1 ABR 19/10](#) in juris) die Unwirksamkeit des Tarifvertrages 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 Tarifvertrages folgenden equal pay-Ansprüche der Arbeitnehmer seien Grundlage für die Bemessung der Gesamtsozialversicherungsbeiträge. 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 Leiharbeiter Tarifverträge der CGZP angewandt habe, sei diese verpflichtet, Gesamtsozialversicherungsbeiträge 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 Arbeitsentgelts 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.

Die Antragsgegnerin führte vom 30. März 2012 bis 2. August 2012 eine Betriebsprüfung über den Zeitraum 23. Mai 2006 bis 2. August 2012 bei der Antragstellerin durch. Diese ergab, dass nur Helfer beschäftigt waren, zu 70 % bei einem Entleiher, bei dem der equal pay-Anspruch 11,53 % (Stundenlohn des Entleihers EUR 8,70, von der Antragstellerin gezahlt EUR 7,80) ausmachte, bei den übrigen 16,96 %, woraus sich ein Durchschnitt von 13,79 % ergab. Dieser wurde um die unproduktiven Zeiten (29,15 %) reduziert, woraus ein Prozentsatz von 9,77 % folgte und ein Gesamtbruttoarbeitsentgelt für die equal pay-Ansprüche von EUR 85.408,00 ergab. Die Antragsgegnerin löschte aus der CGZP-Datei die internen Mitarbeiter und Elektriker, Maler und Lackierer mit einem gesetzlichen Mindestlohnanspruch, der auch gezahlt wurde. Ab Februar 2010 wurden die Mitarbeiter sukzessive auf einen anderen Tarifvertrag umgestellt, ab Mai 2010 fiel kein Mitarbeiter mehr unter den Tarifvertrag der CGZP (Aktenvermerk der Antragsgegnerin vom 2. August 2012).

Mit Bescheid vom 2. August 2012 forderte die Antragsgegnerin von der Antragstellerin Gesamtsozialversicherungsbeiträge in Höhe von EUR 36.159,09 nach. Nach dem im Beitragsrecht der Sozialversicherung geltenden Entstehungsprinzip sei Bemessungsgrundlage für laufendes Entgelt das geschuldete Arbeitsentgelt, vorliegend der Arbeitsentgeltanspruch eines vergleichbaren Stammarbeitnehmers im Unternehmen des Entleihers, unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer diesen geltend mache. Da im Zeitraum 1. Juni 2006 bis 31. Juni 2010 ca. 400 Beschäftigungsverhältnisse vorgelegen hätten, von denen eine große Anzahl nur bis zu drei Monaten gedauert habe, seien die maßgeblichen Arbeitsentgelte für jeden Leiharbeitnehmer nach [§ 28f Abs. 2 Satz 3 SGB IV](#) geschätzt worden, obwohl die Arbeitsentgelte bestimmten Beschäftigten hätten zugeordnet werden können. Wegen der großen Anzahl der zu prüfenden Beschäftigungsverhältnisse, der zum Teil sehr kurzen Dauer der zu prüfenden Beschäftigungsverhältnisse, der Anzahl der Entleiher und der Dauer der jeweiligen Überlassungszeiträume im Prüfzeitraum sei die personenbezogene Ermittlung der geschuldeten Arbeitsentgelte - wenn überhaupt - nur mit unverhältnismäßig großem Aufwand möglich. Bei der Schätzung seien keine Qualifikationsgruppen gebildet worden, weil fast alle Arbeitnehmer der Gruppe der Helfer zuzuordnen seien. Auf der Basis der geleisteten Gesamtstunden aller Beschäftigten sei die Bruttolohnsumme ermittelt worden. Die Gruppenlohnsummen seien um Lohnzahlungen, für Zeiten, in denen kein equal pay-Anspruch bestanden habe, bereinigt worden. Nach dem Zufallsprinzip sei eine repräsentative Stichprobe unter Einbeziehung unterschiedlicher Entleiher (1 % bis 3 %, mindestens fünf Leiharbeitnehmer) gebildet worden. Aus dieser sei ein Durchschnittswert gebildet worden. Hieraus ergebe sich für die Jahre 2006 bis 2010 ein prozentualer Lohnabstand zu vergleichbaren Stammarbeitnehmern von 9,77 %. Dieser sei zur Ermittlung der Arbeitsentgeltdifferenz auf alle verbliebenen Leiharbeitnehmer angewendet worden.

Die Antragstellerin erhob mit Schriftsatz vom 15. August 2012 Widerspruch, über den bislang noch nicht entschieden ist, und beantragte mit Schriftsatz vom 16. August 2012 beim Sozialgericht Heilbronn (SG), die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs anzuordnen. Zur Begründung trug sie vor, der rechtskräftige, nicht aufgehobene Betriebsprüfungsbescheid vom 27. September 2010 hindere für die Jahre 2006 bis 2009 die Neufestsetzung mit dem hier angegriffenen Bescheid. Rückwirkenden Beitragsnachforderungen sei der Aspekt des Vertrauensschutzes entgegenzuhalten. Da dem BAG-Beschluss vom 14. Dezember 2010 Gesetzesgleiche Wirkung zukomme, sei eine Rückwirkung ausgeschlossen. Die Berechnung der Nachforderung im Wege der Schätzung begegne erheblichen Bedenken, da sie in aller Regel nur dann gestattet sei, wenn Arbeitgeber ihrer personenbezogenen Dokumentationspflicht nicht nachkämen. Sie habe aber keine Pflichtverletzung begangen. Vorsorglich werde die Einrede der Verjährung erhoben. Die Ansicht der Antragsgegnerin, die Verjährungsfrist von 30 Jahren sei hier anwendbar, sei irrig, da nicht zumindest bedingter Vorsatz vorgelegen habe.

Die Antragsgegnerin trat dem entgegen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundessozialgerichts - BSG - (vgl. Urteil vom 14. Juli 2004 - [B 12 KR 1/04 R](#) - in juris) seien Rentenversicherungsträger selbst in kleinen Betrieben nicht zu einer vollständigen Überprüfung der versicherungsrechtlichen Verhältnisse aller Versicherten verpflichtet. Betriebsprüfungen dienten der Sicherung der Beitragsentrichtung, nicht der "Entlastung" der Arbeitgeber. Der Bescheid vom 27. September 2010 enthalte weder im Tenor noch in den Gründen eine Regelung des Inhalts, dass keine weiteren Forderungen geltend gemacht würden. Eine förmliche Aufhebung sei daher nicht erforderlich. Vertrauensschutz greife nicht, weil das BAG die Tarifunfähigkeit lediglich deklaratorisch festgestellt habe und der gute Glaube an die Tariffähigkeit sei nicht geschützt. Bei der Bewertung, ob das Vertrauen der CGZP-Tarifanwender schutzwürdig sei, sei zu berücksichtigen, dass die Tariffähigkeit der CGZP seit langem umstritten gewesen sei. Angesichts der Vielzahl der anhängig gewesenen Verfahren hätten sich Zweifel geradezu aufdrängen müssen. Die Arbeitsentgelte seien geschätzt worden, weil sie vorliegend die Höhe der Arbeitsentgelte nicht oder nicht ohne unverhältnismäßigen Aufwand habe ermitteln können, weil im Zeitraum 1. Dezember 2006 bis 31. Dezember 2010 ca. 400 Beschäftigungsverhältnisse bestanden hätten, die zu großer Zahl lediglich bis zu drei Monaten gedauert hätten. Wegen der Schätzung stehe ihr kein Ermessen zu, die Höhe der Schätzung habe auf nachvollziehbaren und sachlichen Erwägungen zu beruhen. Sämtliche Berechnungen seien mit dem Geschäftsführer der Antragstellerin besprochen und von diesem gebilligt worden. Da ab Bekanntgabe des Beschlusses des BAG zumindest bedingter Vorsatz gegeben sei, gelte für zu diesem Zeitpunkt unverjährte Beiträge die Verjährung von 30 Jahren gemäß [§ 25 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#).

Mit Beschluss vom 27. September 2012 ordnete das SG die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin gegen den Bescheid vom 2. August 2012 an, soweit die Antragsgegnerin Beiträge für den Zeitraum vom 23. Mai 2006 bis 31. Dezember 2009 nachfordert. Im Übrigen lehnte es den Antrag ab. Es bestünden Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Bescheides, soweit weitere Beiträge für den Zeitraum 23. Mai 2006 bis 31. Dezember 2009 nachgefordert würden, weil die Antragsgegnerin für diesen Zeitraum bereits mit bestandskräftigem Bescheid vom 27. September 2010 entschieden habe. Um nach einer neuen Betriebsprüfung einen weiteren Bescheid erlassen zu können, müsse die Antragsgegnerin den vorangegangenen Bescheid zunächst gemäß [§ 45 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch \(SGB X\)](#) aufheben (Verweis u.a. auf Bayrisches Landessozialgericht [LSG], Urteil vom 18. Januar 2011 - [L 5 R 752/08](#) - in juris). Dies sei nicht erfolgt. Der Hinweis auf die stichprobenweise Prüfung ändere daran nichts (vgl. Bayrisches LSG, Beschluss vom 31. Juli 2012 - [L 5 R 345/12 B ER](#) -; in juris). Einen Widerrufsvorbehalt enthalte der Bescheid vom 27. September 2010 nicht. Die Antragsgegnerin müsse sich fragen lassen, weshalb dergleichen nicht aufgenommen worden sei, da sie Kenntnis von der Anwendung von Tarifverträgen der CGZP bei der Antragstellerin und bereits seit langem erhebliche Bedenken gegen deren Wirksamkeit gehabt habe. Hinsichtlich des Zeitraums 1.

Januar 2010 bis 31. Dezember 2010 bestünden keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Bescheides vom 2. August 2012, weder im Hinblick auf Vertrauensschutz noch die Berechnung durch Schätzung, die vom Geschäftsführer der Antragstellerin gebilligt worden sei.

Gegen den ihr am 4. Oktober 2012 zugestellten Beschluss erhob die Antragsgegnerin am 19. Oktober 2012 Beschwerde. Zur Begründung wiederholt und vertieft sie ihr bisheriges Vorbringen, dass nach der ständigen Rechtsprechung des BSG - entgegen den zitierten Entscheidungen des 5. Senats des Bayerischen LSG - ein neuer Betriebsprüfungsbescheid nicht die Aufhebung eines für denselben Prüfzeitraum ergangenen voraussetze.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Beschluss des Sozialgerichts Heilbronn vom 27. September 2012 aufzuheben und den Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen den Bescheid vom 2. August 2010 abzulehnen.

Die Antragstellerin hat im Beschwerdeverfahren keinen Antrag gestellt und sich nicht geäußert.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Senatsakte, die SG-Akte und den Verwaltungsvorgang der Antragsgegnerin verwiesen.

II.

Da allein die Antragsgegnerin Beschwerde gegen den Beschluss des SG vom 27. September 2012 eingelegt hat, hat der Senat im Beschwerdeverfahren nur darüber zu entscheiden, ob die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin gegen den Bescheid vom 2. August 2012 anzuordnen ist, soweit die Antragsgegnerin in diesem Bescheid Gesamtsozialversicherungsbeiträge für die Zeit vom 23. Mai 2006 bis 31. Dezember 2009 nachfordert. Im Übrigen (soweit die Antragsgegnerin in diesem Bescheid Gesamtsozialversicherungsbeiträge für das Jahr 2010 nachfordert), ist im Beschwerdeverfahren nicht zu entscheiden.

Die gemäß [§ 173 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#) form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde der Antragsgegnerin ist nicht nach [§ 172 Abs. 3 Nr. 1 SGG](#) ausgeschlossen. Denn in der Hauptsache wäre die Berufung zulässig. Der Beschwerdewert überschreitet den in [§ 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGG](#) genannten Betrag von EUR 750,00. Denn auf den im Beschwerdeverfahren noch streitigen Zeitraum entfallen entsprechend der Anlage zum Bescheid vom 2. August 2012 EUR 34.880,06.

Die Beschwerde ist nicht begründet. Das SG hat im Ergebnis zu Recht die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin gegen den Bescheid vom 2. August 2012 angeordnet, soweit die Antragsgegnerin in diesem Bescheid Gesamtsozialversicherungsbeiträge für die Zeit vom 23. Mai 2006 bis 31. Dezember 2009 nachfordert.

Der von der Antragstellerin erhobene Widerspruch gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 2. August 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](#) 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. 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 Leiharbeiter Anspruch auf Arbeitsentgelt in gleicher Höhe wie vergleichbare Stammarbeiter 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 Leiharbeiter 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 beschäftigten Leiharbeiter an. Mit Beschluss vom 14. Dezember 2010 ([1 ABR 19/10](#); in juris) 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 Leiharbeiter 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 Rechtsprechung, z.B. BSG, Urteil vom 30. August 1994 - [12 RK 59/92](#) -; in juris; LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 16. August 2011 - [L 11 R 6067/09](#) -; in juris; Urteil des Senats vom 27. März 2009 - [L 4 KR 1833/07](#) -; in juris).

Ernsthafte Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Bescheides der Antragsgegnerin vom 2. August 2012 bestehen, 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 9/12 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. 400), 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 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](#); 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 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. 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](#) -, in juris, 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](#) - in juris).

Andere Gründe für die Berechtigung der Antragsgegnerin, die Höhe der Arbeitsentgelte zu schätzen, sind nicht ersichtlich. Der Vortrag der Antragsgegnerin, der Geschäftsführer der Antragstellerin sei bei der Schlussbesprechung nach der Betriebsprüfung mit dieser Vorgehensweise einverstanden gewesen, genügt hierfür nicht. Dahinstehen kann, ob eine vergleichsweise Regelung auf der Grundlage einer Schätzung möglich und von der Antragstellerin nicht anfechtbar gewesen wäre. Jedenfalls 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.

Da der Senat bereits aus den genannten Gründen ernste Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Bescheids der Antragsgegnerin vom 2. August 2012 hinsichtlich des im Beschwerdeverfahrens noch streitigen Zeitraums hat, kommt es auf die Frage nicht an, ob die Beklagte den vorangegangenen Bescheid über eine Betriebsprüfung vom 27. September 2009 hätte aufheben müssen oder nicht.

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 auf ein Viertel der Nachforderung aus dem Bescheid vom 2. August 2012, abzüglich der auf den Zeitraum 1. Januar 2010 bis 31. Dezember 2010 entfallenden Beitragsnachforderungen (nach der Anlage zu Bescheid insgesamt EUR 1.279,03), die nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens sind, weil das SG insoweit den Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung abgelehnt hatte, festgesetzt. Dies sind EUR 34.880,06, ein Viertel mithin EUR 8.720,01. Gleichzeitig wird die Streitwertfestsetzung erster Instanz (bisher: EUR 18.079,55) von Amts wegen auf EUR 9.039,77, ein Viertel der Gesamtsumme der Beitragsforderung EUR 36.159,09, geändert ([§ 63 Abs. 3 GKG](#)).

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

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2013-04-09