

## L 5 (3) B 10/06 R ER

Land  
Nordrhein-Westfalen  
Sozialgericht  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Sachgebiet  
Rentenversicherung  
Abteilung  
5  
1. Instanz  
SG Dortmund (NRW)  
Aktenzeichen  
S 34 R 55/06 ER  
Datum  
05.04.2006  
2. Instanz  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Aktenzeichen  
L 5 (3) B 10/06 R ER  
Datum  
11.09.2006  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum  
-

Kategorie  
Beschluss

1.

Auf die Beschwerde des Antragstellers wird der Beschluss des Sozialgerichts Dortmund vom 05.04.2006 abgeändert. Die aufschiebende Wirkung der am 01.02.2006 beim Sozialgericht Dortmund erhobenen Klage (S 34 R 41/06) wird angeordnet.

2.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen mit Ausnahme der Kosten der Beigeladenen, die ihre Kosten selbst tragen.

3.

Der Streitwert wird auf 27.911,-EUR festgesetzt.

Gründe:

Der Antragsteller (Ast.) begehrt vorläufigen Rechtsschutz gegen eine Beitragsnachforderung für die Zeit vom 01.01.1999 bis 31.12.2002. I. Der Ast ist Konditormeister in X (in der Handwerksrolle eingetragen seit 12.1.1972; zusätzlich seit 23.3.1987 als "Bäcker im Nebengewerbe") und betreibt eine "Konditorei/Bäckerei". Der Betrieb bestand in der streitigen Zeit vom 01.01.1999 bis zum 31.12.2002 aus einem Hauptbetrieb und drei Filialen, in denen überwiegend selbst hergestellte Konditorei-, und Bäckereiprodukte verkauft wurden und jeweils im Stehkaffee auch vor Ort verzehrt werden konnten. Heute existiert nur noch der Hauptbetrieb. Der Ast. musste die Filialen aus wirtschaftlichen Gründen schließen. Der Ast selbst überwachte und beaufsichtigte die Produktion. Ferner stellte er nach eigenen Angaben überwiegend "Konditoreiprodukte kalt" (insbesondere Sahnetorten, Cremetorten, Hochzeitstorten und Desserts) her. In der streitigen Zeit waren neben dem Ast. die Bäckergehilfen Q (durchgehend) sowie C (01.01.1999 bis 30.09.2000) und H (01.09.2000 bis 31.12.2002) tätig. In der Zeit vom 18.11. bis 12.12.2003 überprüfte die Antragsgegnerin (Ag.) gemäß [§ 28p SGB IV](#) beim Ast. als Arbeitgeber, ob dieser in den Jahren 1999 bis 2002 der Höhe nach den richtigen Gesamtsozialversicherungsbeitrag entrichtet und entsprechende Meldung abgegeben hatte. Nach Anhörung (Schlussbesprechung vom 20.11.2003) setzte die Ag. mit Bescheid vom 19.12.2003 nachzufordernde Sozialversicherungsbeiträge in Höhe von 55.822,12 EUR sowie zusätzlich Säumniszuschläge gem. [§ 24 Abs. 1 SGB IV](#) in Höhe von 11.871,92 EUR fest (insgesamt: 67.694,04 EUR). Zur Begründung führte die Ag. aus, dass der Betrieb des Ast. als Bäckerei anzusehen sei und deshalb in den fachlichen Geltungsbereich des Lohn- und Gehalt-Tarifvertrages für das Bäckerhandwerk falle. Hiergegen legte der Ast. unter dem 14.01.2004 Widerspruch ein. Die Umsätze aus dem Betrieb verteilten sich auf Konditorei und Bäckerei ca. "50:50". Außerdem könne er Vertrauensschutz in Anspruch nehmen, da bei früheren Prüfungen die Lohnhöhe unbeanstandet geblieben sei. Unter dem 13.01.2006 erließ die Ag. einen ablehnenden Widerspruchsbescheid und führte zur Begründung aus, dass im Betrieb neben dem Ast. nur Bäcker beschäftigt gewesen seien. Der Ast. hat am 01.02.2006 Klage beim Sozialgericht Dortmund erhoben (S 34 R 41/06) und am 16.02.2006 einen Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der erhobenen Klage gestellt.

Zur Begründung des Antrags führt der Ast. im Wesentlichen aus, dass nicht überwiegend Brotwaren hergestellt wurden und werden. Mindestens zur Hälfte wurden und werden Sahnetorten, Cremetorten, Hochzeitstorten und Desserts produziert und zwar nahezu ausschließlich von ihm, dem Ast. Die Nachforderung würde bewirken, dass er auch seinen Hauptbetrieb schließen müsste, da es um den Betrieb ausweislich einer zu den Akten gereichten Kopie der Bilanz nicht gut bestellt sei. Die Ag. ist dem unter Wiederholung des bisherigen Vorbringens entgegengetreten. Die Beigeladenen haben keinen Antrag gestellt. Das SG Dortmund hat mit Beschluss vom 05.04.2006 den Antrag abgelehnt und u.a. ausgeführt, dass das Gesetz bei Beitragsbescheiden von einem Überwiegen des öffentlichen Interesses an der Vollziehbarkeit ausgehe, weitere Ermittlungen erforderlich seien und gegenwärtig ein Erfolg im Hauptsacheverfahren nicht wahrscheinlicher sei, als ein Unterliegen. Gegen den ihm am 19.04.2006 zugestellten Beschluss hat der Ast am 03.05.2006 Beschwerde eingelegt. Zur

Begründung wiederholt er im Wesentlichen sein Vorbringen. Mit Schriftsatz vom 13.5.2006 werden zwei weitgehend identische, von den ehemaligen Mitarbeitern Q und H unterschriebene Erklärungen vorgelegt, wonach beim Ast. die Herstellung von Konditoreiprodukten deutlich die Herstellung von erstellung Bäckereiprodukten überwogen hätte. Hauptarbeit wäre bei ihnen jeweils die Herstellung von Produkten der warmen und kalten Konditorei gewesen.

Der Antragsteller beantragt, unter Abänderung des Beschlusses des Sozialgerichts Dortmund vom 05.04.2006 die aufschiebende Wirkung der Klage vom 01.02.2006 anzuordnen.

Die Antragsgegnerin beantragt, die Beschwerde zurückzuweisen. Die Ag. bezieht sich im wesentlichen auf ihr bisheriges Vorbringen.

Die Beigeladenen haben keinen Antrag gestellt.

Das Landessozialgericht hat zur weiteren Aufklärung des Sachverhalts am 03.08.2006 einen Erörterungstermin durchgeführt. Für das Ergebnis wird auf die Niederschrift Bezug genommen.

Im Übrigen wird für den Sachverhalt auf den Inhalt der Verwaltungs- und Gerichtsakten verwiesen.

II.

Die Beschwerde ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg. Das Sozialgericht hat den Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage zu Unrecht abgelehnt. Die Voraussetzungen für die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage sind gegeben. Nach [§ 86a Abs. 2 Ziff. 1](#) Sozialgerichtsgesetz (in der Fassung der Bekanntmachung vom 23.9.1979, BGBl I, 2325, zuletzt geändert durch Art. 9 des Gesetzes zur Fortentwicklung der Grundsicherung für Arbeitssuchende vom 20.07.2006, BGBl. I, 2535, SGG) entfällt für Anfechtungsklagen, die sich – wie vorliegend – gegen Bescheide über Anforderung von Beiträgen einschließlich der darauf entfallenden Nebenkosten (u.a. Säumniszuschläge gem. [§ 24 Abs. 1 SGB IV](#)) richten, die aufschiebende Wirkung der Klageerhebung. Das Gericht der Hauptsache kann in diesen Fällen gem. [§ 86b Abs. 1 Nr. 2 SGG](#) auf Antrag die aufschiebende Wirkung anordnen. Im Rahmen der Prüfung ist dabei die Regelung in [§ 86a Abs. 3 Satz 2 SGG](#) heranzuziehen (vgl. Keller, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 8. Aufl. § 86b Rn. 12c), wonach die Aussetzung der Vollziehung erfolgen soll, wenn "ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsaktes bestehen" oder wenn die Vollziehung durch den Kostenpflichtigen eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte. Der Senat hegt im Zeitpunkt der Entscheidung bereits ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Bescheides. Diese ergeben sich daraus, dass die Ag. die für den mit dem streitgegenständlichen Bescheid geltend gemachten Beitragsanspruch relevanten Tatsachen gar nicht festgestellt hat, obwohl sie zur Amtsermittlung ([§ 24 SGB X](#), insb. Abs 2: "Die Behörde hat alle für den Einzelfall bedeutsamen Umstände zu ermitteln") verpflichtet ist. Das wiegt umso schwerer, als nach dem Vortrag des Ast., der durch die Aussagen der Beigeladenen C1, M, Q1 und A im Beschwerdeverfahren bestätigt wird, die Anspruchsvoraussetzungen gerade nicht gegeben sind. Jedenfalls stellt es i.d.R. eine unbillige Härte dar, die unterbliebene Aufklärung des Sachverhalts zu Lasten des Ast. zu werten, zumal dann, wenn dieser – wie hier – schlüssig geltend macht, durch eine Vollstreckung des Beitrags- und Säumnisbescheids in seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet zu sein. Im Einzelnen ist von folgendem auszugehen:

Die Rechtmäßigkeit des streitigen Bescheids hängt davon ab, ob der Betrieb des Ast. zu Recht dem fachlichen Geltungsbereich des Lohn- und Gehaltstarifvertrags für das Bäckerhandwerk vom 20. März 1998 (zum 1.4.1998 für allgemeinverbindlich erklärt, BAnz Nr. 155 v. 21.8.1998, verlängert bis 31.03.2000, BAnz Nr. 179 v. 23.9.1999, verlängert bis 31.03.2002, BAnz Nr. 197 v. 19.10.2000; im Folgenden: Tarifvertrag) zugeordnet worden ist. Der fachliche Geltungsbereich des Tarifvertrags wird in § 1 Ziff. 2 der ab 31.03.2000 geltenden Fassung wie folgt umschrieben: "Für alle Betriebe, die das Bäckerhandwerk ausüben. Dabei handelt es sich um solche Betriebe, die überwiegend Brot, Brötchen sonstiges Kleingebäck und Feinbackwaren aus Blätter-, Mürbe- und Hefeteig herstellen und/oder vertreiben. Dazu zählen ferner solche Betriebe, die in Verbindung mit den in Satz 2 bezeichneten überwiegenden Tätigkeiten auch Torten und Desserts herstellen und/oder vertreiben." Danach kommt es für die Zuordnung eines Betriebes zum fachlichen Geltungsbereich des Tarifvertrags darauf an, welche Produkte überwiegend hergestellt werden. Diese Vorgehensweise entspricht auch der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG). Das BAG hatte in zwei Verfahren – allerdings zum Tarifvertrag über die Errichtung einer Zusatzversorgungskasse für das Bäckerhandwerk vom 20.02.1970 – eine tarifvertragliche Regelung über den fachlichen Geltungsbereich auszulegen, die mit der des hier maßgeblichen Tarifvertrags identisch ist (BAG, Urteil vom 17.01.1996, [10 AZR 138/95](#), [DB 1996, 1346= AP Nr. 1 zu § 1 TVG](#) Tarifverträge Bäcker; Urteil vom 18.10.2000, [10 AZR 455/99](#)). Die Ausführungen des BAG macht sich der Senat nach Prüfung zu eigen.

Der Betrieb ist bei der tarifvertraglichen Zuordnung als Einheit zu betrachten und es ist auf die den Betrieb prägende Zweckbestimmung abzustellen. Der Verkauf der (selbst produzierten) Ware ist vor diesem Hintergrund regelmäßig nur als Nebenzweck anzusehen, so dass z.B. nicht der allgemeinverbindliche Manteltarifvertrag für den Einzelhandel zur Anwendung kommt. Zur Beurteilung der Frage, ob ein Betrieb, der – wie beim Ast. – sowohl Bäckerei-, also auch Konditoreiprodukte herstellt, als Bäckerei oder Konditorei zu qualifizieren ist, muss in folgender Weise differenziert werden: Bäckerei und Konditorei sind artverwandte Betriebszweige. Zwar gibt es Produkte, die allein für eine Bäckerei charakteristisch sind, nämlich Brot und Brötchen, sowie auch solche, die für eine Konditorei typisch sind, z.B. Sahne- und Cremetorten sowie Desserts (hier wird auch von der sog. "kalten Konditorei" gesprochen). Aber daneben gibt es eine große Produktpalette (die sog. "warme Konditorei"), die sowohl in Bäckereien, als auch in Konditoreien hergestellt werden, zum Berufsbild beider Berufszweige, des Bäckers und des Konditors, gehört. Dieser Produktpalette sind z.B. zuzuordnen: Kleingebäck sowie feines Backwerk aus Blätter-, Mürbe- und Hefeteig. Maßgebend für die tarifvertragliche Zuordnung ist zunächst, ob typische Bäckereiprodukte oder aber Produkte der kalten Konditorei arbeitszeitmäßig überwiegend (= mehr als 50 %) hergestellt werden. Werden überwiegend Produkte der "kalten Konditorei" hergestellt, dann handelt es sich um eine Konditorei, werden überwiegend Bäckereiprodukte hergestellt, dann liegt eine Bäckerei vor. Gesondert betrachtet werden die Betriebe, in denen keine der jeweils betriebstypischen Produktgruppen überwiegend hergestellt werden. Dann kommt es nämlich darauf an, ob die Produkte der "warmen Konditorei" als solche der Bäckerei oder aber als solche der Konditorei angesehen werden. Das wiederum richtet sich nach Ansicht des BAG (a.a.O.) danach, wer diese "Mischprodukte" (überwiegend) herstellt: Werden Produkte der "warmen Konditorei" von gelernten Bäckern hergestellt oder die Produktion durch gelernte Bäcker angeleitet und überwacht, so handelt es sich bei dem Betrieb insgesamt um eine Bäckerei. Handelt es sich aber um Konditoren, die produzieren bzw. die Produktion überwachen, so wird der Betrieb insgesamt als Konditorei qualifiziert. Die Ag. hat ihre Entscheidung allein darauf gestützt, dass der Ast. als Konditormeister in der streitigen Zeit jeweils zwei Bäckergehilfen beschäftigt hatte, so dass sich die Gesamtarbeitszeit in der

Produktion überwiegend auf Bäcker verteilte (2:1).

Darauf käme es aber nur an, wenn feststünde, dass die Produktion nicht durch die Herstellung von Bäckereiwaren oder Produkte der "kalten Konditorei" dominiert wird. Dazu hat die Ag. allerdings keinerlei Feststellungen getroffen, obwohl der Ast vorträgt, mindestens die Hälfte der Produktion entfalle auf die Herstellung von Produkten der kalten Konditorei. Ob im Betrieb des Ast. in der streitigen Zeit überwiegend Erzeugnisse der "kalten Konditorei" hergestellt worden sind, muss - soweit möglich - im Hauptsacheverfahren unter Beachtung des Grundsatzes der objektiven Beweislast näher aufgeklärt werden. Es erscheint jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass die "kalte Konditorei" dominierte. Zwar dürfte die Nachfrage nach Brot als Grundnahrungsmittel größer (gewesen) sein als die nach Waren der "kalten Konditorei", jedoch hat der Ast. nachvollziehbar vorgetragen, dass er sich aus Wettbewerbsgründen auf die "kalte Konditorei" spezialisiert habe. Außerdem wird seine Behauptung durch die Angaben einiger seiner früheren Verkäuferinnen bestätigt. Dagegen spricht nicht, dass der Ast. Bäcker beschäftigt hat und nicht Konditoren, denn zum einen sind die Berufsbilder "Bäcker" und "Konditor" einander sehr ähnlich. Zum anderen dürften reine Konditoreien oder Bäckereien heute nur noch selten sein, überwiegend also Mischbetriebe bestehen, so dass gerade bei kleineren Betrieben die Herstellung der gesamten Produktpalette durch Bäcker oder Konditoren nicht ungewöhnlich ist. Schließlich ist der Ast. Konditormeister und damit in der Lage, die Bäckergesellen - wenn nötig - anzuleiten und zu beaufsichtigen. Gegen die Möglichkeit, dass überwiegend "Konditoreiprodukte kalt" hergestellt wurden, spricht - entgegen der Ansicht der Ag. - schließlich auch nicht, dass das Verhältnis von Konditorei- zu Bäckereiwaren von Seiten des Ast. unterschiedlich angegeben wurde. Denn zum einen ist die Aussagetendenz (nämlich: mindestens 50 % Konditoreiprodukte) gleich geblieben und zum anderen ist zunächst von "Umsätzen" und nicht von "Arbeitszeiten" die Rede gewesen. Allerdings gibt es keine Backzettel oder sonstige Unterlagen, aus denen das Verhältnis von Produkten der "kalten Konditorei" zu Backwaren festgestellt werden könnte. Im Wesentlichen dürfte nur noch die Vernehmung von Zeugen in Betracht kommen. Zwar haben die ehemaligen Mitarbeiter Q und H bereits schriftliche Erklärungen abgegeben, aber wenn deren Hauptarbeit - ebenso wie beim Ast. - in der Herstellung von Konditoreiprodukten bestanden haben soll, so fragt sich, wer dann die Brote und Brötchen (immerhin 30 - 35 % der Arbeitszeit) produziert hat; hier wird das SG Anlass haben, die ehemaligen Mitarbeiter näher zu befragen. Nach alledem hält es der Senat gegenwärtig nicht für ausgeschlossen, dass der Ast. in der streitigen Zeit überwiegend Produkte der "kalten Konditorei" hergestellt hat bzw. zumindest nicht überwiegend Bäckereiprodukte. Eine Klärung bleibt dem Hauptsacheverfahren vorbehalten.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 1 VwGO](#). Den Beigeladenen, die keine Anträge gestellt haben, waren weder Kosten aufzuerlegen, noch zu erstatten. Der Streitwert war auf 27.911,- EUR festzusetzen. Gemäß [§ 197a SGG](#) sind im vorliegenden Verfahren Kosten nach dem GKG zu erheben. Gemäß [§ 52 Abs. 3 GKG](#) richtet sich der Streitwert nach der Höhe der streitigen Beitragsforderung, die hier 55.822 Euro beträgt. Die Säumniszuschläge waren gemäß [§ 43 Abs. 1 GKG](#) bei der Wertfestsetzung außer Betracht zu lassen. Da es sich hier um ein Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes handelt, war die Hälfte des Betrages anzusetzen (so bereits der erkennende Senat, Beschluss vom 25.3.2002, L [5 B 53/01 KR](#); dem folgend der 16. Senat: Beschluss vom 11.04.2002, L [16 B 54/01 KR](#)). Der Beschluss ist unanfechtbar, [§ 177 SGG](#).

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2006-09-18