

L 5 R 848/10 B ER
S 11 R 1910/10 ER



BAYERISCHES LANDESSOZIALGERICHT

In dem Beschwerdeverfahren

... ..GmbH, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführer ...und..., ..., ...
- Antragstellerin und Beschwerdeführerin -

Proz.-Bev.:

...

gegen

Deutsche Rentenversicherung ...- Antragsgegnerin und Beschwerdegegnerin -

wegen einstweiliger Anordnung

erlässt der 5. Senat des Bayer. Landessozialgerichts in ...

am 28. Januar 2010

ohne mündliche Verhandlung durch ... folgenden

B e s c h l u s s :

- I. Auf die Beschwerde der Antragsgegnerin wird der Beschluss des Sozialgerichts ... vom 16. September 2010 insoweit aufgehoben, als Beiträge zur Gesamtsozialversicherung, Umlagen und Säumniszuschläge für die Zeit vom 1.1.2008 bis zum 31.12.2009 betroffen sind. Der Antrag der Antragstellerin auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung wird insoweit abgewiesen. Im Übrigen werden die Beschwerden zurückgewiesen.
- II. Die Antragstellerin trägt die Kosten beider Rechtszüge zu zwei Dritteln, die Antragsgegnerin trägt die Kosten beider Rechtszüge zu einem Drittel.
- III. Der Streitwert wird auf 578.054,36 EUR festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin begehrt die Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 29.07.2010 auch bezüglich eines eventuell folgenden Klageverfahrens. Die Antragsgegnerin begehrt die Aufhebung des Beschlusses des Sozialgerichts ... vom 16.9.2010 und Ablehnung des Antrages auf Herstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs.

Nach einer Betriebsprüfung für den Prüfzeitraum vom 01.01.2005 bis 31.12.2009 erließ die Antragsgegnerin am 29.07.2010 einen Bescheid, mit dem sie von der Antragstellerin, die als GmbH im Handelsregister des Amtsgerichts ... unter der Nummer HRB ... eingetragen ist, für die Zeit vom 1.12.2004 bis 31.12.2009 Beitragsnachforderungen in Höhe von 1.734.163,18 EUR inkl. Säumniszuschläge geltend machte. Die Nachforderung beruhte im Wesentlichen auf der Beurteilung von Aufwandsersatzleistungen, die die Antragstellerin beitragsfrei gezahlt hatte, die aber von der Antragsgegnerin als beitragspflichtig angesehen wurden, weil sie nicht zusätzlich zum Arbeitsentgelt, sondern an dessen Stelle gezahlt worden seien. Zum Teil betrafen die Nachforderungen Mitarbeiter der ... GmbH & Co. KG, die als KG im Handelsregister des Amtsgerichts ... unter der Nummer HRA ... eingetragen ist. Dieses Unternehmen hat die Antragstellerin mit Pachtvertrag ab 1. Januar 2008 unter Fortführung des Unternehmens einschließlich Übernahme der Beschäftigten gepachtet.

Mit Schreiben vom 11.08.2010 beantragte die Antragstellerin bei der Antragsgegnerin die Aussetzung der sofortigen Vollziehbarkeit gemäß § 86a Abs.3 Satz 1 Sozialgerichtsgesetz (SGG). Am 24.08.2010 erhob die Antragstellerin Widerspruch gegen den Bescheid vom 29.07.2010 und stellte am 25.08.2010 beim Sozialgericht ... den Antrag auf Herstellung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs. Die Antragstellerin hat ausgeführt, es bestünden ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Bescheides der Antragsgegnerin vom 29.07.2010. Diese Zweifel bestünden insbesondere für den Zeitraum bis 31.12.2007, weil von der Antragstellerin Beiträge für Arbeitnehmer gefordert würden, die damals Beschäftigte der ... KG gewesen seien. Zudem habe die Vollziehung des Bescheides für die Antragstellerin eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge. Durch die Zahlung des festgesetzten Betrages würden insoweit erhebliche Nachteile entstehen, als dieser Betrag als Liquidität nicht mehr zur Verfügung stünde.

Die Antragsgegnerin hat mit Schreiben vom 30.08.2010 den Antrag der Antragsgegnerin auf Aussetzung der Vollziehung gemäß § 86a Abs.3 Satz 2 SGG abgelehnt und mitgeteilt, dass der Gesetzgeber wirtschaftliche Härten durch den Maßnahmenkatalog des § 76 Abs.2 bis 4 SGB IV gemildert habe, nach dem es den Einzugsstellen gestattet sei, die Beitragsforderung zu stunden oder angemessene Ratenzahlungen zuzulassen. Die An-

tragstellerin habe die Möglichkeit, bei der zuständigen Einzugsstelle einen Antrag auf Stundung zu stellen.

Das Sozialgericht ... hat mit Beschluss vom 16.09.2010 die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin vom 24.08.2010 gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 29.07.2010 bis zum Abschluss des Widerspruchsverfahrens angeordnet.

Gegen diesen Beschluss hat die Antragstellerin Beschwerde eingelegt und mit Schriftsatz vom 30.09.2010 beantragt,

1. Der Beschluss des Sozialgerichts ... vom 16.09.2010, Az.: S 11 R 1910/10 ER wird abgeändert.
2. Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin vom 24.08.2010 gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 29.07.2010 wird bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache angeordnet.
3. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Antrags- und Beschwerdeverfahrens.

Sie ist der Auffassung, dass die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs nicht nur bis zum Abschluss des Widerspruchsverfahrens anzuordnen sei, sondern bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache.

Die Antragsgegnerin hat mit Schreiben vom 13.10.2010 beantragt,

die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Sozialgerichts ... vom 16.09.2010, Az.: S 11 R 1910/10 ER zurückzuweisen sowie

den Beschluss des Sozialgerichts ... aufzuheben und den Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs vom 24.08.2010 gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 29.07.2010 zurückzuweisen sowie der Antragstellerin die Kosten des Antrags- und Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen.

Sie hat ihren Antrag damit begründet, dass das Sozialgericht ... zu Unrecht die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs angeordnet habe, da nicht nachvollziehbar sei, welche unbilligen Härten der Vollzug der Beitragsforderung bei der Antragstellerin auslösen könnte. Darüber hinaus bestehe ihrer Ansicht nach kein Anhaltspunkt dafür, dass der angegriffene Beitragsbescheid offensichtlich rechtswidrig sei.

Zu den Einzelheiten wird Bezug genommen auf die Akte des Sozialgerichts ... , die Akte des Bayer. Landessozialgerichts sowie auf die Akte der Antragsgegnerin.

II.

Die Beschwerden der Antragstellerin und der Antragsgegnerin sind zulässig (§§ 172 Abs. 1, 173 Sozialgerichtsgesetz –SGG), aber nur teilweise begründet.

1.

Die Beschwerde der Antragsgegnerin hat insoweit Erfolg, als Nachforderungen für die Zeit ab 1.1.2008 bis 31.12.2009 betroffen sind.

Es steht gemäß § 86b Abs.1 Satz 1 Nr.2 SGG im Ermessen des Gerichts, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin herzustellen. Dabei hat eine Interessenabwägung stattzufinden zwischen den Belangen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin. Das Interesse der Antragsgegnerin an der sofortigen Vollziehung ihrer Beitragsforderung ist im Interesse der Antragstellerin an einer Aussetzung der Vollziehung vor endgültiger Klärung des Rechtsstreits gegenüber zu stellen. Ein überwiegendes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung wäre z.B. anzunehmen, falls sich ohne weiteres und in jeder vernünftigen Zweifel ausschließenden Weise erkennen ließe, dass der angefochtene Bescheid rechtmäßig ist und die Rechtsverfolgung des Betroffenen keinen Erfolg verspricht (vgl. BT-Drs. 14/5943 S. 25 unter Bezugnahme auf Bundesverwaltungsgericht NJW 1974, 1294).

Die gerichtliche Interessenabwägung zwischen den Belangen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin erfordert hier teilweise ein Abweichen von dem gesetzlich vorgesehenen Regelfall eines Ausschlusses der aufschiebenden Wirkung nach § 86a Abs.2 Nr.1 SGG. Im Rahmen des Verfahrens wegen einstweiligem Rechtsschutz bestehen bei der gebotenen summarischen Prüfung der vorgelegten Unterlagen und Bescheide erhebliche Bedenken hinsichtlich der Rechtmäßigkeit des Bescheides der Antragsgegnerin vom 29.7.2010 bezüglich des Zeitraumes vom 1.12.2004 bis 31.12.2007.

a) Für den Monat Dezember 2004 ist der Bescheid unabhängig von der Frage der Verjährung schon deshalb als rechtswidrig anzusehen, weil dieser Monat außerhalb des im Bescheid selbst konkret bezeichneten Prüfzeitraums vom 1.1.2005 bis 31.12.2009 liegt (vgl. Bayer. Landessozialgericht, Urteil vom 18.1.2011, L 5 R 752/08 - zur Veröffentlichung vorgeesehen).

Weiterhin macht die Antragsgegnerin aufgrund eines eingetretenen Betriebsüberganges Sozialversicherungsbeiträge geltend für einen vor diesem liegenden Zeitraum. Hierzu ergibt sich im Rahmen der Erkenntnismöglichkeiten des einstweiligen Rechtsschutzes, dass infolge vertraglicher sowie durchgeführter Unternehmenspacht die Antragstellerin das Unternehmen der Firma ... KG ab 01.01.2008 übernommen und weitergeführt hat, so dass zu diesem Zeitpunkt deren Arbeitsverhältnisse gemäß § 613a Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) auf die Antragstellerin übergegangen sind. Der Beitragszeitraum 01.12.2004 bis 31.12.2007 liegt somit vor dem Eintritt der Antragstellerin in die Position des Arbeitgebers. Aufgrund des Vorbehaltes des Gesetzes darf die Antragsgegnerin diese Beiträge nur dann von der Antragstellerin fordern, wenn eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage besteht. Eine solche gesetzliche Regelung besteht nicht, denn vor dem 01.01.2008 war die Antragstellerin nicht zahlungspflichtiger Arbeitgeber i.S.d. § 28e SGB IV, der die Gesamt-

sozialversicherungsbeiträge nach § 28d SGB IV (und Umlagen) ab deren Fälligkeit gem § 23 SGB IV schuldet.

Zwar gehen mit den hier bestehenden Betriebsübergang gemäß § 613 a BGB die Verpflichtungen aus den Arbeitsverhältnissen vom abgebenden Arbeitgeber - hier die FirmaKG - auf den Übernehmer - hier die Antragstellerin über, nicht jedoch eventuelle Beitragsrückstände zur Sozialversicherung. Die rückständigen Beiträge sind auch hinsichtlich der Arbeitnehmeranteile keine Verpflichtung des Arbeitgebers aus dem laufenden Arbeitsverhältnis (vgl. Bayerisches Oberstes Landesgericht, Urteil vom 31.10.1974, 1 U 2225/74; LSG Niedersachsen, Urteil vom 28.02.1992, L 4 Kr 9/90; LSG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 13.08.2008; Preis in: Erfurter Kommentar, 10. Aufl. 2010, § 613a RNr. 81 unter Hinweis auf Ascheid, Arbeitsrecht im BGB, § 613 RNr 67 und Erman/Hanau, § 613a RNr 65, Staudinger/Richardi, § 613a RNr 149 und Seiter, Betriebsinhaberwechsel 79; vgl. auch zu § 128 AFG LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 31.01.2005, L 19 (9) AL 88/03, sowie zu § 115 Abs 1 SGB X LAG Berlin, Urteil vom 03.03.2000, 2 Sa 2616/99; a.A. Liessem: Beitragsforderungen der Sozialversicherungsträger bei Übergang eines Betriebes, SGB 1982, 482-484). § 613a BGB ist dem Sonderprivatrecht der Arbeitsverhältnisse zuzuordnen und dient dazu, den arbeitsrechtlichen Schutz der Arbeitnehmer im Falle von Betriebsübergängen zu wahren. Von dieser Regelung werden die öffentlich rechtlich begründeten, im SGB normierten Ansprüche der Sozialversicherung auf Beitragszahlung nicht erfasst.

Auch aufgrund von Europäischem Recht lässt sich keine Haftung der Antragstellerin für die Beitragsrückstände vor Betriebsübergang ableiten, weil sich aus Art 3 ff der Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen (ABl L 82/16 vom 22.03.2001) kein anderes Verständnis des § 613a BGB ergibt.

Die Antragstellerin haftet auch nicht nach § 25 HGB als Übernehmer für die Beitragsrückstände. § 25 HGB bezieht sich auf die Geschäftsverbindlichkeiten des Betriebes, nicht jedoch auf die öffentlich-rechtlichen Beiträge zur Sozialversicherung (vgl. LSG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 13.8.2008, L 4 R 366/07). Darüber hinaus wurde im hier vorliegenden Fall kein Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma fortgeführt, so dass § 25 HGB - im Rahmen der Erkenntnismöglichkeiten des einstweiligen Rechtsschutzes - hier keine Anwendung findet.

Auch über steuerrechtliche Regelungen lässt sich keine Haftung des Übernehmers für Sozialversicherungsbeiträge herstellen. In § 75 Abgabenordnung ist zwar eine solche Haftung des Übernehmers bezüglich Steuerschulden vorgesehen. Allerdings kann diese Norm nicht auf das Sozialversicherungsrecht angewendet werden, da hier keine ausdrückliche Verweisung geschaffen wurde.

Darüber hinaus bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass möglicherweise die Antragstellerin im Wege der Konzernhaftung von der Antragsgegnerin in Anspruch genommen wer-

den könnte. Nach der hier gebotenen summarischen Prüfung des Sachverhalts sind die Voraussetzungen für die Anwendung der Grundsätze über die Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern bei Beitragsansprüchen (vgl. BSG, Urteil vom 27.09.1994, 10 Rar 1/92) nicht erfüllt. Auch eine Geltendmachung der Beitragsforderungen nach § 823 Abs 2 BGB i.V.m. § 266a Strafgesetzbuch (StGB) gegenüber dem Geschäftsführer der Komplementärin der ... KG im Wege eines Beitragsbescheides ist nicht Gegenstand dieses Beschwerdeverfahrens.

b) Hinsichtlich der Verbeitragung der Aufwandsersatzleistungen ab dem 1.1.2008 ist der Bescheid der Antragsgegnerin vom 29.7.2010 bei summarischer Prüfung rechtlich nicht zu beanstanden.

Die Antragstellerin hat in ihren Arbeitsverträgen § 8.6 des vom Bundesverband Zeitarbeit Personal-Dienstleistungen e.V. mit der DGB-Tarifgemeinschaft abgeschlossenen Manteltarifvertrag Zeitarbeit (MTV BZA) dergestalt übernommen, dass teilweise anstelle des Tarifentgeltes u. A. Reise- und Übernachtungskosten gezahlt wurden. Dies ergibt die Auslegung des übernommenen Tarifvertrages. Für diese Auslegung gilt, dass die Tarifvertragsparteien mit dem Abschluss eines Tarifvertrages ihre grundgesetzlich gewährleistete Aufgabe wahrnehmen, die Arbeitsbedingungen ihrer Mitglieder zu gestalten (Art. 9 Abs. 3 Grundgesetz). Deshalb haben die von ihnen vereinbarten Regelungen Normcharakter. Der normative Teil eines Tarifvertrages ist deshalb grundsätzlich nach den für Gesetze geltenden Regeln auszulegen. Auszugehen ist vom Tarifwortlaut. Auf dieser Grundlage ist der wirkliche Wille der Tarifvertragsparteien zu ermitteln, soweit er in den tariflichen Regelungen seinen Niederschlag gefunden hat. Dabei kann der tarifliche Zusammenhang Aufschluss über den von den Tarifvertragsparteien verfolgten Zweck geben. Bei der Auslegung ist weiter zu berücksichtigen, dass die Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien nicht unbeschränkt ist. Sie wird begrenzt durch zwingendes höherrangiges Recht. Entgegenstehende Tarifnormen sind unwirksam. Der Tarifvertrag kann in einem solchen Fall die mit ihm verfolgte Schutz- und Ordnungsfunktion nicht gewährleisten. Im Zweifel gebührt der Auslegung der Vorzug, die der tariflichen Regelung Geltung verschafft (vgl. BAG, Urteil vom 17.2.2009 - 9 AZR 611/07 26, RNr. 31 - zitiert nach juris).

Im vorliegenden Tarifvertrag ist ausdrücklich vorgesehen, dass u. a. Reise- und Unterkunftskosten „anstelle“ des tariflichen Entgeltes gezahlt werden können. Anknüpfend an den ausdrücklichen Wortlaut dieser Regelung, ist eine Auslegung als eine „zusätzliche“ und damit beitragsfreie Leistung des Arbeitgebers nicht möglich. Solche Zahlungen „anstelle“ des tariflichen Entgelts sind daher sozialversicherungspflichtig i.S.v. §§ 14 Abs. 1, 17 Abs 1 SGB IV i.V.m. § 1 Abs. 1 Ziff. 1 Sozialversicherungsentgeltverordnung.

Nach dem Vortrag der Antragstellerin ist auch keine unbillige Härte erkennbar, die die - noch teilweise verbliebene - Anordnung der aufschiebenden Wirkung als eine besondere Ausnahme zum gesetzlich angeordneten Sofortvollzug rechtfertigen könnte. Allein das Vorbringen, dass der von der Antragsgegnerin festgesetzte Betrag als Liquidität zur Fortführung und zum Ausbau des Geschäftsbetriebes und damit zur Einstellung zusätzlicher Mitarbeiter eingeplant ist, stellt keine unbillige Härte dar. Die Schaffung von weiteren Ar-

beitsplätzen liegt sicherlich im Allgemeininteresse. Allein aber die Möglichkeit, dass aufgrund der Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen die Liquidität eines Unternehmens geschmälert wird, führt noch nicht zur Annahme einer unbilligen Härte. Es wurde von Seiten der Antragstellerin in keiner Weise vorgetragen, dass die Existenz des Betriebes als solches gefährdet sei, noch ist diese Gefahr sonst ersichtlich.

2.

Die Beschwerde der Antragstellerin hat dagegen keinen Erfolg. Zwar kann ein Antrag nach § 86b Absatz 3 SGG auch vor Klageerhebung gestellt werden. Jedoch kann die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs nicht vor dessen Einlegung festgestellt oder angeordnet werden (Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer - Keller, SGG, 9. Aufl., § 86b RNr 8a). Der Antragsgegnerin muss im Widerspruchsverfahren die Möglichkeit verbleiben, das Begehren der Antragstellerin zu überprüfen und ihm gegebenenfalls - teilweise - zu entsprechen.

3.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 155 Abs.1 Verwaltungsgerichtsordnung in Verbindung mit § 197a Abs.1 Satz 1 SGG.

Die Festsetzung des Streitwerts folgt aus § 47 Abs. 2 Satz 1, § 52 Abs.1, § 53 Abs. 2 Nr.4 Gerichtskostengesetz i.V.m. § 197a Abs.1 Satz 1 SGG; der Streitwert ist wegen der erstinstanzlichen Festsetzung auf den dortigen Wert limitiert.

Dieser Beschluss beendet das Verfahren auf einstweiligen Rechtsschutz und ist gemäß § 177 SGG unanfechtbar.