

---

## S 89 KR 1624/12

### Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	Berlin-Brandenburg
Sozialgericht	Landessozialgericht Berlin-Brandenburg
Sachgebiet	Krankenversicherung
Abteilung	9
Kategorie	Urteil
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	Betriebsprüfung – Beitragsnachforderung – Arbeitnehmerüberlassung – Unwirksamkeit der Tarifverträge der CGZP – Schätzung
Leitsätze	1. Eine Befugnis zur Schätzung von Entgelten nach <a href="#">§ 28f Abs. 2 Satz 3 SGB IV</a> besteht nur, wenn die Beitragshöhe aufgrund der nicht ordnungsgemäßen Aufzeichnungen des Arbeitgebers nicht konkret festgestellt werden kann. Die Feststellung der Beitragshöhe muss dabei nicht objektiv unmöglich sein; ausdrücklich lässt <a href="#">§ 28f Abs. 2 Satz 3 SGB IV</a> eine Entgeltschätzung vielmehr bereits für den Fall zu, dass der prüfende Träger Arbeitsentgelte „nicht ohne unverhältnismäßig großen Verwaltungsaufwand“ ermitteln kann. 2. Damit suspendiert <a href="#">§ 28f Abs. 2 SGB IV</a> nicht die Amtsermittlungspflicht des prüfenden Trägers; dieser hat sich grundsätzlich sämtlicher in Betracht kommender Beweismittel zu bedienen, insbesondere beim Versicherten selbst, beim Entleihunternehmen oder bei anderen Stellen und Behörden Auskünfte über die beim Entleiher für einen vergleichbaren Arbeitnehmer geltenden wesentlichen Beschäftigungsbedingungen einschließlich der üblichen Entgelthöhe einholen (Anschluss an Bundessozialgericht, Urteil vom 16. Dezember 2015, <a href="#">B 12 R 11/14 R</a> ). SGB 4 <a href="#">§ 28p Abs 1</a> SGB 4 <a href="#">§ 28f Abs 2</a>
Normenkette	

---

## 1. Instanz

Aktenzeichen S 89 KR 1624/12  
Datum 14.12.2016

## 2. Instanz

Aktenzeichen L 9 KR 19/17  
Datum 11.03.2020

## 3. Instanz

Datum -

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 14. Dezember 2016 wird zurückgewiesen. Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten um eine Beitragsnachforderung infolge einer Betriebsprüfung in Höhe von 45.791,18 Euro für die Jahre 2007 bis 2009. Streitig ist die Erhebung von Sozialversicherungsbeiträgen auf die Differenz zwischen Leiharbeitnehmern tatsächlich gezahlten und ihnen rechtlich zustehenden Arbeitsentgelten.

Im streitigen Zeitraum war der Kläger als Einzelkaufmann Inhaber der Firma "B-P", welche auf der Grundlage einer Erlaubnis nach dem Arbeitnehmer-Überlassungsgesetz (AÜG) im Bereich Arbeitnehmerüberlassung tätig war.

Bereits im Jahre 2008 führte die Beklagte beim Kläger eine Betriebsprüfung nach [Â§ 28p SGB IV](#) durch, bezogen auf den Zeitraum 1. Dezember 2003 bis 31. Dezember 2007 (bestandskräftiger Bescheid vom 21. Mai 2008).

Mit seinen Leiharbeitnehmern schloss der Kläger Arbeitsverträge, die wegen der Höhe des Arbeitsentgelts auf die Entgelttarifverträge zwischen der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP) und dem Arbeitgeberverband Mittelständischer Personaldienstleister (AMP) verwiesen. Der Kläger führt an, dass die Vergütung seiner Leiharbeitnehmer noch über den tariflichen Vorgaben gelegen habe.

Die im Jahre 2002 gegründete CGZP ist ein Zusammenschluss von ursprünglich sechs christlichen Gewerkschaften. Nach einem Beschluss des Bundesarbeitsgerichts vom 14. Dezember 2010 ([1 ABR 19/10](#)) ist die CGZP nicht tariflich, damit sind mit ihr abgeschlossene Tarifverträge nichtig. Im Jahre 2012 entschied das Bundesarbeitsgericht wiederholt, dass die Tariflichkeit bereits seit ihrer Gründung nicht gegeben war (Beschlüsse vom 23. Mai 2012, [1 AZB 67/11](#), und vom 24. Juli 2012, [1 AZB 47/11](#)). Im Zuge dessen stellte sich bundesweit die Frage der Nachzahlung von Arbeitsentgelten nach [Â§ 10 Abs. 4 AÜG](#) in der seit 1.

---

Januar 2003 geltenden Fassung (Anspruch auf "Equal Pay") sowie der Nacherhebung von Sozialversicherungsbeiträgen in Zusammenhang mit Betriebsprüfungen nach [Â§ 28p Abs. 1 SGB IV](#).

Mit Schreiben vom 22. August 2011 kündigte die Beklagte dem Kläger an, ab 22. November 2011 eine Betriebsprüfung vornehmen zu werden, bezogen auf die Zeit ab 1. Januar 2007. Der Kläger erbat aus gesundheitlichen Gründen eine Verschiebung der Betriebsprüfung in das folgende Jahr und erhob erste Bedenken gegen die nachträgliche Erhebung von Sozialversicherungsbeiträgen auf "Phantomlöhne". Hierauf kündigte die Beklagte einen Beginn der Betriebsprüfung am 29. Dezember 2011 an. Mit anwaltlichem Schreiben vom 15. Dezember 2011 erbat der Kläger eine Verschiebung des Beginns der Betriebsprüfung in die dritte Kalenderwoche 2012.

Die auf die Jahre 2007 bis 2009 bezogene Betriebsprüfung fand in der Zeit vom 24. bis zum 27. Februar 2012 in den Betriebsräumen des Klägers statt. Ein Bericht des Finanzamtes Lichtenberg über eine auf die Jahre 2006 bis 2009 bezogene Lohnsteuer-Außenprüfung wurde beigezogen. Im Laufe der Betriebsprüfung machte der Kläger vollständige Angaben zu den Namen der bei ihm in den Jahren 2007 bis 2009 beschäftigten Leiharbeiter, zu den jeweiligen Tätigkeitszeiträumen, zu den jeweiligen Entleihern, zu den gezahlten Entgelten und zum Inhalt der mit den Entleihern geschlossenen Verträge. Die Personalakten sowie die Lohndateien für jeden einzelnen Monat des Prüfzeitraums wurden vorgelegt. Welches Datenmaterial die Beklagte im Zuge der Betriebsprüfung genau ausgewertet hat, ist im Verwaltungsvorgang nicht dokumentiert.

Die Betriebsprüfung erfasste 1.143 Arbeitnehmer, davon 39 geringfügig Beschäftigte. Im Verwaltungsvorgang der Beklagten befinden sich sechs Blätter "Auswertung der Lohndaten nach folgenden Kriterien", die für die Jahre 2007 bis 2009 in der Summe einen "Nachforderungsbetrag" von insgesamt 102.080,55 Euro ergeben.

Nach vorheriger Anfrage erhob die Beklagte gegenüber dem Kläger mit Bescheid vom 21. Mai 2012 eine Beitragsnachforderung in Höhe von 48.677,33 Euro. Nach-dem höchststrichterlich geklärt sei, dass die CGZP tarifunfähig sei, komme Â§ 10 Abs. 4 AöG zur Anwendung. Danach könne der Leiharbeiter, der auf Basis eines CGZP-Tarifvertrages beschäftigt gewesen sei, einen Lohn beanspruchen, der im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer gezahlt werde. Die Bemessungsgrundlage für die Berechnung der Sozialversicherungsbeiträge bestehe daher im Arbeitsentgeltanspruch eines vergleichbaren Stammarbeitnehmers im Entleihbetrieb. Die Höhe dieser Entgeltansprüche sei nach [Â§ 28f Abs. 2 Satz 3 SGB IV](#) zu schätzen, weil sie nicht ohne unverhältnismäßig großen Verwaltungsaufwand zu ermitteln seien. Es handele sich für den Betrieb des Klägers um 1.143 Beschäftigungsverhältnisse, von denen eine große Anzahl lediglich bis zu drei Monaten gedauert habe; die Überlassung der Mitarbeiter sei an mehr als 50 Entleiher erfolgt. Allerdings sei es möglich gewesen, die genauen "Verleihzeiten"

---

für jeden einzelnen Arbeitnehmer festzustellen. Die Equal-Pay-Ansprüche seien unter Berücksichtigung einer Pauschale ermittelt worden: Die durchschnittliche Lohndifferenz zwischen Leih- und Stammarbeitnehmern betrage 24 Prozent, was sich aus einer Studie des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung ergebe (Studie "Lohndifferenzial Zeitarbeit"). Dieser Prozentsatz sei der Schätzung der Equal-Pay-Arbeitsentgelte zugrunde gelegt worden.

Dem Bescheid vom 21. Mai 2012 ist als Anhang eine Aufstellung der 39 Einzugsstellen und der jeweils auf sie entfallenden Nachzahlungsbeträge beigefügt, die in der Summe 48.677,33 Euro ergeben ("Anlage Berechnung der Beiträge"). Wie sich die auf die einzelnen Einzugsstellen entfallenden Beitragsforderungen im Einzelnen arithmetisch ergeben, ist dem Bescheid bzw. der Anlage nicht zu entnehmen. Im nachfolgenden Klageverfahren hat die Beklagte am 1. Juli 2013 eine weitere nicht paginierte, ungeordnete, mehrere hundert Seiten starke und keine Addition aufweisende "Anlage Berechnung der Beiträge" zu den Akten gereicht, die die Nachforderungsbeträge einzeln und personenbezogen ausweist; in der Zeile "Entgelt bisher" sind weit überwiegend "0,00 Euro" verzeichnet, gefolgt von der Zeile "unberücksichtigt", die einen konkreten Euro-Wert auführt, auf dessen Grundlage die geschuldeten Beiträge spartenbezogen errechnet werden. Woraus sich die Euro-Werte in der Zeile "unberücksichtigt" ergeben, ist nicht ersichtlich. Auf die mit Bl. 175 der Gerichtsakte eingereichte Heftung, die sich als Beiheft bei der Gerichtsakte befindet, wird wegen der Einzelheiten Bezug genommen.

Den hiergegen erhobenen Widerspruch wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 24. August 2012 zurück. Insbesondere sei die erfolgte Schätzung der den Leiharbeitnehmern zustehenden Arbeitsentgelte unter Heranziehung der Studie "Lohndifferenzial Zeitarbeit" rechtlich beanstandungsfrei.

Im Rahmen des hierauf vom Kläger betriebenen Klageverfahrens hat das Sozialgericht Berlin eine Beiladung der betroffenen Leiharbeitnehmer sowie der zuständigen Sozialversicherungsträger für grundsätzlich notwendig erachtet. Es hat in Anwendung von [§ 75 Abs. 2a SGG](#) beschlossen, dass nur solche Personen beigeladen werden, die dies binnen einer gesetzten Frist beantragen. Der Beschluss vom 14. März 2016 ist im Bundesanzeiger vom 24. März 2016 veröffentlicht worden. Beiladungen wurden nicht beantragt.

Zur Begründung seiner Klage hat der Kläger im Wesentlichen vorgebracht: Weil seinen Leiharbeitnehmern höhere Entgelte in den Jahren 2007 bis 2009 tatsächlich nicht zugeflossen seien, dürften auf lediglich fiktive Entgelte auch nicht nachträglich Beiträge erhoben werden. Es gelte das Zufluss- und nicht das Entstehungsprinzip. Das tatsächliche Entstehen von Equal-Pay-Ansprüchen sei nicht belegt. Einer nachträglichen Beitragserhebung stehe auch Vertrauensschutz entgegen, denn die Annahme einer rückwirkenden Unwirksamkeit der seinerzeitigen Tarifverträge verbiete sich. Die anders lautende Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts wirke wie eine Rechtsänderung, mit der man nicht habe rechnen müssen. Ein Nachforderungsrecht sei verwirkt. Die Höhe der zur Bestimmung der Nachforderung relevanten Arbeitsentgelte hätte nicht

---

geschätzt werden dürfen. Man habe schon die Aufzeichnungspflichten eines Arbeitgebers nicht verletzt; die Schätzungsbefugnis nach [Â§ 28f Abs. 2 SGB IV](#) solle aber Pflichtverletzungen des Arbeitgebers kompensieren. Eine Verletzung der Aufzeichnungspflicht werde von der Beklagten nicht einmal behauptet. Jedenfalls vor der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 14. Dezember 2010 habe keine Verpflichtung bestanden, die jeweiligen vergleichbaren Lohnansprüche fest angestellter Arbeitnehmer zu dokumentieren. Eine Ermittlung der Arbeitsentgelte bei den einzelnen Entleihern hätte auch keinen unverhältnismäßigen Aufwand bedeutet. Das von der Beklagten insoweit angeführte Zahlenwerk [â€“ 1.143 Beschäftigungsverhältnisse und über 50 Entleiher](#) [â€“ fÃ¼hre in die Irre. Etwa im Jahr 2009 sei eine Ã¼berlassung lediglich an 22 Entleiher erfolgt; 81,41 Prozent aller Vermittlungen seien dabei auf einen einzigen Entleiher entfallen, die T A A GmbH, weitere 9,44 Prozent auf die F \[â€“ Autoteile U; über 90 Prozent der Gesamtarbeitsentgelte seien also an bei nur zwei Entleihern tätige Arbeitnehmer geleistet worden. Im gesamten Prüfzeitraum seien 92,5 Prozent der Einsätze von Leiharbeitnehmern bei nur vier Entleihunternehmen erfolgt. Es sei daher nicht nachvollziehbar, warum eine Amtsermittlung für die Beklagte hier mit unverhältnismäßig großem Aufwand verbunden gewesen wäre. Eine Grundlage für diese Ermittlungen habe der Kläger selbst geliefert, indem er die "Verleihzeiten" der einzelnen Arbeitnehmer und die jeweiligen Entleiher vollständig mitgeteilt habe. Einer Ermittlung der Entgelte bei den Entleihunternehmen habe die Beklagte sich aktiv verschlossen. Zudem sei die pauschal auf 24 Prozent geschätzte Lohndifferenz nicht nachvollziehbar. Der angeführten Studie, die ohnehin keine geeignete Grundlage biete, sei dieser Prozentsatz gar nicht zu entnehmen; diese spreche nur von einem Lohndifferenzial von bis zu 22 Prozent; außerdem habe der Kläger höheren Lohn gezahlt als den im CGZP-Tarifvertrag vorgesehenen, so u.a. nachgewiesene Zulagen in Höhe von 122.514 Euro; deren Berücksichtigung hätte dazu geführt, dass in vielen Fällen überhaupt keine Lohndifferenz entstanden sei. Bei ihrer Schätzung hätte die Beklagte auch regionale Besonderheiten berücksichtigen müssen. Einer Beitragsnachforderung für das Jahr 2007 stehe der bestandskräftige Prüfbescheid vom 21. Mai 2008 entgegen. Der Berechnungsvorgang der Beklagten sei insgesamt nicht nachvollziehbar und fehlerbehaftet, was einzelne Beispiele zeigten. Im Übrigen seien alle Beitragsforderungen für das Jahr 2007 mit Ablauf des Jahres 2011 verjährt.\]\(#\)](#)

Die Beklagte ist dem entgegen getreten und hat im Wesentlichen ausgeführt: Für Vertrauensschutz fehle es sowohl am Zeit- als auch am Umstandsmoment. Es liege auch keine verbotene Rückwirkung vor. Nach Kenntnis von der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 14. Dezember 2010 greife die dreijährige Verjährung. Die vorgenommene Schätzung sei rechtlich beanstandungsfrei. Gegen Aufzeichnungspflichten sei verstoßen worden, weil sich aus den Lohnunterlagen nicht auf das Equal-Pay-Entgelt habe schließen lassen. Die Entgeltunterlagen seien nach [Â§ 12 ArbZG](#) objektiv unvollständig gewesen, nachdem die Tarifverträge der CGZP sich als von Anfang an unwirksam erwiesen hätten; sie hätten die Höhe des Arbeitsentgelts im Betrieb des Entleihers fest angestellter Arbeitskräfte ausweisen müssen. Vorliegend hätten die Equal-Pay-Arbeitsentgelte nur mit unverhältnismäßig großem Aufwand ermittelt werden

---

kÄ¶nnen; dann betrage der Wert der ErhÄ¶hlung grundsÄ¶tzlich 24 Prozent. Soweit die KlÄ¶gerin meine, von ihr geleistete Zulagen hÄ¶tten bei der Berechnung der Nachforderung berÄ¶cksichtigt werden mÄ¶ssen, gehe sie fehl, denn zum Arbeitsentgelt gehÄ¶rten nicht einmalige Einnahmen; diese seien bei der Berechnung des Equal-Pay-Anspruchs auÄ¶ßer Betracht zu lassen.

Mit Ä¶nderungsbescheid vom 12. Januar 2016 hat die Beklagte von der KlÄ¶gerin monierte Rechenfehler korrigiert und die Nachforderung auf 45.791,18 Euro reduziert. Das darin liegende Teilanerkennnis hat die KlÄ¶gerin angenommen.

Mit Urteil vom 14. Dezember 2016 hat das Sozialgericht Berlin der Klage stattgegeben und den Bescheid der Beklagten vom 21. Mai 2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 24. August 2012, dieser in der Fassung des Bescheides vom 12. Januar 2016, aufgehoben. Zur BegrÄ¶ndung hat es im Wesentlichen ausgefÄ¶hrt: Der auf [Ä¶ 28p Abs. 1 SGB IV](#) beruhende Bescheid sei rechtswidrig. Zwar stehe der bestandskrÄ¶ftige und nicht aufgehobene PrÄ¶fbescheid vom 21. Mai 2008 (bezogen auf den Zeitraum Dezember 2003 bis Ende 2007) dem neuerlichen Erlass eines PrÄ¶fbescheides fÄ¶r das Jahr 2007 nicht entgegen (Hinweis auf [B 12 R 11/14 R](#), Rdnr. 23). Der KlÄ¶ger kÄ¶nne sich auch nicht auf etwaiges Vertrauen in die TariffÄ¶higkeit des CGZP berufen (Hinweis auf [B 12 R 11/14 R](#), Rdnr. 24-28). Ob die SchÄ¶tzung der BeitrÄ¶ge der HÄ¶he nach zutreffend gewesen sei, kÄ¶nne ebenso offen bleiben wie die Frage, ob die Beitragsnachforderung fÄ¶r das Jahr 2007 bereits verjÄ¶hrt gewesen sei. Die Beklagte sei aber nicht befugt gewesen, den Entgeltanspruch der namentlich bekannten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des KlÄ¶gers und die darauf beruhende BeitragshÄ¶he zu schÄ¶tzen. Die vorgenommene SchÄ¶tzung beruhe auf [Ä¶ 28f Abs. 2 Satz 3](#) und 4 SGB IV. Seine Aufzeichnungspflichten habe der KlÄ¶ger zumindest fÄ¶r die Jahre 2008 und 2009 verletzt, denn zwar sei auf der Grundlage der vom KlÄ¶ger vorgelegten Listen und Aufzeichnungen eine personenbezogene Zuordnung der BeschÄ¶ftigungsverhÄ¶ltnisse mÄ¶glich gewesen, nicht aber eine genaue Bestimmung der EntgelthÄ¶he nach [Ä¶ 10 Abs. 4 AÄ¶G](#); der KlÄ¶ger habe nicht Ä¶ber Aufzeichnungen Ä¶ber die im Betrieb de Entleihers fÄ¶r vergleichbare Arbeitnehmer geltenden Arbeitsbedingungen verfÄ¶gt. Allerdings sei die zweite Voraussetzung fÄ¶r eine SchÄ¶tzungsbefugnis nicht erfÄ¶llt, denn die konkreten VergÄ¶tungsansprÄ¶che der Leiharbeitnehmer hÄ¶tten sich nicht nur mit unverhÄ¶ltnismÄ¶ßig großem Ermittlungsaufwand ermitteln lassen (Hinweis auf [B 12 R 11/14 R](#), Rdnr. 57f.). Die Beklagte unterliege insoweit der Amtsermittlungspflicht. Sie habe es aber trotz bestehender MÄ¶glichkeiten nicht einmal versucht, die konkreten EntgeltansprÄ¶che fÄ¶r die einzelnen Arbeitnehmer zu ermitteln. Allein die sehr große Zahl von 1.143 BeschÄ¶ftigungsverhÄ¶ltnissen entbinde die Beklagte nicht von der Pflicht, die jeweiligen Arbeitsentgelte in Gestalt der VergleichslÄ¶hne von StammbeschÄ¶ftigten zu ermitteln. Ein solcher Versuch er-scheine auch nicht von vornherein erfolglos. So habe es einige Hauptentleiher gegeben, an die ohne Weiteres hÄ¶tte herangetreten werden kÄ¶nnen (Hinweis auf [L 9 KR 373/01](#), Rdnr. 19-21).

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte am 11. Januar 2017 Berufung eingelegt. Zur

---

Begründung vertieft sie ihr Vorbringen aus dem erstinstanzlichen Verfahren. Sie sei zur Schätzung befugt gewesen, denn die Höhe der beitragspflichtigen Entgelte habe angesichts von 1.143 Beschäftigungsverhältnissen nicht ohne unverhältnismäßigen Aufwand ermittelt werden können. Der Höhe nach sei die Schätzung nicht zu beanstanden, denn in der Forschung werde von einem Lohndifferential von bis zu 24 Prozent ausgegangen (Hinweis auf LSG NRW, [L 8 R 164/12 B ER](#)). Eine Schätzungsbefugnis habe das Bundessozialgericht in Zusammenhang mit Tarifierendern der CGZP zuletzt im Urteil vom 4. September 2018 ([B 12 R 4/17 R](#)) bejaht.

Die Beklagte beantragt,

Das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 14. Dezember 2016 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Zu Recht habe das Sozialgericht der Klage stattgegeben. Zu einer Schätzung der "Equal Pay"-Entgelte sei die Beklagte nicht berechtigt gewesen. Die große Anzahl von Arbeitnehmern alleine begründe keinen unverhältnismäßig hohen Verwaltungsaufwand. Auch seien 92,5 Prozent der Einsätze bei nur vier Hauptentleihern erfolgt, was einen Versuch der Amtsermittlung zumindest nahe gelegt hätte. Zudem habe man Informationen zu personen- und tätigkeitsbezogenen Komponenten zur Verfügung gestellt, worauf die Beklagte ihre Amtsermittlung hätte aufbauen können. Die von der Beklagten zur Begründung ihrer Berufung herangezogene Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 4. September 2018 ([B 12 R 4/17 R](#)) stütze sogar die erstinstanzliche Entscheidung, denn in dem vom Bundessozialgericht entschiedenen Fall habe das Zeitarbeitsunternehmen anders als hier über keine bzw. unzureichende Aufzeichnungen verfügt, was eine weitere Sachaufklärung unmöglich gemacht habe; dort habe sich das Zeitarbeitsunternehmen nämlich der Betriebsprüfung widersetzt und weder Verleihzeiträume noch Namen der Entleiher oder konkrete Tätigkeiten der verliehenen Arbeitnehmer mitgeteilt. Im Gegensatz dazu habe sie, die Klägerin, vorliegend umfassend kooperiert. Die Beklagte hätte sich sämtlicher in Betracht kommender Beweismittel bedienen, insbesondere beim Leiharbeiter selbst, beim Entleihunternehmen oder bei anderen Stellen und Behörden Auskunft zu den Equal-Pay-Entgelten einholen müssen.

Wegen des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird im Übrigen auf den Inhalt der Gerichtsakte und des Verwaltungsvorgangs der Beklagten Bezug genommen, der, soweit wesentlich, Gegenstand der Erörterung in der mündlichen Verhandlung und der Entscheidungsfindung war.

Entscheidungsgründe:

---

Die Berufung der Beklagten hat keinen Erfolg. Das Sozialgericht hat den angefochtenen Bescheid zu Recht aufgehoben, denn er ist rechtswidrig und verletzt den Kläger in seinen Rechten.

1. Rechtsgrundlage des im Anschluss an eine Betriebsprüfung ergangenen Bescheides vom 21. Mai 2012 und der darin festgesetzten Beitragsnachforderung ist [ 28p Abs. 1 Satz 1 und Satz 5](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV, i.d.F. der Neubekanntmachung vom 12. November 2009, [BGBl. I S. 3710](#)). Danach prüfen die Träger der Rentenversicherung bei den Arbeitgebern, ob diese ihre Meldepflichten und ihre sonstigen Pflichten nach dem SGB IV, die im Zusammenhang mit den Gesamtsozialversicherungsbeitragen stehen, ordnungsgem erallen; sie prüfen insbesondere die Richtigkeit der Beitragszahlungen und der Meldungen ([ 28a SGB IV](#)) mindestens alle vier Jahre (Satz 1). Die Träger der Rentenversicherung erlassen im Rahmen der Prüfung Verwaltungsakte (verkörpert im sogenannten Prüfbescheid) zur Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung einschließlich der Widerspruchsbescheide gegenüber den Arbeitgebern (Satz 5).

2. Beiladungsrechtlich ist die erstinstanzliche Entscheidung beanstandungsfrei. Zu Recht ist das Sozialgericht mit seinem Beschluss vom 14. März 2016 nach [ 75 Abs. 2a](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) verfahren und hat angeordnet, dass nur solche Personen beigeladen werden, die dies innerhalb der bestimmten Frist beantragen. Diese Vorgehensweise war statthaft und erforderlich, weil grundsätzlich eine Beiladung der betroffenen Leiharbeitnehmer ebenso wie der betroffenen Sozialversicherungsträger nach [ 75 Abs. 2 Satz 1 SGG](#) zwingend gewesen wäre (vgl. dazu Bundessozialgericht, Urteil vom 16. Dezember 2015, [B 12 R 11/14 R](#), zitiert nach juris, dort Rdnr. 15 bis 22). Bei dem angefochtenen Bescheid handelt es sich nämlich nicht  wie von der Beklagten bis hin ins Berufungsverfahren irrig behauptet  um einen "Summenbescheid" im Sinne von [ 28f Abs. 2 Satz 1 SGB IV](#). Vielmehr hat die Beklagte ihre Feststellungen zu Versicherungspflicht und Beitragshöhe zur Überzeugung des Senats personenbezogen vorgenommen. Das belegt das Vorhandensein der im Klageverfahren von der Beklagten eingereichten Heftung, in der die einzelnen Beitragsnachforderungen personenbezogen und bezogen auf eine konkrete Beschäftigungszeit dargestellt werden. Auch im Bescheid vom 21. Mai 2012 (Blatt 3) wird ausdrücklich ausgeführt, dass "für jeden einzelnen Arbeitnehmer ( ) dessen genaue Verleihzeiten` ( ) und die sich daraus ableitenden Entgeltansprüche" feststellbar waren. Die Beklagte hat damit im Bescheid vom 21. Mai 2012 nicht nur die Höhe der insgesamt festgesetzten Nachforderung ausgewiesen, sondern in den (nachgereichten) Anlagen zum Bescheid die jeweiligen Teilbeträge getrennt nach Versicherungs-zweigen den einzelnen Arbeitnehmern und den für diese jeweils zuständigen Ein-zugsstellen zugeordnet.

3. Die Rechtswidrigkeit der erhobenen Beitragsforderung ergibt sich aus Folgendem:

a) Zur Ermittlung der Höhe der Beitragsforderung hat die Beklagte sich

---

ausschließlich der Methode der Schätzung bedient; offensichtlich ohne dass dies betragsmäßig im Einzelnen nachvollziehbar geworden ist hat die Beklagte die von den Leiharbeitnehmern erhaltenen Entgelte, die nach Lage der Akten nirgendwo dokumentiert sind, pauschal um 24 Prozent erhöht, um so diejenigen Entgelte zu ermitteln, nach denen die tatsächlich geschuldeten Beiträge bzw. die Nachzahlung zu berechnen waren. Diese Methode bzw. die konkrete Darstellungsweise der Beklagten begründen schon Bedenken im Hinblick auf die formelle Rechtmäßigkeit des angefochtenen Bescheides. Denn die Begründung des Bescheides muss auch die wesentlichen tatsächlichen Gründe mitteilen, die die Behörde zu ihrer Entscheidung bewogen haben ([§ 35 Abs. 1 Satz 2](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch [SGB X]). Nach dem Inhalt der dem Senat vorliegenden Akten ist für kein einziges Beschäftigungsverhältnis erkennbar, ausgehend von welcher konkreten Entgelthöhe im Wege der Schätzung der 24-prozentige Aufschlag ermittelt wurde. Weil die Beklagte wie gezeigt ihre Feststellungen zur Beitragshöhe personenbezogen vornehmen wollte, hätte sie auch die zugrunde liegenden Berechnungselemente im Einzelnen darstellen müssen, weil sich der Bescheid ansonsten dem Vorwurf ausgesetzt sehen könnte, die rechnerischen Ausgangswerte die tatsächlich gezahlten Entgelte frei gegriffen zu haben. Statt dessen weisen die personenbezogenen Berechnungsunterlagen in der Zeile "Entgelt bisher" weit überwiegend "0,00 Euro" aus, gefolgt von der Zeile "unberücksichtigt", die einen konkreten Euro-Wert aufführt, auf dessen Grundlage die geschuldeten Beiträge spartenbezogen errechnet werden sollen. Wie sich die Euro-Werte in der Zeile "unberücksichtigt" ergeben, ist nicht ansatzweise nachvollziehbar. Weil der Kläger die Berechnung der Beitragshöhe auch durchweg moniert hat, hätte die Beklagte Anlass gehabt, hier nachzubessern. Eine Heilung der insoweit defizitären Begründung wäre bis zur Verhandlung vor dem Senat möglich gewesen ([§ 41 Abs. 2 SGB X](#)), ist aber nicht erfolgt.

Hinzu tritt, dass auch die von der Beklagten im Klageverfahren am 1. Juli 2013 überreichte personenbezogene und unpaginierte Heftung, die aus mehreren hundert Blatt besteht, nicht ohne Weiteres auf die Höhe der ursprünglich eingeforderten 48.677,33 Euro schließen lässt. Der Verwaltungsvorgang der Beklagten seinerseits beinhaltet sechs Blätter "Auswertung der Lohndaten nach folgenden Kriterien", die für die Jahre 2007 bis 2009 in der Summe einen "Nachforderungsbetrag" von insgesamt 102.080,55 Euro ergeben; in welcher Beziehung dieser Betrag zu dem geltend gemachte Nachzahlungsbetrag stehen, erschließt sich nicht, so dass die Aktenlage, was die konkrete Höhe der vorgenommenen Beitragsschätzung betrifft, an entscheidender Stelle lückenhaft ist, weil die Beklagte den Vorgang der Betriebsprüfung und der Beitragsberechnung nur unzureichend dokumentiert hat.

b) Der Senat folgt der erstinstanzlichen Entscheidung in der tragenden Erwägung, dass die Beklagte vorliegend nicht befugt war, den Entgeltanspruch der namentlich bekannten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Klägers und die darauf beruhenden Beitragshöhe zu schätzen.

aa) Allerdings war die Beklagte grundsätzlich berechtigt, die vom Kläger seinen

---

Leiharbeitnehmern während der jeweiligen Überlassung an einen Entleihbetrieb geschuldeten Entgelte zu schätzen, da der Kläger bei der Betriebsprüfung keine Unterlagen über die konkreten Vergütungsansprüche (§ 10 Abs. 4 ArbZG) vorlegen konnte. Rechtsgrundlage hierfür ist [§ 28f Abs. 2](#) Sätze 3 und 4 SGB IV (vgl. Bundessozialgericht, a.a.O., Rdnr. 52). Zwar soll es diese Vorschrift in erster Linie ermöglichen, die Lohnsumme für den Erlass eines Summenbescheides im Sinne des [§ 28f Abs. 2 Satz 1 SGB IV](#) zu schätzen, wenn aufgrund unzureichender oder fehlender Buchhaltung nicht einmal diese ermittelt werden kann. Dann ist es aber erst recht zulässig, im Rahmen der Beitragsüberwachung das Entgelt einzelner Arbeitnehmer zu schätzen, wenn infolge der Verletzung von Aufzeichnungspflichten zwar eine personenbezogene Zuordnung möglich ist, nicht aber die genaue Bestimmung der Entgelthöhe. Den Ausführungen des Sozialgerichts zur Verletzung der Aufzeichnungspflichten durch den Kläger ist nichts hinzuzufügen, so dass der Senat hierauf Bezug nimmt ([§ 153 Abs. 2 SGG](#)).

bb) Zu Recht hat das Sozialgericht aber weiter angenommen, dass die zweite Voraussetzung für eine Schätzungsbefugnis nicht erfüllt ist, denn auch zur Überzeugung des Senats hätten sich die konkreten Vergütungsansprüche der Leiharbeitnehmer nicht nur mit "unverhältnismäßig großem Verwaltungsaufwand" ermitteln lassen (vgl. [§ 28f Abs. 2 Satz 3 SGB IV](#)).

(1) Grundsätzlich gilt insoweit (vgl. Bundessozialgericht, a.a.O., Rdnr. 56 bis 58): Eine Schätzung von Entgelten auf der Grundlage von [§ 28f Abs. 2 Satz 3 SGB IV](#) ist nicht in jedem Fall unzureichender Arbeitgeberaufzeichnungen "automatisch" zulässig. Eine Befugnis zur Schätzung von Entgelten besteht nur dann, wenn  bezogen auf vorliegende Konstellation  die Beitragshöhe aufgrund der nicht ordnungsgemäßen Aufzeichnungen des Arbeitgebers nicht konkret festgestellt werden kann. Die Feststellung der Beitragshöhe muss dabei nicht objektiv unmöglich sein; ausdrücklich lässt [§ 28f Abs. 2 Satz 3 SGB IV](#) eine Entgeltschätzung vielmehr bereits für den Fall zu, dass der prüfende Träger Arbeitsentgelte "nicht ohne unverhältnismäßig großen Verwaltungsaufwand" ermitteln kann. Damit suspendiert [§ 28f Abs. 2 SGB IV](#) indessen weder die Amtsermittlungspflicht des prüfenden Trägers, noch die gesetzlichen Mitwirkungspflichten des zu prüfenden Arbeitgebers. Dementsprechend hat sich die Beklagte im Rahmen ihrer Amtsermittlung nach Maßgabe der [§§ 20 ff. SGB X](#) grundsätzlich sämtlicher in Betracht kommender Beweismittel zu bedienen; insbesondere kann sie beim Versicherten selbst, beim Entleihunternehmen oder bei anderen Stellen und Behörden Auskünfte über die beim Entleiher für einen vergleichbaren Arbeitnehmer geltenden wesentlichen Beschäftigungsbedingungen einschließlich der üblichen Entgelthöhe einholen. Die Verhältnismäßigkeit des Unterlassens weiterer Feststellungen durch den Rentenversicherungsträger unterliegt voller gerichtlicher Überprüfung, wofür auf die Verhältnisse im Zeitpunkt des Erlasses des Widerspruchsbescheides abzustellen ist. Prüfungsmaßstab ist im Falle einer personenbezogenen Entgeltschätzung  wie vorliegend  vorrangig eine Abwägung zwischen dem im Einzelfall zu erwartenden Verwaltungsaufwand einerseits und den Interessen des Versicherten wie auch des Arbeitgebers an einer exakten Feststellung der Entgelte im Hinblick

---

auf spätere Leistungsansprüche bzw. im Hinblick auf die Vermeidung überobligatorischer Beitragslasten andererseits. Allein der Umstand, dass bei einem Arbeitgeber Entgelte einer großen Anzahl von Arbeitnehmern zu ermitteln sind, begründet für sich genommen jedoch noch keinen unverhältnismäßig hohen Verwaltungsaufwand; insoweit kann es keine Rolle spielen, ob ein bestimmter Verwaltungsaufwand mehrfach bei einem Arbeitgeber oder jeweils in wenigen Fällen bei mehreren Arbeitgebern anfällt.

(2) Bezogen auf den Fall des Klägers folgt hieraus: Aus den vom Sozialgericht genannten Gründen hätte die Beklagte im Wege der Amtsermittlung an diejenigen Entleihunternehmen herantreten müssen, auf die der weit überwiegende Teil der 1.143 Beschäftigungsverhältnisse entfiel. Dabei handelt es sich um vier Unternehmen, auf die 92,50 Prozent aller Gesamtarbeitsstunden bzw. um sechs Unternehmen, auf die 95,85 Prozent aller Gesamtarbeitsstunden entfielen. Ausgehend vom Ermittlungsergebnis bei diesen Entleihunternehmen hätte im Wege der Schätzung auf 100 Prozent hochgerechnet werden dürfen. Der Senat legt dieser Annahme zugrunde, dass der Beklagten diese Amtsermittlung im Zuge der Betriebsprüfung ohne weiteres möglich gewesen wäre und dass sie hätte erkennen können, dass auf wenige Entleiher ein Großteil der Beschäftigungsverhältnisse entfiel. Das hat die Beklagte auch im Berufungsverfahren nicht in Abrede gestellt, sondern sich allein auf die große Zahl der geprägten Beschäftigungsverhältnisse bezogen, was aber zur Überzeugung des Senats im Lichte obiger Maßstäbe zu kurz greift.

Nichts anderes gilt in Ansehung des Urteils des Bundessozialgerichts vom 4. September 2018 ([B 12 R 4/17 R](#)), aus dem die Beklagte die Rechtmäßigkeit ihrer Verfahrensweise ableiten will. Der dortige Sachverhalt zeichnete sich dadurch aus, dass sich das zu prüfende Arbeitnehmerüberlassungs-Unternehmen der Betriebsprüfung schlechthin widersetzte und der Aufforderung, die Verleihzeiträume, die Namen der Entleiher und die Tätigkeiten der verliehenen Arbeitnehmer mitzuteilen, nicht nachgekommen war. Vor diesem Hintergrund sah das Bundessozialgericht die Beklagte "außerstande, von den Entleihern notwendige Auskünfte einzuholen" (a.a.O., Rdnr. 22). Damit hat das Bundessozialgericht letztlich bestätigt, dass die Beklagte bei â wie im Falle des hiesigen Klägers â ausreichenden Informationen zu Arbeitnehmern, Zeiträumen und Entleihern primär bei den Entleihern Auskünfte zu den maßgeblichen Referenzentgelten einzuholen hat, bevor zum Mittel der Schätzung gegriffen werden darf.

c) Insgesamt ist damit schon die dokumentierte Tatsachengrundlage der vorgenommenen Schätzung unzureichend (oben a); auch hätte eine Feststellung der Referenzentgelte im Wege der Amtsermittlung bei den Großentleihern zumindest versucht werden müssen (oben b). Vor diesem Hintergrund erweist sich die angefochtene Beitragsforderung in letzter Tatsacheninstanz als insgesamt rechtswidrig, denn der Senat hat keinen tragfähigen rechnerischen oder tatsächlichen Ansatzpunkt dafür, die Beitragsforderung etwa nur teilweise aufzuheben.

---

4. Die Kostenentscheidung beruht auf [Â§ 197a SGG](#) i.V.m. [Â§ 154 Abs. 2 VwGO](#). Der Senat sieht keine Gründe für eine Zulassung der Revision ([Â§ 160 Abs. 2 SGG](#)).

Erstellt am: 16.04.2020

Zuletzt verändert am: 22.12.2024