

Volker Rieble/Stephan Vielmeier^{*)}

Rechtsirriges Bemessen des Arbeitsentgelts und Beitragsschuld

Die CGZP-Entscheidung des BAG spricht der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personal-Service-Agenturen die Tariffähigkeit ab. Sie ist gefährlich vor allem wegen drohender Beitragsnachforderungen der Sozialversicherungsträger: Wenn für vier Jahre nachträglich Beiträge auf Entgelt Differenzen zwischen dem unwirksamen Tarif und Equal Pay bezahlt werden müssen, dann droht Insolvenz. Manche betroffenen Zeitarbeitsunternehmen prüfen gar, ob eine Rückstellungspflicht zur Überschuldung und damit zur strafbewehrten Insolvenzantragspflicht führt. Dahinter steht ein allgemeines Problem: Wer trägt eigentlich die arbeitsrechtlich ausgelösten Rechtsrisiken im Sozialversicherungsbeitragsrecht? Ist der Arbeitgeber „Beitragsgarant“ oder müssen die Betriebsprüfer das „wahre Entgelt“ ermitteln, auf dem dann die Beitragsschuld fußt?

I. Sozialversicherungsrechtliches Beitrags-Rechtsrisiko

1. Entstehungsprinzip knüpft an die Entgeltschuld an

Das Steuerrecht richtet mit seinem Zuflussprinzip die Steuerpflicht in erster Linie an Zahlungsvorgängen aus; dagegen knüpft das sozialversicherungsrechtliche Entstehungsprinzip¹⁾ an das geschuldete Arbeitsentgelt an. Auf geschuldetes, aber nicht ausbezahltes Arbeitsentgelt sind also Beiträge zu entrichten. Praktisch wird das insbesondere in der Insolvenz des Arbeitgebers.²⁾

Während aber der Einnahmezuffluss als Zahlungsvorgang überwiegend einfach festzustellen ist,³⁾ ist die richtige Entgeltschuld und damit die Beitragsbemessungsgrundlage nur selten einfach zu ermitteln. Dementsprechend unterlaufen dem Arbeitgeber Fehler: Er kann das Entgelt zu hoch oder zu niedrig bemessen. Sein Rechtsrisiko hinsichtlich der Sozialversicherungsbeitragsforderung ist einseitig: Bemisst der Arbeitgeber seine Entgeltschuld zu hoch, zahlt er infolgedessen zu viel Arbeitsentgelt, so ist auch die nicht geschuldete Zuvielzahlung beitragspflichtig, weil „ergänzend“ neben dem Entstehungsprinzip das Zuflussprinzip greift.⁴⁾ Die Rückabwicklung ge-

zahlter Beiträge ist ein komplexes Unterfangen.⁵⁾ Bemisst der Arbeitgeber dagegen die Entgeltschuld zu gering und führt er mithin Sozialversicherungsbeiträge berechnet nach dem ausbezahlten Entgelt ab, so schuldet er von Rechts wegen Sozialversicherungsbeiträge auf die Differenz zum gezahlten Entgelt. Anders ist es bei Einmalzahlungen. Hier ordnet § 22 Abs. 1 Satz 2 SGB IV an: „Bei einmalig gezahltem Arbeitsentgelt entstehen die Beitragsansprüche, sobald dieses ausgezahlt worden ist.“ Das also ist eine vom Gesetzgeber eindeutig angeordnete punktuelle Ablösung des Entstehungs- durch das Zuflussprinzip⁶⁾ – wie insbesondere die Ausnahme in Satz 3 zeigt.

Nur in einem Fall verhindern Entgeltbemessungsfehler sogar den zivilrechtlichen Anspruch und damit die Beitragsschuld: wenn nämlich die Entgeltleistung vom Arbeitgeber im Wege eines Leistungsbestimmungsrechts nach § 315 BGB festgesetzt wird. Ist die Leistungsbestimmung für den Arbeitnehmer zu schlecht, fehlt es am weitergehenden Entgeltanspruch des Arbeitnehmers, weil dafür erst eine erneute und notfalls richterliche Leistungsbestimmung erfolgen muss, die den nur dem

^{*)} Dr. iur. Volker Rieble, Universitätsprofessor, lehrt Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht an der LMU München und ist Direktor des ZAAR. Stephan Vielmeier ist ebenfalls dort wissenschaftlicher Mitarbeiter.

1) Marschner, in: Kreikebohm, SGB IV, 2008, § 14 Rz. 3 ff. und Kreikebohm, SGB IV, 2008, § 22 Rz. 3 ff.; Seewald, in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, Stand: 2010, § 23 Rz. 19 ff. und § 14 Rz. 37 ff.; ausführlich Hase, in: Festschrift 50 Jahre BSG, 2004, S. 167 ff.; aus der Rechtsprechung etwa BSG v. 14. 7. 2004 – B 12 KR 1/04 R, ZIP 2004, 2252 (LS) = NZS 2005, 538, dazu EWiR 2005, 271 (Haußmann/Krets).

2) BSG v. 26. 10. 1982 – 12 RK 8/81, BSGE 54, 136; allgemein Mette, in: Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, Stand: 1. März 2011, § 22 SGB IV Rz. 5; Kreikebohm (Fußn. 1), § 22 Rz. 9.

3) Problematisch sind nur die Fälle, in denen die bloße Verfügungsgewalt über eine Leistung den Zufluss begründet. Etwa BFH v. 11. 11. 2009 – IX R 1/09, ZIP 2010, 299 = NZA-RR 2010, 150 zur steuerwirksamen Gestaltung des Zuflusses einer Abfindung, dazu EWiR 2010, 217 (Naujok).

4) § 14 Abs. 1 Satz 1 SGB IV; dazu Seewald (Fußn. 1), § 14 Rz. 49.

5) Dazu eingehend Klebeck, ZfA 2007, 295.

6) So Kreikebohm (Fußn. 1), § 22 Rz. 6; Seewald (Fußn. 1), § 22 Rz. 5, § 23 Rz. 22, unklar § 23a Rz. 10.

Grunde nach bestehenden Entgeltanspruch des Arbeitnehmers konkretisiert.⁷⁾

Aktueller Problem- und Sonderfall ist die vom BAG „erkannte“ Tarifunfähigkeit der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personal-Service-Agenturen.⁸⁾ Zwar wirkt diese Entscheidung schon verfahrensrechtlich nicht in die Vergangenheit zurück. Unmittelbar steht nur fest, dass „neue“ CGZP-Tarifverträge unwirksam sind, was aber durch ein elegantes Ausweichen der beteiligten Gewerkschaften auf die echte Tarifgemeinschaft kompensiert wird. Stellt sich in einem weiteren, bereits anhängigen Verfahren⁹⁾ heraus, dass die CGZP schon immer tarifunfähig gewesen ist, dann haben deren Tarifverträge die Verleiher niemals von der Entgeltgleichstellung für die Leiharbeit befreien können (§ 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 AÜG). Geschuldet war in diesem Fall also immer schon dasjenige Entgelt, das mit dem einzelnen Leiharbeiter vergleichbare Stammarbeiter verdienten („Equal Pay“). Im Gefolge der Entscheidung wird nun diskutiert, dass die an jene Tarifverträge gebundenen Unternehmen erhebliche Nachverbeitragungen zu befürchten haben, ja teilweise sogar insolvenzgefährdet seien.¹⁰⁾

So klar theoretisch eine Beitragsschuld besteht, so unklar ist es, wie die Nachverbeitragung durchzuführen ist, vor allem, wer die Ermittlungs- und Meldelasten trägt. Weil die Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen und die Nichtabgabe sozialversicherungsrechtlicher Meldungen strafbar sind (§ 266a StGB), ist es deshalb eine elementare Frage,

- mit welchen Sorgfaltsmaßstäben der Arbeitgeber die wahre und richtige Entgeltschuld ermitteln und den Beitragseinzugsstellen melden muss,
- inwieweit er von sich aus nachträglich erkannte Fehler korrigieren und das auch nur möglicherweise geschuldete Restentgelt bzw. die hieraus resultierende Beitragsnachforderung den Beitragseinzugsstellen nachmelden muss,
- ob er gar bei Zweifeln an seiner bisherigen Entgeltberechnung Nachermittlungen in tatsächlicher und/oder in rechtlicher Hinsicht anstellen muss.

2. Arbeitsrechtliche Fehlerquellen für die Entgelt-ermittlung

Fehlerquellen bei der Entgeltermittlung sind zahlreich und komplex. Ihre Bedeutung hat stark zugenommen durch die Flexibilisierung und Ausdifferenzierung der Entgeltsysteme in den letzten Jahren.

Erste Fehlerquelle ist die Ermittlung der richtigen und wirksamen **Entgeltregelungsquellen**: Nebeneinander können ein oder mehrere Tarifverträge gelten, verschiedene Betriebsvereinbarungen in Betracht kommen und zusätzlich arbeitsvertragliche Entgeltmodifikationen greifen. Unproblematisch ist nur der arbeitsvertragliche starre Lohn bei fester Arbeitszeit: Wenn jeden Monat 1.000 € Arbeitsentgelt fix geschuldet sind und auch kein allgemeinverbindlicher Tarifvertrag und keine Betriebsvereinbarung „dazwischen kommen“, dann ist die Beitragsabführung einfach.

Aber schon die potenzielle Geltung eines (Mindestlohn-)Tarifvertrags, für den der Arbeitgeber bislang (irrig?) davon ausging,

nicht unter seinen Geltungsbereich zu fallen oder die Tarifbindung wirksam beendet zu haben, verkompliziert die Angelegenheit.¹¹⁾ Man bedenke nur die komplexe Zuordnung von Mischbetrieben zum Geltungsbereich des einen oder anderen Tarifvertrags. Prüft die Einzugsstelle die Tarifgebundenheit und die Reichweite von Tarif-Bezugnahme Klauseln?

Bei Betriebsvereinbarungen kann es Zuständigkeitsprobleme geben: War wirklich der Gesamtbetriebsrat für eine bestimmte Entgeltregelung zuständig?

Hinzu kommen auf allen Ebenen Wirksamkeitsfragen: Eine Betriebsvereinbarung kann unwirksam sein, weil der zugrunde liegende Betriebsratsbeschluss fehlerhaft ist oder weil sie gegen die Tarifsperrung des § 77 Abs. 3 BetrVG verstößt. Ein Tarifvertrag kann an der fehlenden Tarifzuständigkeit oder mit einer Sondervergütung (etwa Zuschlag in der Altersteilzeit als Altersdiskriminierung) an § 7 Abs. 2 AGG scheitern. Dann kommt es darauf an, ob das AGG die Entgeltregel insgesamt vernichtet (so dass weniger zu zahlen ist) oder ob eine allgemeine Angleichung nach oben erfolgt, weswegen der Arbeitgeber dann die Sondervergütung an alle zahlen muss – und dafür dann auch Beiträge schuldet. Und ein Arbeitsvertrag kann die klassischen Rechts geschäftsmängel aufweisen und überdies mit seiner Entgeltregel an der notwendigen Mitbestimmung scheitern.

All das wird zum erheblichen und Sonderrisiko, wenn es um entgeltabsenkende Regelungen geht, etwa

- um den „Pforzheim“-Haustarifvertrag, der die Flächen-tarifentgelte der Metallindustrie senken soll,
- denjenigen Tarifvertrag, der die Entgeltgleichstellung in der Leiharbeit abbedingen soll (CGZP-Fall),
- die Betriebsvereinbarung, die auf der Basis einer tariflichen Öffnungsklausel den Tariflohn zur Standortsicherung absenken soll,
- den Arbeitsvertrag, der Tariflohn in die (beitragsverschonende) Entgeltumwandlung führen soll.

Zweite Fehlerquelle sind die **tatsächlichen Grundlagen** in der Anwendung der einschlägigen Regeln: An erster Stelle steht die Eingruppierung, also die Bewertung der konkreten Arbeitstätigkeit nach den tariflichen Vergütungsgruppen. Wer weiß denn ganz genau, was welcher Arbeitnehmer auf welchem Arbeitsplatz tut? Im Fall des Equal Pay müsste der Verleiher als Vertragsarbeitgeber wissen, welche Tätigkeit seine Arbeitnehmer beim Entleiher verrichten – und müsste dort gar eine hypothetische Eingruppierung (ohne Betriebsrat) vornehmen.

Hier bietet auch die Eingruppierungsmitwirkung des Betriebsrats nach § 99 BetrVG keinen Schutz, weil tarifautomatisch

7) Dazu *Gutzeit*, NZS 2006, 127.

8) BAG v. 14. 12. 2011 – 1 ABR 19/10, NZA 2011, 289.

9) Vor dem ArbG Berlin – 29 BV 13947/10. Dort geht es skurrilerweise um die punktuelle Tarifunfähigkeit der CGZP jeweils am 29. 11. 2004, 9. 7. 2008 und am 19. 6. 2006. Damit wird die Funktion des Verfahrens nach § 97 ArbGG in eine konkrete Tarifkontrolle verändert.

10) Dazu schon *Schüren/Wilde*, NZS 2009, 303, 304; *Reipen*, NZS 2005, 407; *Hamann*, in: *Schüren*, AÜG, 4. Aufl., 2010, § 9 Rz. 114 f.; *Park/Riederer von Paar/Schüren*, NJW 2008, 3670.

11) Dazu BSG ZIP 2004, 2252 (LS) = NZS 2005, 538: Auch die Versicherungspflicht richtet sich nach dem geschuldeten (Mindest-)Lohn.

immer das höhere richtige Entgelt geschuldet ist.¹²⁾ An zweiter Stelle steht die Erfassung der maßgeblichen Arbeitszeit und ggf. ihre für Zuschläge maßgebliche Einordnung als Mehrarbeit (Überstunden).

Drittens gehören hierher tätigkeitsbezogene Zulagen, deren Voraussetzungen unklar sein können, die teilweise vom Arbeitnehmer nachzuweisen sind. Kinderzulagen oder Sondervorteile für Gewerkschaftsmitglieder mögen „automatisch“ geschuldet sein, dennoch muss der Arbeitnehmer die Kinder oder die Gewerkschaftsmitgliedschaft belegen. Geschieht das nicht, ist der Arbeitgeber nicht zur Entgeltzahlung verpflichtet und kann schwerlich zur Abführung von Beiträgen gehalten sein.

3. Kein Vorrang arbeitsrechtlicher Konfliktlösung

Hilfe bei Rechtsunsicherheit gewährt das BSG nur in einem Sonderfall: Weil die Versicherungspflicht insgesamt vom Bestand des Arbeitsverhältnisses abhängt, soll der arbeitsrechtliche Bestandschutzstreit (Kündigungsschutzprozess, Befristungskontrollklage etc.) in das Sozialversicherungsrecht „einstrahlen“: Die Beitragsforderung aus dem Annahmeverzugsentgelt soll zwar während des Arbeitsgerichtsprozesses schon entstehen können, aber erst dann fällig werden, wenn der Arbeitnehmer endgültig gewonnen hat und der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses geklärt ist. So wird insbesondere vermieden, dass der Arbeitgeber womöglich vorläufige Beiträge zahlen muss, die – falls er gewinnt – zurückzuerstatten wären.¹³⁾

Auf Streitigkeiten und Unsicherheiten über das Entgelt bei „sicherem“ Beschäftigungsverhältnis, also ohne Statusrelevanz, kann das nicht übertragen werden: Zwar ist das Auseinanderfallen von arbeitsrechtlicher und sozialrechtlicher Beurteilung unerwünscht; doch dürfen Beitragsschulden nicht vom fehlerhaften Tatsachenvortrag des Arbeitnehmers oder von anderen Bemühungen zur Lohndurchsetzung abhängen. Das Entstehungsprinzip entkoppelt die Beitragsschuld gerade vom späteren Schicksal des Arbeitsentgeltanspruchs¹⁴⁾ und macht damit die Einzugsstelle durchaus zur „umfassenden Lohnkontrollinstanz“.¹⁵⁾

Wer das nicht will, muss die Rückkehr zum Zuflussprinzip betreiben. Eine förmliche Bindung an arbeitsgerichtliche Entscheidungen sieht das Prozessrecht nur im Fall der besonderen Kollektivverfahren nach § 9 TVG und § 97 ArbGG vor.¹⁶⁾ Immerhin lässt sich mit Blick auf eben diese Kollektivverfahren fragen, ob die Sonderrechtsprechung des BSG hierher zu übertragen ist: Auch hier sind „vorläufige Beitragszahlungen“ wenig sinnvoll, wenn sie hernach gemäß der bindenden arbeitsgerichtlichen Erkenntnis womöglich rückabgewickelt werden müssten. Am Beispiel CGZP: Warum sollten Arbeitgeber jetzt, nach der ersten BAG-Entscheidung, die nur die Tariffähigkeit der CGZP für die Zukunft verneint, Beiträge nachzahlen müssen, wenn sich womöglich noch herausstellt, dass die CGZP in der Vergangenheit doch tariffähig gewesen ist – weil die vollkommen neue Rechtsprechung des BAG aus Vertrauensschutzgründen nicht zurückwirken darf? Und: Muss ein Arbeitgeber bei berechtigten Zweifeln an der Tarifzuständigkeit einer Handwerksinnung für einen Mindestlohn (von der die Tarifgeltung abhängt) wirklich vorläufig Beiträge auf die Entgelt Differenz bezahlen, die nach einer verbindlichen

(Negativ-)Klärung durch das BAG zu erstatten wären? Insofern wäre eine Ergänzung angebracht. Sie hätte für die betroffenen Arbeitgeber freilich den Nachteil, dass die Verjährung erst mit Fälligkeit beginnt, § 25 Abs. 1 Satz 1 SGB IV. Eine absolute Verjährung innerhalb längerer Frist (vgl. § 199 Abs. 4 BGB) ist dem Beitragsrecht bislang unbekannt.

Praktikabel ist ein nichtförmliches Richtigkeitsvertrauen in rechtskräftige arbeitsgerichtliche Entscheidungen, die von den Prüfern nur bei hinreichendem Fehlerverdacht hinterfragt werden sollen.

In keinem Fall kommt Hilfe in Betracht, wenn zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer kein Streit über das richtige Entgelt besteht: Die Sozialversicherung bleibt befugt, höhere Beiträge zu verlangen, wenn der Arbeitgeber ein höheres Entgelt als das übereinstimmend für richtig befundene schuldet – oder wenn der überschießende Entgeltanspruch durch eine Ausschlussfrist vernichtet ist.¹⁷⁾ Allerdings gilt auch für die Sozialgerichte im Streit um die Beitragsschuld, dass das Verfahren nach § 97 Abs. 5 Satz 1 ArbGG auszusetzen ist. Da das BAG in seiner CGZP-Entscheidung nur die Tariffähigkeit für die Zukunft geklärt hat, ist die Tariffähigkeit in der Vergangenheit durch gesonderte Feststellungsverfahren zu klären. Diese muss dann der sozialrechtliche Beitragsgläubiger betreiben.

De lege lata nicht nachvollziehbar ist der Vorschlag von *Schmiedel*, diese inzidente Entgeltkontrolle auf evidente Lohnberechnungsfehler zu beschränken.¹⁸⁾ Das leugnet das Entstehungsprinzip und begründet ein auch sachlich nicht nachvollziehbares Richtigkeitsvertrauen in den Entgeltvollzug durch den Arbeitgeber.

II. Sozialrechtliche Anforderungen an die Entgelt(nach-)ermittlung

Welche Verfahrenspflicht erlegt das Sozial(versicherungs)recht dem Arbeitgeber für die Entgelt(nach)ermittlung und damit die Festlegung der Beitragsschuld auf? Muss der Arbeitgeber in Konsequenz des Entstehungsprinzips bis zum Eintritt der Regelverjährung (vier Jahre) permanent erwägen, ob in der Vergangenheit bereits abgewickelte Lohn- und Beitragszahlungen auf einer objektiv fehlerhaften Entgeltbemessung beruhen? Und ist all dies dann wegen § 266a StGB womöglich strafbewehrt, so dass ein Arbeitgeber, der etwa aufgrund neuer Rechtsprechung erkennen kann, dass eine Betriebsvereinbarung die Anforderungen an eine tarifliche Öffnungsklausel verfehlt hat und er deshalb das Weihnachtsgeld nicht kürzen konnte, die nachzuzahlenden Beiträge errechnen und nachmelden muss? Zu dieser Frage enthält das SGB IV keine klare und eindeutige Regelung.

12) Allgemein BAG v. 3. 5. 1994 – 1 ABR 58/93, NZA 1995, 484.

13) BSG v. 25. 9. 1981 – 12 RK 58/80, BSGE 52, 152.

14) *Gutzeit*, NZS 2006, 127.

15) Eingehend und kritisch *Gagel*, in: Festschrift Hanau, 1999, S. 649, 655 ff., 665.

16) Zu § 97 ArbGG nur *Matthes/Schlewing*, in: Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge, ArbGG, 7. Aufl., 2010, § 97 Rz. 11; *Walker*, in: Schwab/Weth, ArbGG, 3. Aufl., 2011, § 97 Rz. 45; zu § 9 TVG: *Oetker*, in: Wiedemann, TVG, 7. Aufl., 2007, § 9 Rz. 53; *Reinecke*, in: Däubler, TVG, 2. Aufl., 2006, § 9 Rz. 42.

17) BSG v. 30. 8. 1994 – 12 RK 59/92, BSGE 75, 61 = NZA 1995, 701, dazu EWIR 1995, 385 (*Steinmeyer*).

18) *Schmiedel*, NZS 2001, 638. Ähnlich auch *Hase* (Fußn. 1), S. 167 ff.

1. Aufgabenverteilung bei der Beitragsermittlung

1.1 „Vorabermittlung“ durch den Arbeitgeber

An sich muss der Staat, der dem Bürger Steuern, Abgaben und Beiträge abverlangt, wie jeder Gläubiger seine Ansprüche selbst berechnen und ermitteln. Dem Schuldner können zur Unterstützung der „Rechtswahrnehmung gegen ihn selbst“ Informationspflichten auferlegt werden. Für die Sozialversicherung ist das unpraktisch: Übermittelte der Arbeitgeber die Entgelt Daten oder gar nur die für die Entgeltermittlung rechtlich maßgeblichen Grundlagen, so wäre der Verwaltungsaufwand zur Beitragsfestsetzung immens; eine effektive Beitragsprüfung wäre kaum möglich. Dementsprechend hat der Gesetzgeber einen anderen Weg gewählt: Die aus dem Einzelarbeitsverhältnis resultierenden Beiträge werden zum Gesamtsozialversicherungsbeitrag (§ 28d SGB IV) zusammengefasst und automatisch fällig. Der Arbeitgeber muss die eigene Gesamtbeitragslast durch Aufsummierung der für jeden Beschäftigten geschuldeten Beiträge monatlich selbst ermitteln (§ 23 SGB IV) und bezahlen, vergleichbar der Umsatzsteuervoranmeldung. Ihm drohen Säumniszuschläge nach § 24 SGB IV. Damit also trägt der Arbeitgeber zunächst die Verantwortung für Beitragsermittlung und Entgeltbeurteilung – und mithin das Fehlerisiko.

Da aber der Arbeitgeber im Interesse der Sozialversicherungsträger agiert und auch seine Entgeltermittlung fehlerbehaftet sein kann, genügt es, dass er die Beitragsschuld in voraussichtlicher Höhe entrichtet, § 23 Abs. 1 Satz 2 SGB IV. Dabei handelt es sich um eine Abschlagszahlung, die gerade dem Umstand Rechnung trägt, dass der Arbeitgeber bei früher Fälligkeit vielfach noch gar nicht genau wissen kann, welches Entgelt und damit welcher Beitrag geschuldet ist. Die Korrekturpflicht ist zunächst auf die Restzahlung im Folgemonat nach Satz 2 Halbs. 2 beschränkt. Auch insoweit bleibt es aber dabei: Innerhalb dieser kurzen Zeit ist eine zuverlässige und rechtlich auch weithin klare Ermittlung der rechtlichen und tatsächlichen Grundlagen des Entgelts nicht möglich. Der Arbeitgeber ist kein Entgelt-Augur.

Welche konkreten Sorgfaltspflichten für den Arbeitgeber gelten, ist damit aber noch nicht gesagt. Jedenfalls ist dem Arbeitgeber ein erheblicher Einschätzungsspielraum, ein Recht zum Fehler eröffnet. Er ist nicht gehalten, in sämtlichen Zweifelsfragen Rechtsgutachten einzuholen – oder gar im Zweifel Beiträge auf die höhere in Betracht kommende Entgeltschuld abzuführen. Er darf sich auf jeden vertretbaren Rechtsstandpunkt stellen. Je komplexer die Entgeltfrage ist, desto großzügiger ist das Irrtumsrecht zu handhaben. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass der Arbeitgeber nicht gehalten sein kann, gegenüber den Arbeitnehmern andere Entgelte auszuweisen (§§ 107, 108 GewO) als gegenüber der Sozialversicherung. Das folgt auch aus § 111 Abs. 2 SGB IV: Danach verhält sich der Arbeitgeber ordnungswidrig, wenn er dem Arbeitnehmer zu hohe Sozialversicherungsbeiträge vom Entgelt abzieht.

Immer zu bedenken ist dabei, dass die meisten Arbeitgeber kleinere Unternehmen sind und dass dort nur begrenzter arbeitsrechtlicher Sachverstand vorhanden ist.¹⁹⁾

1.2 Korrektur in der Jahresmeldung?

§ 28a Abs. 2 SGB IV verpflichtet den Arbeitgeber zusätzlich zu einer Jahresmeldung für jeden Beschäftigten (bis zum 15. 4. des Folgejahres, § 10 DEÜV), die auch das beitragspflichtige Arbeitsentgelt umfassen muss – also auch dasjenige, das geschuldet war, aber nicht bezahlt worden ist. Insofern muss der Arbeitgeber also die bis dahin gewonnenen „unterjährigen“ beitragsrelevanten Entgelterkenntnisse in die Jahresmeldung einfließen lassen. Indes erfasst die Jahresmeldung nur für Rentenversicherung, Arbeitslosenversicherung und Unfallversicherung das beitragspflichtige individuelle Arbeitsentgelt in Euro – nicht aber für Kranken- und Pflegeversicherung, § 28a Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 lit b und c SGB IV. Das aber zeigt, dass die Jahresmeldung keine Beitrags-, sondern nur Leistungsrelevanz hat, insbesondere der Ermittlung der Rentenanwartschaften dient. Daran ändert auch der deklaratorische § 198 SGB V nichts. Die Pflicht zur Jahresmeldung ist in ihrem Schutzzweck beschränkt, dient insbesondere nicht der Beitragskorrektur.

Zudem müsste das Gesetz – wollte man wie bei der Jahressteuererklärung eine umfassende rechtliche Nachprüfung des „in Wahrheit“ geschuldeten Arbeitsentgelts verlangen – eine solche Nachprüfungspflicht ausdrücklich aussprechen. Und auch dies hülfe nichts mit Blick auf Rechtserkenntnisse für vorvergangene Jahre.

1.3 „Nachermittlung“ durch Betriebsprüfung

Eine Überfrachtung der Pflichten des Arbeitgebers, dem die Beitragsermittlung im fremden Interesse überbürdet ist, ist nicht nötig. Die Interessen der Sozialversicherungen sind vielmehr umfassend durch die (nachträgliche) Prüfung durch die Träger der Rentenversicherung (§ 28p SGB IV) sichergestellt.²⁰⁾ Sie erstrecken sich nicht nur auf die Erfüllung der Melde- und Aufzeichnungspflichten, sondern gerade darauf, ob der entrichtete Beitrag dem geschuldeten Beitrag entspricht. Im Rahmen dieser Prüfung ist etwa die Frage zu entscheiden, ob eine Tätigkeit sozialversicherungspflichtig ist, ob eine arbeitsvertragliche Vereinbarung oder etwa ein Tarifvertrag wirksam ist. Kurzum: Das Entstehungsprinzip ermächtigt die Betriebsprüfer zu weitreichender arbeitsrechtlicher Entgeltkontrolle.²¹⁾

2. Zusatzpflicht zu korrigierender Nachmeldung?

2.1 Frage

Stellt der Arbeitgeber fest, dass er in der Vergangenheit Entgeltbemessungsfehler begangen hat, ist die Frage nach einer Korrekturmeldung aufgeworfen. Muss der Arbeitgeber also von sich aus der Einzugsstelle mitteilen, dass er in der Vergangenheit falsch eingruppiert hat? Muss er eine hypothetische nachlaufende Eingruppierung auch von zwischenzeitlich ausgeschiedenen Arbeitnehmern vornehmen? Muss er insoweit rückwirkend die Entgeltdifferenzen ermitteln und melden? Be-

19) *Alewel/Koller*, BB 2002, 990.

20) Umfassend *Kreikebohm* (Fußn. 1), § 28p Rz. 3; *Mette* (Fußn. 2), § 28p SGB IV Rz. 2; *Marburger*, BB 1983, Beilage Nr. 24, S. 8.

21) Ausführlich auch zu den unterschiedlichen Arten der Prüfung *Breidenbach*, BB 2002, 1910.

zogen auf Equal Pay: Muss der Verleiher als Vertragsarbeitgeber alle in Betracht kommenden Entleiher befragen, auf welchen Arbeitsplätzen die Arbeitnehmer seinerzeit beschäftigt waren, welches Entgelt vergleichbare Arbeitnehmer dort bezogen haben? Und: Muss der Entleiher antworten, oder kann er sich darauf berufen, dass seine – mit Blick auf die vermeintliche Wirksamkeit des Tarifvertrages – rechtsirrig verneinte Auskunftspflicht nach § 12 Abs. 1 Satz 3 und § 13 AÜG sich zwischenzeitlich erledigt habe; jedenfalls in den Fällen, in denen der Arbeitseinsatz beendet ist?

Sorgt also die nachträgliche Rechtserkenntnis nicht nur für eine Pflicht zu rechtsgemäßer Entgeltermittlung und Beitragsberechnung in der Zukunft, sondern auch zur Korrektur für die Vergangenheit?

2.2 Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage

Die Betriebsprüfung mit der ihr zugrundeliegenden Pflicht zu vollständiger Beitragsenerhebung (§ 76 SGB IV) ist originäre Pflicht der Sozialversicherungsträger – im Interesse der Versicherungsgemeinschaft. Die Indienstrafe der Arbeitgeber ist eine Überwälzung dieser öffentlich-rechtlichen Pflichten. Für den betroffenen Arbeitgeber handelt es sich um eine Dienstleistungspflicht, die als Annex zur Beitragspflicht selbst Beitragscharakter aufweist. Dementsprechend bedarf jede Ausweitung dieser Dienstleistungspflicht einer hinreichenden und eindeutigen Rechtsgrundlage. Mit Blick auf die hohe Bürokratiekostenlast – so umfasst BKKExtra 4, Melde- und Beitragsverfahren zur Sozialversicherung, Stand 2011 insgesamt 322 Seiten! – und die Straf- und Bußgeldfolgen aus § 266a StGB und § 111 SGB IV ist eine eindeutige gesetzliche Grundlage erforderlich. Durch Rechtsverordnung kann eine solche Pflicht nur in den Grenzen von Art. 80 GG geschaffen werden.

Insofern ist die Gesetzentwurfsbegründung im Rahmen der Einführung der Meldepflichten des Arbeitgebers²²⁾ nicht bloß missverständlich, sondern abseitig. Dort heißt es ernstlich: „Es versteht sich von selbst, dass unzutreffende oder fehlerhafte Meldungen vom Arbeitgeber zu stornieren bzw. zu berichtigen sind, es sei denn, die Einzugsstelle übernimmt dies im Einzelfall.“ „Von selbst“ versteht sich insoweit erst einmal nichts, weil der normunterworfenen Arbeitgeber seine Meldepflichten dem Gesetz oder einer Verordnung aufgrund des Gesetzes und gerade keinem „Selbstverständnis“ zu entnehmen hat. Kein beitragspflichtiger Arbeitgeber ist gehalten, über den Willen des Gesetzgebers zu spekulieren, um sich nicht strafbar zu machen.

Dass sich nichts von selbst versteht, zeigt § 153 AO: Erkennt der Steuerpflichtige „nachträglich vor Ablauf der Festsetzungsfrist, 1. dass eine von ihm oder für ihn abgegebene Erklärung unrichtig oder unvollständig ist und dass es dadurch zu einer Verkürzung von Steuern kommen kann oder bereits gekommen ist [...], so ist er verpflichtet, dies unverzüglich anzugehen und die erforderliche Richtigstellung vorzunehmen“. Eine solche Korrekturpflicht – die ihrerseits über § 370 AO strafbewehrt ist – findet sich im Sozialversicherungsrecht nirgendwo.

2.3 § 28a SGB IV und § 14 DEÜV

§ 28a SGB IV enthält zahlreiche und umfassende Meldepflichttatbestände – auf fast fünf Druckseiten. Abs. 1 Nr. 5 mit der Änderung der Beitragspflicht meint nicht die Beitragshöhe, sondern die Versicherungspflicht als Meldeanlass.²³⁾ Änderungen im beitragspflichtigen Arbeitsentgelt sind etwa nach Nr. 8, 12, 18, 19 meldepflichtig. Für die Veränderung regelmäßigen Arbeitsentgelts greifen sie nicht. Eine allgemeine Nachmeldepflicht hinsichtlich der Entgelthöhe sieht § 28a SGB IV nicht vor. Hinsichtlich der Meldeanlässe ist Abs. 1 auch abschließend (anders als der Meldungsinhalt nach Abs. 3 („insbesondere“)).²⁴⁾

Einzelheiten des Melde- und Beitragsnachweisverfahren regelt die „Verordnung über die Erfassung und Übermittlung von Daten für die Träger der Sozialversicherung“ (DEÜV), ermächtigt durch § 28c SGB IV. Deren zweiter Unterabschnitt beschäftigt sich mit der Korrektur von abgegebenen Meldungen. Scheinbar einschlägig ist § 14 DEÜV: „Meldungen sind unverzüglich zu stornieren, wenn sie nicht zu erstatten waren, bei einer unzuständigen Einzugsstelle erstattet wurden oder unzutreffende Angaben über die Zeit der Beschäftigung, das beitragspflichtige Arbeitsentgelt, den Abgabegrund, die Beitragsgruppen, den Personengruppenschlüssel, den Tätigkeitsschlüssel oder die Betriebsnummer des Arbeitgebers enthalten.“

„Stornierung“ meint nach allgemeinem Wortverständnis die Rückabwicklung einer Buchung.²⁵⁾ Eine abgegebene Meldung wird „zurückgerufen“, weil sie inhaltliche oder formale Fehler aufweist. Der zweite Teil des Satzes, der auf die „meldetechnischen“ Angaben wie die anzugebenden Schlüssel abstellt, macht deutlich, dass es dem Ordnungsgeber lediglich darum ging, die formale Ordnung zu erhalten. Und nur dazu ermächtigt § 28c SGB IV: das Nähere über das Melde- und Beitragsnachweisverfahren zu bestimmen.

Die gewünschte Nachmeldepflicht betrifft keine „Stornierung“, sondern ist eigenständige Pflicht zur Abgabe einer neuen, eben Korrekturmeldung. Gerade weil der Arbeitgeber ursprünglich nur melden musste, was er wusste, er also kein „Garant“ für inhaltliche Richtigkeit auch gegenüber erst künftigen Erkenntnissen ist, handelt es sich nicht um eine reine Nachholung versäumter eigener Meldung, sondern um eine neue Meldung in Anpassung an eine veränderte Rechtserkenntnislage.

Jede erweiternde Auslegung von § 14 DEÜV, ja selbst eine Neufassung der DEÜV durch den Ordnungsgeber kann hieran nichts ändern – weil die Ermächtigungsgrundlage nicht so weit reicht und weil das SGB IV mit Blick auf Art. 80 GG solche Meldepflichten im Rechtsgrund selbst regeln muss. So war auch schon die 2005 aufgehobene Ausdehnung der Meldepflicht des Arbeitgebers (§ 28a SGB IV) auf den Entleiher in § 2 Nr. 3 DEÜV nicht nur von § 28c SGB IV nicht gedeckt, sondern notwendig im SGB IV selbst zu regeln²⁶⁾ – und also von Anfang an wirkungslos.

22) RegE, BT-Drucks. 11/2221, S. 2.

23) Ausführlich: Steffens, ZfS 2003, 257, 258.

24) So auch Felix, in: Wannagat, SGB IV, Stand: 2003, § 28a Rz. 23.

25) Brockhaus Enzyklopädie, Bd. 26, 21. Aufl., 2006, Stichwort „Storno“.

26) So wie die Mithaftung des Entleihers nach § 28e Abs. 2 SGB IV.

Eine echte korrigierende Nachmeldspflicht kann also nur durch Gesetzesänderung geschaffen werden, etwa nach dem Vorbild des § 153 AO. Eine Entsprechung zu dieser Norm im SGB IV wirkte sich indes weitaus intensiver aus: § 153 AO zielt in erster Linie auf die Mitteilung übersehener Tatsachen (Zuflüsse, Einnahmen). Eine sozialrechtliche Korrekturmeldpflicht müsste sich wegen der Entstehungstheorie auf alle rechtlichen Umstände der Entgeltbemessung beziehen. Letztlich müsste der Arbeitgeber Rechtsgutachten gegen sich selbst erstatten. Das begegnet Zumutbarkeitsgrenzen.

Noch schärfer gälte dies für eine (Nach-)Ermittlungspflicht des Arbeitgebers, wenn er die tatsächlichen Grundlagen für eine Nachmeldung erst beschaffen müsste. Wird etwa eine Eingruppierungspraxis als rechtlich fehlerhaft erkannt, so würde die Nachermittlung dem Arbeitgeber aufgeben, zurückliegende Tätigkeiten aller betroffenen Arbeitnehmer zu erkunden und erneut – diesmal richtig – zu bewerten. Stellt sich ein Zeitarbeitsstarif als (von Anfang an) nichtig heraus, so würde eine Nachermittlungspflicht den Verleiher als Arbeitgeber dazu verpflichten, sämtliche Einzelarbeitseinsätze aufzulisten. Weiter ist dann für die ersten sechs Wochen der Beschäftigung zu prüfen, ob der Arbeitnehmer aus der Arbeitslosigkeit kam und mindestens Entgelt in Höhe des Arbeitslosengeldes erhalten hat (§ 9 Nr. 2 Halbs. 2 AÜG). Hernach kommt es darauf an, die Entleiher zu befragen, mit welchen Aufgaben die einzelnen Arbeitnehmer beschäftigt gewesen sind und welches Entgelt vergleichbare Arbeitnehmer erlangt hätten. Überdies stellt sich die Frage nach dem Arbeitnehmerdatenschutz: Darf der Entleiher überhaupt die Vergütung der von ihm als vergleichbar bezeichneten Arbeitnehmer mit deren Identität weitergeben? Und wie kann der Verleiher diesen Lohnvergleich rechtlich anzweifeln?

Man sieht: Für solche weitreichenden eigenen Nachermittlungspflichten des Arbeitgebers fehlt jede Grundlage. Dies widerspricht also deutlich der Rechtseinschätzung der Deutschen Rentenversicherung Bund, die sie im März 2011 veröffentlicht hat.²⁷⁾

3. Nachermittlung durch Betriebsprüfung

3.1 Ermittlungslast der Beitragsgläubiger

§ 28p SGB IV weist der Rentenversicherung die jeden Gläubiger treffende Prüf- und Durchsetzungslast für eigene Ansprüche zu – hier in einer Verfahrensstandschaft für alle Sozialversicherungsträger. Ihre Außenprüfer stellen – vergleichbar den Steuerprüfern – die Beitragsschuld fest, also das „Ob“ der Beitragspflicht (Beschäftigtenstatus und etwaige Befreiungstatbestände) und die Beitragshöhe und insofern also die Entgeltschuld und den Entgeltzufluss (Einmalzahlungen und ungeschuldet ausbezahltes Entgelt). Als Gläubiger tragen die Sozialversicherungsträger die Beweislast für diese anspruchsbegründenden Tatsachen.²⁸⁾ Der Pflicht zur Beitragserhebung (§ 76 SGB IV) entspricht es, dass die Prüfung jedenfalls alle vier Jahre erfolgen muss, § 28p Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 SGB IV, damit die Regelverjährung aufgehalten werden kann, § 25 SGB IV.

Die Betriebsprüfer ermitteln umfassend die Beitragsschuld. Das Entstehungsprinzip fordert ihnen dabei weitreichende ar-

beitsrechtliche Wertungen ab, weil nur so das „wirklich geschuldete“ Arbeitsentgelt und damit die reale Beitragsschuld ermittelt werden können (zur Abstimmung von Arbeits- und Sozialrecht schon I 3). Werden also Rechtsirrtümer erkannt, muss der Prüfer den Sachverhalt mit allen arbeitsrechtlichen Fragen so ausermitteln, dass er das richtige Entgelt und den daraus abzuleitenden Beitrag erkennt. Den Arbeitgeber treffen untergeordnete Mitwirkungspflichten (sogleich 3.2). Der Prüfer also und nicht der Arbeitgeber muss die Eingruppierungskorrektur ausermitteln. Er muss für die Anwendung der Entgeltgleichstellung beim Verleiher die Arbeitseinsätze und dann in den Einsatzbetrieben die Arbeitszeiten, die Tätigkeit, vergleichbare Arbeitnehmer und deren Entgelte erheben. Allerdings enthält das SGB IV keine Ermittlungsbefugnisse gegenüber den Entleihern, weil diese keine Arbeitgeber i. S. v. § 28p SGB IV sind. Insofern ist durchaus offen, ob die Ermittlungsgeneralklausel des § 98 SGB X (sogleich 3.4) die Entleiher in die Beitragsaufklärung einbezieht, weil die Betriebsprüfung des § 28p SGB IV auf den Vertragsarbeitgeber beschränkt ist.

3.2 Mitwirkungspflicht des Arbeitgebers: Lohnunterlagen

Für die Betriebsprüfung ist der Prüfer auf Unterlagen und Auskünfte des Arbeitgebers angewiesen. Der Arbeitgeber ist zu umfassender Mitwirkung verpflichtet. Ansatzpunkt für die Betriebsprüfung ist die Pflicht, „Lohnunterlagen“ zu führen und aufzubewahren, § 28f Abs. 1 SGB IV, und zwar „für jeden Beschäftigten getrennt“. Das geschieht gerade im Dienst der Prüfung.²⁹⁾ Was Lohnunterlagen sind, bestimmt die auf der Grundlage von § 28n SGB IV erlassene Beitragsverfahrensordnung (BVV). Deren § 8 definiert eingehend, was der Arbeitgeber selbst zu dokumentieren hat (insbesondere das Arbeitsentgelt nach § 14 SGB IV und das beitragspflichtige Entgelt bis zur Beitragsbemessungsgrenze)³⁰⁾ und welche anderen Unterlagen aufzubewahren sind. Nachweise zur arbeitsrechtlichen Entgeltbeurteilung oder gar eine Dokumentation der konkret geleisteten Tätigkeit, der geleisteten Arbeitszeit gehören nicht dazu. Selbst bei Auslandseinsätzen, die für die Prüfer nur schwer zu prüfen sind, weil ihre Prüfungsgewalt an den Grenzen endet, verpflichtet § 18 Abs. 2 Nr. 6 BVV nur zur Aufbewahrung der diesbezüglichen Niederschrift nach § 2 NachwG.

Sonderdokumentationspflichten sind nur ganz ausnahmsweise vorgesehen. So verpflichtet § 28f Abs. 1a SGB IV Bauunternehmen dazu, die Zuordnung zum konkreten Bauvertrag, also zur Baustelle, zu ermöglichen. Damit soll insbesondere die Generalunternehmerhaftung nach § 28e Abs. 3a SGB IV durchgesetzt werden können. Obschon es vergleichbare bürgerähnliche Mithaftung auch in anderen Fällen gibt (§ 28e Abs. 2, 2a, 3 SGB IV), fehlen dort entsprechende Dokumentationspflichten. So ist der Verleiher sozialrechtlich bislang nicht verpflichtet, die Einsatzbetriebe nebst Einsatzdauer

27) http://www.deutsche-rentenversicherung-bund.de/DRVB/de/Inhalt/Presse/Pressemitteilung/2011/2011_3_18_gemeinsame_pressemitteilung.html?nn=37198 (28. 3. 2011).

28) Zur Beweislast im Beitragsverfahren ausführlich *Felix* (Fußn. 24), § 22 Rz. 19 unter Bezugnahme auf BSG v. 29. 4. 1976 – 12/3 RK 66/75, BSGE 41, 297.

29) Hier *Seewald* (Fußn. 1), § 28f SGB IV Rz. 3.

30) Ausführlich *Marburger*, DÖD 2010, 241.

und -tätigkeit zu dokumentieren.³¹⁾ Erst recht ist dem Verleiher keine „vorsorgliche“ Entgeltsschattenbuchhaltung des hypothetischen Gleichstellungsentgelts vorgeschrieben.

Die Dokumentationspflicht ist zeitgebunden: Der Arbeitgeber muss so dokumentieren, wie er auch melden muss: redlich, auf der Grundlage des vorhandenen Tatsachenwissens und in vertretbarer arbeitsrechtlicher Rechtsanwendung. Wenn ein Arbeitgeber eine Eingruppierungspraxis oder eine entgeltmodifizierende Betriebsvereinbarung für wirksam halten darf, dann dokumentiert er dementsprechend. Sowenig es eine Pflicht zur korrigierenden Nachmeldung gibt, sowenig ist der Arbeitgeber zur nachlaufenden Dokumentation verpflichtet. Das wäre schlicht nicht zu leisten.

Es mag durchaus sein, dass der Gesetzgeber dem Arbeitgeber mit Blick auf das Entstehungsprinzip intensivere Mitwirkungslasten auferlegen kann. So wäre eine Dokumentationspflicht für Leiharbeitsersätze ähnlich derjenigen des Baustelleneinsatzes denkbar. Doch muss der Gesetz- und Verordnungsgeber dem Arbeitgeber klar sagen, was er von ihm erwartet.

3.3 Mitwirkungspflicht des Arbeitgebers: Auskunft

§ 98 Abs. 1 Satz 2 SGB X verpflichtet den Arbeitgeber, „wegen der Entrichtung von Beiträgen [...] auf Verlangen über alle Tatsachen Auskunft zu erteilen, die für die Erhebung der Beiträge notwendig sind“. Nach Satz 3 muss er seine Unterlagen vorlegen – von Bankbelegen über Tachographenschreiber³²⁾ bis hin zu Tarifverträgen, Betriebsvereinbarungen und Arbeitsverträgen.³³⁾

Die Regeln über die Betriebsprüfung und die dortigen Mitwirkungspflichten des Arbeitgebers wirken nicht als generelle Sperre, sind insbesondere nicht abschließend. Das ergibt sich aus § 98 Abs. 1a SGB X, der insoweit die Berechtigung der Einzugsstellen beschränkt, um Doppelprüfungen zu vermeiden. Den Betriebsprüfern kommen trotz des missverständlichen Wortlauts von Absatz 1a neben ihren Prüfrechten nach §§ 28p, 28f SGB IV auch die flankierenden Informationsrechte des § 98 Abs. 1 Satz 2 bis 5 SGB X zu. Absatz 1 Satz 2 formuliert anders als Satz 1 bewusst passivisch und nennt den Informationsberechtigten nicht. Wenn Absatz 1a sodann die Berechtigung der Einzugsstelle beschneidet, bleiben nur die Rentenversicherungsträger. Das ist allerdings streitig: *Roos* meint, das Prüfrecht aus § 28p SGB IV sei so umfassend, dass daneben kein Raum für § 98 SGB X bleibe.³⁴⁾ Das wiederum ließe die Informationslast nahezu leerlaufen – gerade für die Beitragsentrichtung. Richtigerweise ist in § 98 SGB X eine allgemeine Regelung der Mitwirkungspflichten für alle Beitragsfragen zu sehen, die durch die Regelung der Betriebsprüfung nur verschärft wird. Bestätigt wird das etwa durch § 166 Abs. 1 SGB VII, der für die Unfallversicherung von einem Nebeneinander der Mitwirkungspflichten ausgeht. Bedeutsam ist diese Erkenntnis für die Mitverpflichtung des Entleiher (soglich 3.4), weil dieser als Dritter überhaupt nur im Rahmen von § 98 SGB X angesprochen ist.

Diese Unterstützungspflicht hat eine Grenze: Immanent sind Auskunft und Unterlagenvorlage darauf beschränkt, was der Arbeitgeber weiß und was er hat. Er schuldet nur die „Dul-

dung der Informationsnahme“, aber keine aktive Informationsbeschaffung.³⁵⁾ Also auch hier keine Nachermittlung durch den Arbeitgeber. Die Informationsmitwirkung des Arbeitgebers bestätigt vielmehr das Grundkonzept: Die Sozialbehörden tragen als Gläubiger die primäre Ermittlungslast und sind deshalb auf die sekundäre Mitwirkung angewiesen.

„Vorhanden“ sind nur diejenigen Informationen, auf die der Arbeitgeber selbst unmittelbaren Zugriff hat. Unterlagen beim Steuerberater oder einem Entgeltabrechnungsunternehmen oder auch bei anderen Konzernunternehmen sind keine verfügbaren Unterlagen. Eben deshalb erstreckt § 28p Abs. 6 SGB IV die Prüfkompentenz auch auf solche Dritte – für § 98 SGB X gilt das nicht. Das belegt der Einbezug der Entleiher in § 98 Abs. 3 SGB X. Auch muss der Betriebsprüfer hinreichend konkret fragen – „auf Verlangen“.

Die Verweigerungsgründe des § 65 SGB I lässt § 98 Abs. 2 Satz 1 SGB X nur in Leistungsfragen gelten, nicht hingegen in Beitragsfragen.³⁶⁾ In dieser Striktheit ist das abseitig und wird schon durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip kompensiert. Dass die Betriebsprüfer vom Arbeitgeber Auskunft oder Unterlagen verlangen könnten, obwohl die Mühewaltung außer Verhältnis zur denkbaren Beitragsnachforderung steht oder obwohl sich die Prüfer diese Information unschwer selbst beschaffen könnten, das geht nicht an.

Das Recht, die Mitwirkung durch Information und Unterlagen zu verweigern, wenn sich der Arbeitgeber dadurch in die Gefahr der Strafverfolgung begibt („nemo tenetur se ipsum accusare“), gewährt § 98 Abs. 2 Satz 2 SGB X unmittelbar, so dass ein Rückgriff auf § 65 Abs. 3 SGB I ausscheidet. Das wird gerade bei nachermittelnder Betriebsprüfung praktisch: Weil für die Strafverfolgung nach § 266a StGB bedingter Vorsatz ausreicht, ist die bloße Gefahr einer Strafverfolgung schnell gegeben.

3.4 Mitwirkung Dritter

Während § 28p SGB IV für das Prüfverfahren nur Helfer des Arbeitgebers in Absatz 6 einbezieht, erstreckt § 98 Abs. 3 SGB X die allgemeine Mitwirkungspflicht auf jene Personen, „die wie ein Arbeitgeber Beiträge für eine kraft Gesetzes versicherte Person zu entrichten haben“. Das sind auch diejenigen, die nach § 28e Abs. 2 bis 3a SGB IV mithaftten, also insbesondere der Entleiher.³⁷⁾ Dementsprechend kann der Betriebsprüfer den Entleiher zu den bei ihm zum Einsatz gekommenen Leihkräften befragen und auch dementsprechende Un-

31) § 7 AÜG schreibt nur gewerberechtlich Anzeigen und Auskünfte vor. § 13 AÜG verschafft dem Arbeitnehmer einen arbeitsrechtlichen Informationsanspruch gegenüber dem Entleiher. § 11 AÜG sieht keine originäre Unterrichtungspflicht des Verleihers über die spätere Erkenntnis der Unwirksamkeit des Tarifvertrags vor.

32) Ausführlich *Scholz*, in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, Stand: 30. EL, April 2000, § 98 SGB X Rz. 22 ff.

33) Sehr ausführlich zu den Anforderungen an den Arbeitgeber bezüglich Datenerfassung und Vorlagepflichten: *Marburger*, BB 1983, Beilage Nr. 24, S. 8 ff.

34) *Roos*, in: von Wulffen, SGB X, 7. Aufl., 2010, § 98 Rz. 12; wie hier dagegen *Scholz* (Fußn. 32), § 98 SGB X Rz. 29.

35) Deutlich *Scholz* (Fußn. 32), § 98 SGB X Rz. 22: kein aktives Tätigwerden.

36) Dazu die Begründung des RegE, BT-Drucks. 9/95, S. 23.

37) Allgemein hierzu *Roos*, in: von Wulffen, SGB X, 6. Aufl., 2008, § 98 Rz. 18; *Wabrendorf*, in: Giese, SGB X, Stand: 2007, § 98 Rz. 13.

terlagen verlangen, etwa aus der Arbeitszeiterfassung.³⁸⁾ Das eigentliche Problem besteht in der Entgeltermittlung: Auf die Daten vergleichbarer, also anderer Stammarbeitnehmer kann zur Entgeltbestimmung für die Leihkraft nicht zugegriffen werden. Damit würde der Sozialdatenschutz (§ 35 SGB I) verletzt, das Recht des Vergleichsarbeitnehmers auf informationelle Selbstbestimmung in den Dienst fremder Entgeltwünsche und Beitragsforderungen genommen. Sowenig der vergleichbare Arbeitnehmer seinerseits auskunftspflichtig ist, sowenig darf er zum Datenobjekt eines Lohnvergleichs gemacht werden.³⁹⁾ Das wird offenkundig, wenn Streit um die Entgelte vergleichbarer Arbeitnehmer, vor allem um die konkrete Vergleichbarkeit entsteht: Das Rechtsstaatsprinzip gebietet, dass der Beitragsschuldner einwenden können muss, die zum Vergleich herangezogenen Arbeitnehmer des Entleihers seien nicht vergleichbar. Dazu müsste deren Identität mitgeteilt werden. Eben dies verbietet seinerseits das Sozialgeheimnis. Ein prozessuales Geheimverfahren ist nicht in Sicht. Hier dräut überdies Strafbarkeit nach § 203 Abs. 2 StGB und § 85a SGB X. Auch dafür ist der Gesetzgeber verantwortlich; ein effektiveres System knüpft nicht an konkrete Vergleichsarbeitnehmer an, sondern (wie im Diskriminierungsrecht) an die hypothetische Behandlung des Leiharbeitnehmers als Stammarbeitnehmer. So verfährt die Überlassungsrichtlinie 2008/104/EG in Art. 5 Abs. 1.

4. Schätzung statt Ermittlung?

All diese Ermittlungshindernisse könnte man durch freihändige Entgeltschätzung und damit Beitragsschätzung überwinden wollen. Entsprechendes ist mit Blick auf die CGZP aus den Prüferkreisen der Rentenversicherung schon zu vernehmen und auch der Pressemitteilung vom 18. 3. 2011 zu entnehmen⁴⁰⁾ – freilich zu früh, weil noch nicht feststeht, dass die CGZP von Anfang an tarifunfähig gewesen ist.

4.1 Vorrang der Ermittlungen

Das SGB eröffnet indes keine freie Schätzungsbefugnis, nur weil die Nachermittlung schwierig oder lästig wird – zumal die Schwierigkeit ja im vom Gesetzgeber verantworteten Entstehungsprinzip begründet ist. Je komplexer die Entgeltrechtslage, desto schwieriger werden die Ermittlungen. Auch für die Equal-Pay-Anordnung ist der Gesetzgeber verantwortlich, ebenso für komplizierte Rechtsfragen der Tarifzuständigkeit oder der Tarifsperre nach § 77 Abs. 3 BetrVG. Die Mühsal der Betriebsprüfer ist vom Gesetzgeber gewollt und Ausdruck der Amtsermittlung nach § 20 SGB X: Diese begründet dann nicht nur Untersuchungsrechte, sondern auch eine entsprechende Obliegenheit. Das haben die Sozialgerichte bereits klargestellt. So betont das BSG, dass im Prüfverfahren grundsätzlich eine personenbezogene konkrete „Feststellung der Versicherungs- und Beitragspflicht sowie der Beitragshöhe“ erfolgen muss und dass auch dann, wenn eine Schätzungsbefugnis eröffnet ist, ermittelt werden muss: „Vor Anwendung dieses letzten und äußersten Mittels muss aber selbst bei Auftreten erheblicher Aufklärungsschwierigkeiten zunächst versucht werden, auch umfangreiche und verworrene Sachverhalte beitragsrechtlich wenigstens zum Teil zu klären.“⁴¹⁾ Das hat gerade auch im Interesse der Beschäftigten zu geschehen, deren

erhöhte Beitragsschuld mit erhöhten Rentenanwartschaften einhergeht.⁴²⁾ Und das allein entspricht der Rechtsprechung zu anderen Schätzungsbefugnissen, etwa aus § 287 ZPO, der nur eine Beweiserleichterung, aber keinen Verzicht auf konkrete Anknüpfungstatsachen erlaubt.⁴³⁾ Selbst wenn eine Schätzung in Betracht kommt, müssen Ermittlungsanstrengungen vorgeschaltet werden.

4.2 Aufzeichnungspflichtverletzung als Voraussetzung

Aber auch die konkrete Schätzungsbefugnis ist kritisch zu sehen. Einschlägig ist hier § 28f Abs. 2 Satz 3 SGB IV: „Soweit der prüfende Träger der Rentenversicherung die Höhe der Arbeitsentgelte nicht oder nicht ohne unverhältnismäßig großen Verwaltungsaufwand ermitteln kann, hat er diese zu schätzen.“ Nähme man diesen Satz für sich, ergäbe er eine weitreichende Befugnis. Indes steht er im systematischen Zusammenhang vor allem mit Satz 1: Die Schätzungsbefugnis kompensiert nämlich eine Pflichtverletzung des Arbeitgebers, der entgegen § 28f Abs. 1 SGB IV keine ordnungsgemäßen Aufzeichnungen geführt hat – insbesondere bei Schwarzarbeit.⁴⁴⁾ Bestätigt wird das durch andere punktuelle Schätzungsbefugnisse, etwa in § 159 Abs. 2 und § 165 Abs. 3 SGB VII. Insofern ist es gerade anders als im Steuerrecht, das in § 162 Abs. 1 AO ein allgemeines Schätzungsrecht enthält, das nur „insbesondere dann“ gemäß Absatz 2 einzusetzen ist, „wenn der Steuerpflichtige über seine Angaben keine ausreichenden Aufklärungen zu geben vermag“.

Das heißt umgekehrt: Wenn der Arbeitgeber ordnungsgemäße Aufzeichnungen geführt hat, kommt eine Schätzung nach dem systematischen Zusammenhang nicht infrage. Das ist für den vertretbaren Rechtsirrtum entscheidend: Waren die Aufzeichnungen aus der Sicht des Arbeitgebers rechtlich vertretbar, so hat er richtige Unterlagen geführt und ist nicht zur nachträglichen Korrektur verpflichtet. Also schiefe die Schätzung nach § 28f Abs. 2 Satz 3 SGB IV gerade aus. Ob das BSG im Wege richterlicher Rechtsfortbildung und mit Seitenblick auf § 162 Abs. 1 AO⁴⁵⁾ eine allgemeine Schätzungsbefugnis ohne gesetzliche Rechtsgrundlage konstituierte, darf bezweifelt werden. Dafür spricht zwar der Grundsatz gleichmäßiger und durchsetzungsstarker Verbeitragung, dagegen indes, dass auf diese Weise die gerade vom Gesetzgeber geschaffene Überkomplexität der Beitragsschuld durch Entstehungsprinzip und komplexe arbeitsrechtliche Vorfragen auf dem Rücken der Beitragsschuldner ausgetragen würde. An die Stelle der Amtsermittlung träte die Schätzung, die dann der Arbeitgeber wi-

38) *Roos* (Fußn. 37), § 98 Rz. 18; *Scholz* (Fußn. 32), § 98 SGB X Rz. 40; auch schon *Marburger*, ZfSH/SGB 1984, 399, 403. Das verdeutlichte Absatz 5 Satz 3 mit seiner besonderen Entleiher-Rückausnahme in der bis 31.12.2000 geltenden Fassung! (Einzusehen bei juris).

39) Dazu *Scholz* (Fußn. 32), § 98 SGB X Rz. 24.

40) Vgl. schon Fußn. 27.

41) BSG v. 17.12.1985 – 12 RK 30/83, BSGE 59, 235, 241.

42) LSG Berlin v. 9.7.2003 – L 9 KR 373/01, juris.

43) So etwa MünchKomm-Prütting, ZPO, 3. Aufl., 2008, § 287 Rz. 33; auch schon BGH v. 30.4.1952 – III ZR 198/51, BGHZ 6, 63.

44) Allgemeine Meinung: LSG Baden-Württemberg v. 18.5.2001 – L 4 KR 4448/99, NZS 2002, 96 (für Trinkgelder, die der Arbeitgeber nicht angeben konnte); *Seewald* (Fußn. 1), § 28f Rz. 10; *Felix* (Fußn. 24), § 28f Rz. 22; *Mette* (Fußn. 2), § 28f SGB IV Rz. 7; *Baier*, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 61. EL, März 2008, § 28f SGB IV Rz. 13.

45) Der selbstredend im Sozialrecht nicht analogiefähig ist: LSG Baden-Württemberg NZS 2002, 96.

derlegen müsste. Und über diese Widerlegungslast würde der einzelne Arbeitgeber letztlich in die Ermittlungshauptverantwortung genommen, die aber gerade den Beitragsgläubigern zugewiesen ist.

4.3 Erforderliche Anknüpfungstatsachen

Schließlich ist eine branchenweite Standardschätzung von vornherein ausgeschlossen, weil Arbeitsentgelte und Beitragsschulden konkret sind. So könnte die Änderung der Eingruppierungsrechtsprechung zu einem bestimmten Tarifvertrag keinesfalls zu einer prozentualen Durchschnittserhöhung der Arbeitsentgelte der betroffenen Arbeitnehmer führen: Entweder waren sie höhergruppiert oder nicht. Das hängt allein von ihren individuellen Tätigkeitsmerkmalen ab.

Für eine rückwirkende Entgeltgleichstellung muss für jeden einzelnen Leiharbeiter gesondert geprüft werden:

- ob er vor dem Einsatz arbeitslos gewesen ist und ob sein Nettoarbeitsentgelt zumindest die Höhe seines individuellen Arbeitslosengeldes erreicht;
- welche vergleichbaren Arbeitnehmer es gibt und wie viel jene verdienen (was wegen des Sozialgeheimnisses gar nicht ermittelt werden kann);
- welche Einsatzzeiten der Arbeitnehmer mit welchen Arbeitsinhalten hatte und inwiefern er in einsatzfreien Zeiten bezahlt worden ist.

Dann muss für jeden Arbeitnehmer und für jeden Monat gesondert geprüft werden, ob das ihm bezahlte Entgelt hinter dem geschuldeten zurückbleibt. Denn es gibt durchaus Leiharbeitsunternehmen, die bezogen auf bestimmte Einsätze mehr zahlen als der Einsatzbetrieb. Das lässt sich auch nicht pauschalisieren oder flächendeckend schätzen, weil es von den Qualifikationen der betroffenen Leihkräfte und dem konkreten Geschäftsfeld des Verleihers abhängt. Damit bliebe für eine Schätzung nur ein Restanknüpfungsfeld – nachdem die individuellen Anknüpfungstatsachen ausermittelt sind.

Überschreitet die Beitragseinzugsstelle ihre Schätzbefugnisse, so ist es grundsätzlich Sache des Arbeitgebers, sich im Sozialgerichtsprozess zu wehren. Eine solche Klage hat zunächst wegen § 86a Abs. 2 SGG keine aufschiebende Wirkung. Allerdings kann ein Schätzbescheid die Nachzahlungswahrscheinlichkeit formaliter erhöhen und dadurch Rückstellungspflichten auslösen, die ihrerseits in die Insolvenzantragspflicht wegen Überschuldung führen. Da die Überschreitung der Schätzbefugnisse eine Amtspflichtverletzung ist, kann eine hierdurch ausgelöste Insolvenz zu erheblichen Haftungsansprüchen führen, § 42 SGB IV i. V. m. § 839 BGB und Art. 34 GG.

III. Erweiterung der Arbeitgeberpflichten durch strafrechtliche Einstrahlung?

Das Nichtabführen geschuldeter Sozialversicherungsbeiträge ist strafbar, § 266a StGB. Bedingter Vorsatz genügt. Doch ist § 266a StGB wie andere arbeits- und wirtschaftsstrafrechtliche Tatbestände akzessorisch zum Primärrecht, hier also sozialrechtsakzessorisch. § 266a StGB sanktioniert die Verletzung sozialrechtlicher Pflichten, die nach sozialrechtlichen Maßstäben festzustellen sind.

§ 266a StGB macht den Beitragsschuldner nicht zum Beitragsgaranten, der dann strafrechtlich zur Erfolgsabwendung verpflichtet werden könnte – etwa auch zu einer korrigierenden Nachmeldung. In diese Richtung deuten indes unscharfe strafrechtliche Äußerungen, die für die Strafbarkeit zusätzliche Arbeitgeberpflichten über § 28a SGB IV hinaus aktivieren wollen.⁴⁶⁾ Mit der abschließenden beitragsrechtlichen Lastenverteilung ist das so wenig zu vereinbaren wie mit dem Nulla-poena-Grundsatz.

IV. Zusammenfassung

1. Das sozialversicherungsrechtliche Entstehungsprinzip verbunden mit den hohen arbeitsrechtlichen Komplexitäten auch und gerade der Entgeltfindung schafft eine erhebliche Unsicherheit über die Beitragsschuld.

2. Der Arbeitgeber muss monatlich die selbst ermittelten Beiträge möglichst fehlerfrei melden, aber nur so gut, wie er kann. Er darf dabei vertretbare Rechtsstandpunkte einnehmen und ist nicht verpflichtet, das höchstmögliche Entgelt zugrunde zu legen. Ihn trifft auch keine Pflicht zur Schattenbuchhaltung denkbarer Entgeltschulden.

3. Die Nachermittlungs- und Nachprüfungslast ist den Betriebsprüfern der Rentenversicherung auferlegt. Sie haben für die Beitragsgläubiger im Wege der Amtsermittlung die Voraussetzungen der Beitragsschuld zu ermitteln und festzustellen. Den Arbeitgeber treffen nur Mitwirkungspflichten.

4. Eine Korrekturpflicht für nachträglich als fehlerhaft erkannte Beitragsmeldungen kennt das SGB nicht, anders als das Steuerrecht mit § 153 AO. Insbesondere deckt die Stornopflicht des § 14 DEÜV keine derartige Pflicht zur Neumeldung.

5. Die Mitwirkungspflichten des Arbeitgebers im Betriebsprüfungsverfahren sind auf Auskunft und die Vorlage vorhandener Unterlagen beschränkt. Eine Nachermittlungspflicht trifft den Arbeitgeber nicht. Er muss nur sagen, was er weiß, und vorlegen, was er hat.

6. Diese Schranken können die Betriebsprüfer nicht durch freie Schätzung hypothetischer Beitragsschulden kompensieren. Soweit der Arbeitgeber in der Vergangenheit aus damaliger Sicht korrekt gemeldet und aufgezeichnet hat, besteht von vornherein keine Schätzungsbefugnis. Davon abgesehen müssen konkret-individuelle Anknüpfungstatsachen ermittelt werden; eine Pauschalschätzung ist unzulässig, weil sie die Ermittlungslasten umkehrte.

7. Diese Misslichkeiten hat der Gesetzgeber zu verantworten, weil es ihm nicht gelungen ist, ein klares und einfaches System der Beitragsbemessung zu schaffen – wie es früher mit dem Zuflussprinzip und der Anknüpfung an steuerliche Feststellungen gegeben war. Dieser Systemfehler kann nicht auf dem Rücken der redlichen Beitragsschuldner ausgetragen werden.

46) Anders wohl Tag, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 3. Aufl., 2010, § 266a Rz. 90: „insbesondere“; ebenfalls anders MünchKomm-Radtk, StGB, Bd. 4, 2006, § 266a Rz. 51: Katalog in § 28a SGB IV sei nicht abschließend; Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., 2010, § 266a Rz. 11c: nur indizielle Bedeutung; ohne aber jeweils zu nennen, welche weiteren Pflichten den Arbeitgeber treffen und ob ein solches Spekulieren über strafrechtlich sanktionierte Pflichten noch mit dem Nulla-poena-Grundsatz vereinbar ist.