

B 12 R 18/19 R

Land
Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht
Bundessozialgericht
Sachgebiet
Rentenversicherung
1. Instanz
SG Detmold (NRW)
Aktenzeichen
S 22 R 564/15
Datum
20.10.2015
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 8 R 758/17
Datum
29.05.2019
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
B 12 R 18/19 R
Datum
27.04.2021
Kategorie
Urteil
Leitsätze

1. Die Bezugnahme auf einen mehrgliedrigen Tarifvertrag christlicher Einzelgewerkschaften ohne Kollisionsregel ist im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung unwirksam, so dass sich die für einen Leiharbeitnehmer zu zahlenden Sozialversicherungsbeiträge nach dem Equal-Pay-Lohn eines vergleichbaren Arbeitnehmers im Entleihunternehmen bemessen, ohne dass sich der Verleiher auf Vertrauensschutz berufen kann.
2. Erfordert die Feststellung des exakten personenbezogenen Vergleichslohns innerhalb einer engen Vergleichslohnspanne einen unverhältnismäßigen Verwaltungsaufwand, darf die Prüfbehörde einen Mittelwert schätzen.

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 29. Mai 2019 aufgehoben. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Detmold vom 20. Oktober 2015 wird zurückgewiesen, soweit die Nachforderung für den Beigeladenen zu 3. in Höhe von 1566,96 Euro betroffen ist.

Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens in allen Rechtszügen mit Ausnahme der Kosten der Beigeladenen.

Der Streitwert wird für das Revisionsverfahren auf 1566,96 Euro festgesetzt.

G r ü n d e :

I

1

Streitig ist die Nachforderung von Gesamtsozialversicherungs- und Umlagebeiträgen für den Beigeladenen zu 3. (im Folgenden: Beigeladener) iH von insgesamt 1566,96 Euro für die Zeit vom 1.1.2010 bis zum 31.10.2011 sowie vom 1.12.2011 bis zum 31.10.2012.

2

Die Klägerin betreibt mit behördlicher Erlaubnis Arbeitnehmerüberlassung. Der Beigeladene wurde von ihr im streitigen Zeitraum der KG (M KG) als Staplerfahrer überlassen. Ein vergleichbarer Staplerfahrer aus deren Stammebelegschaft erhielt nach einer vom LSG eingeholten Auskunft einen Stundenlohn inklusive Lohnzuschlägen von ca 9,50 Euro. In dem von der Klägerin und dem Beigeladenen abgeschlossenen "Arbeitsvertrag für Zeitarbeitnehmer" vom 5.11.2008 waren die einschlägigen Tarifverträge zwischen der Tarifgemeinschaft Christliche Gewerkschaften Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP) und dem Arbeitgeberverband Mittelständischer Personaldienstleister eV (AMP) für anwendbar erklärt worden. Am 22.4.2010 vereinbarten sie entsprechend einem von der Klägerin verwendeten Musteranstellungsvertrag rückwirkend zum 1.1.2010:

"Auf das Arbeitsverhältnis finden die zwischen dem Arbeitgeberverband Mittelständischer Personaldienstleister e.V. (AMP) einerseits und der Tarifgemeinschaft Christliche Gewerkschaften Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP), der Christlichen Gewerkschaft Metall (CGM), der DHV - Die Berufsgewerkschaft e.V. (DHV), dem Beschäftigtenverband Industrie, Gewerbe, Dienstleistung (BIGD), dem Arbeitnehmerverband land- und ernährungswirtschaftlicher Berufe (ALEB), medsonet - Die Gesundheitsgewerkschaft (medsonet) andererseits abgeschlossenen Tarifverträge, derzeit bestehend aus Manteltarifvertrag, Manteltarifvertrag für die Auszubildenden, Entgelttarifvertrag, Entgelttarifverträge West und Ost sowie Beschäftigungssicherungstarifvertrag, in ihrer jeweils gültigen Fassung Anwendung."

3

Auf dieser Grundlage erhielt der Beigeladene im streitigen Zeitraum einen Stundenlohn iH von zunächst 7,99 Euro, ab 1.10.2010 iH von 8,22 Euro und ab 1.7.2011 iH von 8,38 Euro.

4

Nach einer Betriebsprüfung für die Jahre 2010 bis 2013 forderte die Beklagte nach Anhörung der Klägerin weitere Gesamtsozialversicherungs- und Umlagebeiträge iH von insgesamt 43 497,76 Euro, davon 1566,96 Euro für den Beigeladenen. Wegen der Unwirksamkeit der Tarifvertragsklausel ergebe sich nach dem "equal-pay"-Grundsatz für die verliehenen Arbeitnehmer ein höherer Vergütungsanspruch und damit eine höhere Bemessungsgrundlage für die Sozialversicherungsbeiträge (*Bescheid vom 4.12.2014; Widerspruchsbescheid vom 20.5.2015*). Das Personal der Klägerin hatte zuvor telefonisch von dem Entleihunternehmen die Vergleichslöhne für Staplerfahrer erfragt und mit "9,00 - 9,30" Euro pro Stunde vermerkt. Dem Beigeladenen ordnete die Beklagte einen Mittelwert von 9,15 Euro zu.

5

Das SG Detmold hat die Klage abgewiesen (*Urteil vom 20.10.2015*). Das LSG Nordrhein-Westfalen hat die Nachforderung für den Beigeladenen von dem ursprünglichen Verfahren abgetrennt und insoweit das Urteil des SG sowie die Verwaltungsentscheidungen der Beklagten aufgehoben. Die Klägerin sei zu Unrecht vom "equal-pay"-Grundsatz abgewichen. Eine Bezugnahme auf mehrgliedrige Tarifverträge sei unwirksam; die Klägerin könne sich auch nicht auf Vertrauensschutz berufen. Allerdings sei die Schätzung wegen Verletzung der Amtsermittlungspflicht rechtswidrig. Die Beklagte hätte ohne unverhältnismäßig großen Verwaltungsaufwand die maßgebenden Entgeltansprüche durch Anfrage bei dem Leihunternehmen aufklären können (*Urteil vom 29.5.2019*).

6

Mit ihrer Revision rügt die Beklagte die Verletzung des [§ 28f Abs 2 Satz 2 SGB IV](#). Das LSG habe die Anforderungen an den Amtsermittlungsgrundsatz überspannt. Es sei nicht ermessensfehlerhaft, wenn sich die an der Betriebsprüfung Beteiligten darauf verständigten, auf die plausiblen und sachgerechten Erkenntnisse des Arbeitgebers zu vertrauen. Selbst wenn aber die Aufklärungspflicht verletzt worden sei, hätte das LSG das Urteil des SG und die Verwaltungsentscheidungen der Beklagten nicht aufheben dürfen, sondern aufgrund eigener Ermittlungen entscheiden müssen. Eine Schlechterstellung der Klägerin sei wegen des Verböserungsverbots unzulässig.

7

Die Beklagte beantragt, das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 29. Mai 2019 aufzuheben und die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Detmold vom 20. Oktober 2015 bezüglich der Nachforderung für den Beigeladenen zu 3. in Höhe von 1566,96 Euro zurückzuweisen.

8

Die Klägerin beantragt, die Revision der Beklagten zurückzuweisen.

9

Sie hält die erstinstanzliche Entscheidung im Ergebnis für zutreffend.

10

Die Beigeladenen stellen keinen Anträge.

II

11

Die zulässige Revision der Beklagten ist begründet ([§ 170 Abs 2 Satz 1 SGG](#)). Das LSG hat zu Unrecht das die Klage abweisende Urteil des SG vom 20.10.2015 aufgehoben. Der Bescheid der Beklagten vom 4.12.2014 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 20.5.2015 ([§ 95 SGG](#)) ist formal-rechtlich nicht zu beanstanden (*dazu A.*). In der Sache hat die Beklagte zu Recht angenommen, dass die Klägerin nicht vom "equal-pay"-Gebot abweichen durfte und daher höhere Sozialversicherungs- und Umlagebeiträge zu zahlen hatte (*dazu B.*). Entgegen der Ansicht des LSG sind hier die Voraussetzungen für die Schätzung des Vergleichslohns noch als erfüllt anzusehen (*dazu C.*).

12

A. Für den Erlass des die Beitragsfestsetzung regelnden Verwaltungsakts war die Beklagte sachlich zuständig. Nach [§ 28p Abs 1 Satz 1](#) und 5 SGB IV idF der Bekanntmachung vom 12.11.2009 (*BGBI I 3710*) prüfen die Träger der Rentenversicherung bei den Arbeitgebern, ob diese ihre Meldepflichten und ihre sonstigen Pflichten nach dem SGB IV, die im Zusammenhang mit dem Gesamtsozialversicherungsbeitrag stehen, ordnungsgemäß erfüllen, insbesondere die Richtigkeit der Beitragszahlungen und der Meldungen ([§ 28a SGB IV](#)) mindestens alle vier Jahre, und erlassen im Rahmen der Prüfung Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung einschließlich der Widerspruchsbescheide gegenüber den Arbeitgebern. Die Beklagte war als Rentenversicherungsträgerin auch zur Überwachung des Umlageverfahrens nach dem Aufwendungsausgleichsgesetz (AAG) und zum Erlass eines entsprechenden Umlagebescheids befugt. [§ 10 AAG](#) stellt die Beiträge zum Ausgleichsverfahren insoweit den Beiträgen zur gesetzlichen Krankenversicherung gleich (*BSG Urteil vom 4.9.2018 - B 12 R 4/17 R - BSGE 126, 226 = SozR 4-7815 § 10 Nr 3, RdNr 10; BSG Urteil vom 26.9.2017 - B 1 KR 31/16 R - BSGE 124, 162 = SozR 4-7862 § 7 Nr 1, RdNr 11*).

13

Der Prüfbescheid erging nach Anhörung ([§ 24 Abs 1 SGB X](#)) und bestimmt die Beitragsnachforderung personenbezogen, ein sog Summenbescheid liegt nicht vor. Die Leiharbeitnehmer und die auf sie jeweils entfallenden Teilbeträge sind in den Anlagen "Berechnung der Beiträge" und "Nachweis der Beiträge" zum Bescheid getrennt nach den Versicherungszweigen und den zuständigen Einzugsstellen ausgewiesen. Die Beklagte hat in ihrem Bescheid auf diese Anlagen unter der Überschrift "Anlagen" ausdrücklich hingewiesen (vgl *BSG Urteil vom 4.9.2018 - B 12 R 4/17 R - BSGE 126, 226 = SozR 4-7815 § 10 Nr 3, RdNr 11 mwN*).

14

B. Die Beklagte hat die Nachforderung für den Beigeladenen zu Recht festgesetzt. Der Bemessung der Beiträge ist nicht das dem Beigeladenen zugeflossene Arbeitsentgelt, sondern das nach dem Entstehungsprinzip arbeitsrechtlich geschuldete Arbeitsentgelt zugrunde zu legen (*dazu 1.*). Dieses richtet sich hier nach dem "equal-pay"-Gebot, das den Verleiher verpflichtet, dem Leiharbeitnehmer für die Zeit seiner Überlassung das vom Entleiher für einen vergleichbaren Arbeitnehmer gewährte Entgelt zu zahlen. Zu einer hiervon abweichenden Schlechterstellung aufgrund eines Tarifvertrags war die Klägerin nicht berechtigt (*dazu 2.*). Auf ein etwaiges Vertrauen in die Tariffähigkeit der CGZP oder in die Wirksamkeit der Bezugnahme Klausel aufgrund höchstrichterlicher Rechtsprechung kann sich die Klägerin nicht berufen (*dazu 3.*). Auch ein Vertrauensschutz auf europarechtlicher Grundlage besteht nicht (*dazu 4.*).

15

1. Maßgebend für die Beitragsbemessung ist das dem Beigeladenen nach dem Entstehungsprinzip arbeitsrechtlich geschuldete Arbeitsentgelt (*zur Anwendbarkeit dieses Prinzips im Zusammenhang mit "equal-pay" BSG Urteil vom 4.9.2018 - B 12 R 4/17 R - BSGE 126, 226 = SozR 4-7815 § 10 Nr 3, RdNr 14 ff*). Arbeitgeber haben darauf für versicherungspflichtig Beschäftigte den Gesamtsozialversicherungsbeitrag zu zahlen ([§ 28d Satz 1](#) und 2, [§ 28e Abs 1 Satz 1 SGB IV](#) idF der Bekanntmachung vom 12.11.2009, *BGBI I 3710*). Bei - wie hier - erlaubter Arbeitnehmerüberlassung (vgl [§ 1 Abs 1 Satz 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz <AÜG>](#) idF des Gesetzes zur Reform der Arbeitsförderung <Arbeitsförderungs-Reformgesetz> vom 24.3.1997 <*BGBI I 594*> und idF des Ersten Gesetzes zur Änderung des AÜG - Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung vom 28.4.2011 <*BGBI I 642*>) ist Arbeitgeber und originärer Beitragsschuldner der Verleiher (vgl *zur Arbeitgeberbereiengenschaft und Zahlungspflicht im Fall illegaler Arbeitnehmerüberlassung nach § 9 Abs 1 Nr 1 AÜG: Werner in Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB IV, 3. Aufl 2016, § 28e RdNr 68 ff, Stand 1.3.2016*). Der Beitragsbemessung liegt in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, der sozialen Pflegeversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung das Arbeitsentgelt aus der versicherungspflichtigen Beschäftigung zugrunde ([§ 226 Abs 1 Satz 1 Nr 1 SGB V](#) idF des Gesetzes zur Strukturreform im Gesundheitswesen <Gesundheits-Reformgesetz - GRG> vom 20.12.1988 <*BGBI I 2477*>, [§ 162 Nr 1 SGB VI](#) idF der Bekanntmachung vom 19.2.2002 <*BGBI I 754*>, [§ 57 Abs 1 Satz 1 SGB XI](#) idF des Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung <GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz - GKV-WSG> vom 26.3.2007 <*BGBI I 378*> sowie [§ 342 SGB III](#)). Dabei gilt im Beitragsrecht der Sozialversicherung für laufend gezahltes Arbeitsentgelt das sog Entstehungsprinzip ([§ 22 Abs 1 Satz 1 SGB IV](#) idF der Bekanntmachung vom 12.11.2009 <*BGBI I 3710*>; *zur Verfassungskonformität des Prinzips vgl BVerfG <Kammer> Beschluss vom 11.9.2008 - 1 BvR 2007/05 - SozR 4-2400 § 22 Nr 3*). Danach entstehen die Beitragsansprüche der Versicherungsträger, sobald ihre im Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes bestimmten Voraussetzungen vorliegen. Maßgebend für das Entstehen von an das Arbeitsentgelt Beschäftigter anknüpfenden Beitragsansprüchen ist damit allein das Entstehen des arbeitsrechtlich geschuldeten Entgeltanspruchs, ohne Rücksicht darauf, ob, von wem und in welcher Höhe dieser Anspruch im Ergebnis durch Entgeltzahlung erfüllt wird. Der Zufluss von Arbeitsentgelt ist nur entscheidend, soweit der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer mehr leistet als unter Beachtung der gesetzlichen, tariflichen oder einzelvertraglichen Regelungen geschuldet ist, also überobligatorische Zahlungen erbracht werden. Unerheblich ist auch, ob der einmal entstandene Entgeltanspruch vom Arbeitnehmer (möglicherweise) nicht mehr realisiert werden kann (*stRspr; vgl zuletzt BSG Urteil vom 4.9.2018 - B 12 R 4/17 R - BSGE 126, 226 = SozR 4-7815 § 10 Nr 3, RdNr 15 ff mwN*).

16

2. Das beitragspflichtige Arbeitsentgelt des Beigeladenen richtet sich hier nach der höheren Vergütung eines vergleichbaren Staplerfahrers im Entleihunternehmen ("equal-pay"; *dazu a*). Die Schlechterstellung des Beigeladenen gegenüber diesem Vergleichslohn war nicht durch tarifvertragliche Regelungen gerechtfertigt (*dazu b*).

17

a) Nach [§ 10 Abs 4 AÜG](#) (idF des Ersten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23.12.2002 <*BGBI I 4607*> bis 29.4.2011) kann der Leiharbeitnehmer im Fall der Unwirksamkeit der Vereinbarung mit dem Verleiher nach [§ 9 Nr 2 AÜG](#) von diesem die Gewährung der im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts verlangen. In der ab 30.4.2011 geltenden Gesetzesfassung (*des Ersten Gesetzes zur Änderung des AÜG - Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung vom 28.4.2011 <BGBI I 642>*) ist die Gleichstellung nach Abs 4 Satz 1 und 4 ausdrücklich als Verpflichtung des Verleihers ausgestaltet ("Der Verleiher hat ... zu gewähren"). Unwirksam sind nach [§ 9 Nr 2 AÜG](#) (idF der Gesetze vom 23.12.2002 und 28.4.2011, jeweils aaO) Vereinbarungen, die für den Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung an einen

Entleiher schlechtere als die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts vorsehen, es sei denn, ein Tarifvertrag lässt abweichende Regelungen zu. Nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer können im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrags die Anwendung der tariflichen Regelungen vereinbaren. Dies hat - im Falle der Wirksamkeit - zur Folge, dass der Verleiher grundsätzlich nur das tariflich vorgesehene Arbeitsentgelt gewähren muss (vgl. [§ 10 Abs 4 Satz 2 AÜG](#) idF vom 28.4.2011, aaO).

18

Dem Gleichstellungsgebot ist die Klägerin während der Überlassung des Beigeladenen nicht nachgekommen. Nach den bindenden Feststellungen des LSG ([§ 163 SGG](#)) erhielt der Beigeladene auf Grundlage der Vereinbarung in der hier streitigen Zeit einen Stundenlohn zwischen 7,99 Euro und 8,38 Euro, während vergleichbare Staplerfahrer im Entleihungsunternehmen mit 9,50 Euro vergütet wurden. Der "equal-pay"-Anspruch des Beigeladenen war bereits mit seiner Überlassung und nicht erst mit der Geltendmachung des Anspruchs entstanden (vgl. zuletzt [BSG Urteil vom 4.9.2018 - B 12 R 4/17 R - BSGE 126, 226 = SozR 4-7815 § 10 Nr 3, RdNr 16 mwN](#)).

19

b) Die Schlechterstellung des Beigeladenen war nicht aufgrund tarifvertraglicher Regelungen zulässig. Weder der ursprüngliche Arbeitsvertrag vom 5.11.2008 (*dazu aa*) noch die rückwirkende Änderungsvereinbarung vom 22.4.2010 (*dazu bb*) berechtigten wegen der jeweils für anwendbar erklärten Tarifverträge zur Abweichung vom Gebot der Gleichbehandlung.

20

aa) Ein von der Gleichstellungspflicht abweichender Tarifvertrag muss bei Abschluss der arbeitsvertraglichen Vereinbarung wirksam sein (vgl. [BAG Urteil vom 13.3.2013 - 5 AZR 954/11 - BAGE 144, 306 = juris RdNr 20](#)). Das gilt auch, wenn - wie hier - die Anwendung der tariflichen Regelungen ("im Geltungsbereich" des Tarifvertrags) arbeitsvertraglich vereinbart wird. Arbeitsvertragsparteien sind zwar grundsätzlich frei, ein kollektives Regelwerk in Bezug zu nehmen, ohne dass es auf dessen normative Wirksamkeit ankommt. Für die Annahme, der Tarifvertrag solle nach dem Willen der Vertragsparteien nur für den Fall der Wirksamkeit in Bezug genommen werden, bedarf es daher besonderer Anhaltspunkte. Solche sind aber gegeben, wenn nur mit einer Bezugnahme auf einen wirksamen Tarifvertrag der Zweck der Bezugnahme - hier das Abweichen vom Gebot der Gleichbehandlung - erreicht werden kann ([BAG Urteil vom 30.8.2017 - 4 AZR 443/15 - BAGE 160, 106 = juris RdNr 15](#); [BAG Urteil vom 13.3.2013 - 5 AZR 954/11 - BAGE 144, 306 = juris RdNr 35](#)).

21

Die Unwirksamkeit der mit dem Arbeitsvertrag vom 5.11.2008 in Bezug genommenen Tarifverträge der CGZP von Anfang an ergibt sich aus dem - mit Bindungswirkung auch für die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit festgestellten - Fehlen der Tariffähigkeit der CGZP bei Abschluss dieser Tarifverträge (vgl. [BSG Urteil vom 16.12.2015 - B 12 R 11/14 R - BSGE 120, 209 = SozR 4-2400 § 28p Nr 6, RdNr 26 ff](#); [BAG Urteil vom 13.3.2013 - 5 AZR 954/11 - BAGE 144, 306 = juris RdNr 21 ff](#)). Unwirksam sind zumindest alle von der CGZP bis zum 14.12.2010 geschlossenen Tarifverträge, denn nach der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung steht rechtskräftig fest, dass die CGZP vom Zeitpunkt ihrer Gründung am 11.12.2002 bis jedenfalls zum 14.12.2010 nicht tariffähig war (für die Zeit vor dem 8.10.2009 vgl. [BAG Beschluss vom 23.5.2012 - 1 AZB 58/11 - BAGE 141, 382](#); hierzu [BVerfG <Kammer> Beschluss vom 25.4.2015 - 1 BvR 2314/12 - NJW 2015, 1867 = NZA 2015, 757](#); für die Zeit ab 8.10.2009 vgl. [BAG Beschluss vom 14.12.2010 - 1 ABR 19/10 - BAGE 136, 302 = AP Nr 6 zu § 2 TVG Tariffähigkeit](#); hierzu [BVerfG <Kammer> Beschluss vom 10.3.2014 - 1 BvR 1104/11 - NZA 2014, 496](#)).

22

bb) Auch die am 22.4.2010 rückwirkend vereinbarte dynamische Bezugnahmeklausel hat die Klägerin nicht von dem Gebot der Gleichbehandlung entbunden. Der Senat schließt sich insoweit der Rechtsprechung des BAG an ([BAG Urteil vom 13.3.2013 - 5 AZR 954/11 - BAGE 144, 306 = juris RdNr 26 ff](#); [BAG Urteil vom 13.3.2013 - 5 AZR 242/12 - juris RdNr 18 ff](#); [BAG Urteil vom 19.2.2014 - 5 AZR 920/12 - juris RdNr 31](#); [BAG Urteil vom 19.2.2014 - 5 AZR 700/12 - juris RdNr 15, 28](#)), wonach der Verweis auf einen mehrgliedrigen Tarifvertrag ohne Kollisionsregel nach [§ 307 Abs 1 BGB](#) (idF der [Bekanntmachung vom 2.1.2002 <BGB I 42>](#)) unwirksam ist.

23

Bei den hier von den Vertragsparteien in Bezug genommenen Tarifverträgen zwischen dem AMP, der CGZP und anderen christlichen Arbeitnehmervereinigungen handelt es sich um einen mehrgliedrigen Tarifvertrag. Bei diesem sind mehrere selbstständige Tarifverträge in einer Urkunde zusammengefasst. Die arbeitsvertragliche Bezugnahme erstreckt sich hier auf sechs eigenständige Tarifwerke, jeweils bestehend aus Mantel-, Entgeltrahmen-, Entgelt- und Beschäftigungssicherungstarifvertrag. Mangels anderweitiger Regelung in der Klausel, etwa einer einsatzbezogenen Differenzierung der anzuwendenden Tarifwerke nach der Branche des Entleihers, muss der durchschnittliche Leiharbeiter davon ausgehen, dass gleichzeitig sechs eigenständige Tarifwerke auf sein Arbeitsverhältnis Anwendung finden ([BAG Urteil vom 13.3.2013 - 5 AZR 954/11 - BAGE 144, 306 = juris RdNr 27](#)). Damit ist die Änderungsvereinbarung intransparent. Es handelt sich insoweit um eine Allgemeine Geschäftsbedingung ([§ 305 Abs 1 Satz 1 BGB](#) idF vom 2.1.2002 <[BGB I 42](#)>), die von der Klägerin nach einem Musteranstellungsvertrag für eine Vielzahl von Änderungsvereinbarungen vorformuliert und einseitig gestellt wurde; Anhaltspunkte dafür, die Klausel sei "ausgehandelt" worden ([§ 305 Abs 1 Satz 3 BGB](#) idF vom 2.1.2002, aaO), liegen nicht vor. Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind nach [§ 307 Abs 1 BGB](#) unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen ([Satz 1](#)); eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist ([Satz 2](#)). Dies ist hier der Fall.

24

Bei einer Bezugnahmeklausel, mit der mehrere eigenständige tarifliche Regelwerke gleichzeitig auf das Arbeitsverhältnis zur Anwendung gebracht werden sollen, bedarf es zur Gewährleistung ihrer hinreichenden Bestimmtheit einer Kollisionsregel, der sich entnehmen lässt,

welches der mehreren in Bezug genommenen tariflichen Regelwerke bei sich widersprechenden Regelungen den Vorrang haben soll. Andernfalls lässt sich nicht für jeden Zeitpunkt bestimmen, welches der in Bezug genommenen tariflichen Regelwerke sich jeweils durchsetzen und gelten soll (*BAG Urteil vom 13.3.2013 - 5 AZR 954/11 - BAGE 144, 306 = juris RdNr 30; BAG Urteil vom 13.3.2013 - 5 AZR 242/12 - juris RdNr 22*). Eine solche Kollisionsregel liegt hier nicht vor. Daher kann der Leiharbeiternehmer aus der Klausel nicht ersehen, welches Regelwerk bei welcher - für das Gebot der Gleichbehandlung nach § 10 Abs 4 AÜG maßgeblichen - Überlassung gelten soll. Unerheblich ist, dass bei der Vereinbarung der Klausel die tariflichen Regelwerke noch inhaltsgleich waren. Der Arbeitnehmer muss bereits bei Vertragsschluss für die Dauer des Arbeitsverhältnisses erkennen können, was ggf "auf ihn zukommt" (*vgl BAG Urteil vom 16.5.2012 - 5 AZR 331/11 - BAGE 141, 324 = juris RdNr 21 mwN*). Er kann weder auf eine ständige Beobachtung der Tariflandschaft im Arbeitnehmerüberlassungsgewerbe noch zu Spekulationen darüber verpflichtet werden, welches von mehreren tariflichen Regelwerken zu einem bestimmten Zeitpunkt auf sein Arbeitsverhältnis Anwendung finden soll (*BAG Urteil vom 13.3.2013 - 5 AZR 954/11 - BAGE 144, 306 = juris RdNr 32; BAG Urteil vom 13.3.2013 - 5 AZR 242/12 - juris RdNr 24*).

25

3. Die Klägerin kann sich demgegenüber nicht auf Vertrauensschutz nach Art 20 Abs 3 GG berufen. Dies gilt für die Tariffähigkeit der CGZP (*vgl dazu bereits ausführlich BSG Urteil vom 16.12.2015 - B 12 R 11/14 R - BSGE 120, 209 = SozR 4-2400 § 28p Nr 6, RdNr 30 ff; BAG Urteil vom 13.3.2013 - 5 AZR 954/11 - BAGE 144, 306 = juris RdNr 23 ff; BAG Urteil vom 28.5.2014 - 5 AZR 422/12 - juris RdNr 17 ff; BVerfG <Kammer> Beschluss vom 25.4.2015 - 1 BvR 2314/12 - NJW 2015, 1867 = NZA 2015, 757*) und auch hinsichtlich der Wirksamkeit der Bezugnahme Klausel (*s dazu im Folgenden*).

26

Während eine echte Rückwirkung von Gesetzen verfassungsrechtlich grundsätzlich unzulässig ist, besteht im Grundsatz nach der Rechtsprechung des BVerfG kein Vertrauen in den Fortbestand höchstrichterlicher Rechtsprechung. Höchststrichterliche Rechtsprechung schafft kein Gesetzesrecht und erzeugt keine damit vergleichbare Rechtsbindung. Die Änderung einer ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung ist unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes grundsätzlich unbedenklich, wenn sie hinreichend begründet ist und sich im Rahmen einer vorhersehbaren Entwicklung hält (*vgl BVerfG Beschluss vom 15.1.2009 - 2 BvR 2044/07 - BVerfGE 122, 248 = juris RdNr 85 mwN*). Schutzwürdiges Vertrauen in eine bestimmte Rechtslage aufgrund höchstrichterlicher Rechtsprechung kann daher in der Regel nur bei Hinzutreten weiterer Umstände, insbesondere bei einer gefestigten und langjährigen Rechtsprechung entstehen (*vgl BVerfG Beschluss vom 2.5.2012 - 2 BvL 5/10 - BVerfGE 131, 20 = juris RdNr 81 mwN*). Eine rückwirkende Änderung ist indes ausgeschlossen, wenn im konkreten Einzelfall nach einer Gesamtwürdigung besondere Umstände für ein über die allgemeinen Grundsätze hinausgehendes besonderes Vertrauen vorliegen, wobei Dispositionen in Erwartung einer bestimmten richterlichen Entscheidung für sich gesehen grundsätzlich nicht ausreichend sind (*vgl BVerfG <Kammer> Beschluss vom 5.11.2015 - 1 BvR 1667/15 - juris RdNr 12, 25 mwN; BVerfG <Kammer> Beschluss vom 25.4.2015 - 1 BvR 2314/12 - juris RdNr 13; BSG Urteil vom 19.9.2019 - B 12 R 25/18 R - BSGE 129, 95 = SozR 4-2400 § 7 Nr 43, RdNr 20; BSG Urteil vom 16.12.2015 - B 12 R 11/14 R - BSGE 120, 209 = SozR 4-2400 § 28p Nr 6, RdNr 30 ff; zum Ausschluss der rückwirkenden Anwendung einer geänderten höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Nachteil des Arbeitgebers im Beitragsrecht vgl BSG Urteil vom 18.11.1980 - 12 RK 59/79 - BSGE 51, 31, 36 ff = SozR 2200 § 1399 Nr 13 S 26 ff = juris RdNr 23 ff*).

27

Der Senat teilt die Rechtsauffassung des LSG, dass es hier an einem ausreichenden Anknüpfungspunkt für den von der Klägerin geltend gemachten Vertrauensschutz aufgrund früherer Rechtsprechung fehlt. Weder das BAG noch das BSG hatten bislang eine Entscheidung über die Wirksamkeit der hier konkret zu beurteilenden Klausel oder einer Klausel der verwendeten Art (Bezugnahme auf mehrgliedrigen Tarifvertrag) im Zusammenhang mit § 9 Nr 2 AÜG getroffen. Auch die bisherige höchstrichterliche Rechtsprechung des BAG zum Transparenzgebot nach § 307 Abs 1 Satz 2 BGB bei dynamischen Verweisungen konnte der Klägerin keinen ausreichenden Vertrauensschutz vermitteln. Unabhängig davon, dass der zuständige Spruchkörper des BAG offenbar selbst keinen Anlass für die Anknüpfung einer Rechtsprechungsänderung oder die Vorlage an den Großen Senat (§ 45 Arbeitsgerichtsgesetz) wegen Abweichung von der Rechtsprechung eines anderen Senats gesehen hat, vermag auch der erkennende Senat in den Entscheidungen des BAG vom 13.3.2013 (*5 AZR 954/11 - BAGE 144, 306 = juris - und 5 AZR 242/12 - juris*) keine Abkehr von einer gefestigten Rechtsprechung zu erblicken. Dies wäre aber zur Begründung des Vertrauensschutzes auch im Beitragsrecht erforderlich.

28

In dem - von der Klägerin in Bezug genommenen - Urteil des BAG vom 16.2.2010 (*3 AZR 181/08 - BAGE 133, 181 = juris RdNr 43*) wird zwar ausgeführt, dass eine dynamische Verweisung auf Vorschriften eines anderen Regelwerks für sich genommen noch nicht zur Intransparenz führen würde. Bezugnahme Klauseln, auch dynamische, seien im Arbeitsrecht - insbesondere im Betriebsrentenrecht - weit verbreitet, entsprächen einer üblichen Regelungstechnik und dienten den Interessen beider Parteien eines auf die Zukunft gerichteten Arbeitsverhältnisses. Dies betrifft jedoch gerade den "dynamischen", also zukunftsffenen Charakter einer Verweisung. Dessen Zulässigkeit wird mit dem Urteil des BAG vom 13.3.2013 (*5 AZR 954/11 - BAGE 144, 306 = juris RdNr 30*) nicht in Frage gestellt. Der 5. Senat des BAG bezieht sich vielmehr selbst auf die bisherige Rechtsprechung (*ua BAG Urteil vom 21.11.2012 - 4 AZR 85/11 - BAGE 144, 36 = juris RdNr 35*), wonach unerheblich sei, dass bei Vertragsschluss der zukünftige Inhalt des Regelwerks noch nicht absehbar sei; ausreichend sei, wenn die im Zeitpunkt der jeweiligen Anwendung geltenden in Bezug genommenen Regelungen bestimmbar seien (*vgl BAG Urteil vom 18.11.2009 - 4 AZR 493/08 - juris RdNr 25 mwN; auch BAG Urteil vom 16.2.2010 - 3 AZR 181/08 - BAGE 133, 181 = juris RdNr 43*). Mit der Einschätzung, die Bezugnahme Klausel sei unwirksam, wenn nicht ausreichend feststellbar sei, welches Regelwerk im Fall widersprechender Regelungen gelten solle, löst sich der 5. Senat nicht vom Kriterium der Bestimmbarkeit. Dass es für das Transparenzgebot iS von § 307 Abs 1 Satz 2 BGB auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses ankommt und bereits dann für den Leiharbeiternehmer für die Dauer des Arbeitsverhältnisses erkennbar sein muss, "was auf ihn zukommt", ergibt sich auch bereits aus früheren Entscheidungen des BAG. Diese betreffen zwar nicht eine dynamische Bezugnahme auf Tarifverträge, stehen aber insbesondere mit der Höhe der Arbeitsvergütung in Zusammenhang (*vgl ua BAG Urteil vom 16.5.2012 - 5 AZR 331/11 - BAGE 141, 324 = juris RdNr 21; BAG Urteil vom 17.8.2011 - 5 AZR 406/10 - BAGE 139, 44 = juris RdNr 14; BAG Urteil vom 1.9.2010 - 5 AZR 517/09 - BAGE 135, 250 = juris RdNr 15; BAG Urteil vom 5.8.2009 - 10 AZR 483/08 - juris RdNr 14*).

29

Der 5. Senat des BAG setzt sich auch nicht in Widerspruch zu dem Sinn des Transparenzgebots, wie er ua in dem - von der Klägerin in Bezug genommenen - Urteil des BAG vom 20.3.2013 ([10 AZR 8/12](#) - *juris RdNr 23*) beschrieben wird. Danach soll das Gebot der Gefahr vorbeugen, dass der Vertragspartner des Klauselverwenders von der Durchsetzung bestehender Rechte abgehalten wird. Ein Verstoß gegen das Transparenzgebot liege deshalb nicht schon dann vor, wenn der Arbeitnehmer keine oder nur eine erschwerte Möglichkeit habe, die betreffende Regelung zu verstehen. Erst in der Gefahr, dass der Vertragspartner des Klauselverwenders wegen unklar abgefasster Allgemeiner Vertragsbedingungen seine Rechte nicht wahrnehme, liege eine unangemessene Benachteiligung iS von [§ 307 Abs 1 Satz 2 BGB](#) (BAG Urteil vom 20.3.2013 - [10 AZR 8/12](#) - *juris RdNr 23*). Gerade diese Gefahr sieht der 5. Senat hier aber im Zusammenhang mit dem "equal-pay"-Gebot als gegeben an (BAG Urteil vom 13.3.2013 - [5 AZR 954/11](#) - [BAGE 144, 306](#) = *juris RdNr 30*). Auch insoweit liegt also keine Abweichung im Grundsätzlichen vor, sondern eine Anwendung bisheriger Grundsätze auf die Umstände des Einzelfalls.

30

Dass es bis zur Entscheidung des 5. Senats des BAG noch keine höchstrichterliche Entscheidung gab, die eine Bezugnahmeklausel wegen Intransparenz für nichtig erklärte (so *Thüsing, NZA 2013, 948, 949*), führt nicht dazu, dass die Klägerin auf ein entsprechendes Ergebnis hätte vertrauen können. Auch wenn der Hinweis auf die fehlende Kollisionsregel bei der Bezugnahme auf mehrgliedrige Tarifverträge neu gewesen sein mag (so ua *Mengel, NZA 2013, 948, 949*), wird damit nicht rückwirkend für die Vergangenheit eine unerfüllbare Forderung aufgestellt. Denn letztlich wird auf diese Weise nur aufgezeigt, dass die Bezugnahme entgegen dem bestehenden Transparenzgebot unklar war und wie dies hätte vermieden werden können. Insofern handelt es sich durchaus um eine (wenn auch knappe) Auslegung der Klausel, deren Fehlen der Kläger (so auch *Mengel, aaO*) zu Unrecht rügt.

31

Die Klägerin durfte auch nicht darauf vertrauen, dass das BAG die Bezugnahmeklausel deshalb als wirksam ansehen würde, weil die tariflichen Regelwerke bei Vereinbarung der Klausel noch inhaltsgleich waren. Dies ändert an der fehlenden Bestimmbarkeit des konkret anwendbaren Regelwerks im Kollisionsfall nichts. Angesichts der strittigen Frage nach der aktuellen Tarifaffähigkeit einzelner Gewerkschaften (vgl zur CGZP BAG Beschluss vom 14.12.2010 - [1 ABR 19/10](#) - [BAGE 136, 302](#); zu *medsonet* BAG Beschluss vom 11.6.2013 - [1 ABR 33/12](#) - [BAGE 145, 205](#); zu *BIGD ArbG Duisburg* Beschluss vom 22.8.2012 - [4 BV 29/12](#) - *juris*; zu *ALEB ArbG Bonn* Beschluss vom 31.10.2012 - [4 BV 90/12](#) - *juris*) durfte die Klägerin das Risiko der Unwirksamkeit einzelner Tarifwerke nicht durch eine unklare mehrgliedrige Bezugnahme abwenden und auf die Arbeitnehmer verlagern. Zudem weist das LSG zutreffend auf die inhomogene Rechtsprechung der Obergerichte zu der Bezugnahmeklausel hin (LSG Nordrhein-Westfalen Urteil vom 29.5.2019 - [L 8 R 758/17](#) - *juris RdNr 111 mwN*; vgl hierzu auch *Bissels in Tschöpe, Arbeitsrecht Handbuch, 11. Aufl 2019, Teil 6 D, Arbeitnehmerüberlassungsrecht RdNr 160 mwN*), weshalb eine - dem Vertrauensschutz entgegenstehende - unsichere Rechtslage bereits im Vorfeld der von der Klägerin kritisierten Entscheidung des BAG vorlag.

32

4. Auch europarechtliche Vorgaben erfordern keine andere Beurteilung. Es ist nicht ersichtlich, dass die Rechtsprechung des BAG zur Unwirksamkeit der Bezugnahmeklausel eine unzulässige Maßnahme iS des Art 4 Abs 1 der Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.11.2008 über Leiharbeit (RL; *ABl L 327 vom 5.12.2008 S 9*) darstellen könnte. Danach sind Verbote oder Einschränkungen des Einsatzes von Leiharbeit aus Gründen des Allgemeininteresses, vor allem zum Schutz der Leiharbeitnehmer gerechtfertigt. Die Forderung nach einer ausreichend bestimmten Bezugnahmeklausel dient aber gerade dem von der RL bezweckten Schutz des beigeladenen Leiharbeitnehmers (vgl auch Art 2 RL und dazu *BSG Urteil vom 18.1.2018* - [B 12 R 3/16 R](#) - [BSGE 125, 105](#) = *SozR 4-7815 § 10 Nr 2, RdNr 24*). Ebenso wenig steht sie in erkennbarem Widerspruch zu dem aus dem Grundsatz der Rechtssicherheit abgeleiteten europarechtlichen Transparenzgebot (vgl *EuGH Urteil vom 18.1.2001* - [C-162/99](#) - [EuZW 2001, 187](#), *juris RdNr 22*; *EuGH Urteil vom 14.9.2010* - [C-550/07 P](#) - *juris RdNr 100*).

33

C. Die Klägerin ist auch durch das der Beitragsfestsetzung zugrunde liegende Schätzverfahren nicht in ihren Rechten verletzt.

34

Durch die Festlegung des Vergleichslohns in Höhe des Mittelwerts (9,15 Euro) innerhalb der Vergleichsspanne von 9,00 bis 9,30 Euro hat die Beklagte eine Schätzung vorgenommen, zu der sie als prüfender Träger der Rentenversicherung nach [§ 28f Abs 2 Satz 1 bis 3 SGB IV](#) grundsätzlich berechtigt ist. Die Schätzbefugnis gilt im Fall der Verletzung von Aufzeichnungspflichten (*dazu 1.*) nicht nur, wenn die Lohnsumme für den Erlass eines Summenbescheids iS des [§ 28f Abs 2 Satz 1 SGB IV](#) (*idF der Bekanntmachung vom 12.11.2009, aaO*) nicht festgestellt werden kann, sondern auch, wenn zwar eine personenbezogene Zuordnung, nicht aber die genaue Bestimmung der Entgelthöhe möglich ist (*BSG Urteil vom 4.9.2018* - [B 12 R 4/17 R](#) - [BSGE 126, 226](#) = *SozR 4-7815 § 10 Nr 3, RdNr 19 mwN*). Soweit der prüfende Träger der Rentenversicherung die Höhe der Arbeitsentgelte nicht oder nicht ohne unverhältnismäßig großen Verwaltungsaufwand ermitteln kann (*dazu 2.*), hat er diese nach [§ 28f Abs 2 Satz 3 SGB IV](#) (*idF der Bekanntmachung vom 12.11.2009* <[BGBI I 3710](#)>) zu schätzen. Entgegen der Ansicht des LSG sind hier die Voraussetzungen für eine Schätzung noch als erfüllt anzusehen. Dem steht der vom Berufungsgericht ermittelte Vergleichslohn von "ca." 9,50 Euro nicht entgegen (*dazu 3.*). Unabhängig davon würde selbst eine unzulässige Schätzung nicht zur Aufhebung der angefochtenen Verwaltungsentscheidung führen (*dazu 4.*).

35

1. Die Klägerin hat ihre Aufzeichnungspflicht verletzt. Arbeitgeber haben nach [§ 28f Abs 1 Satz 1](#) und 2 SGB IV (*idF der Bekanntmachung vom 12.11.2009* <[BGBI I 3710](#)> und des Vierten Gesetzes zur Änderung des SGB IV und anderer Gesetze vom 22.12.2011 <[BGBI I 3057](#)>) für jeden Beschäftigten außerhalb privater Haushalte, getrennt nach Kalenderjahren, Lohn-/Entgeltunterlagen im Geltungsbereich des SGB

in deutscher Sprache zu führen. Diese Pflicht ist verletzt, wenn der Arbeitgeber die erforderlichen Aufzeichnungen ganz oder teilweise unterlässt, wobei es nicht darauf ankommt, ob ihn ein Verschulden trifft. Einem Unterlassen vollständiger Aufzeichnung steht es gleich, wenn eine ausreichende Mitwirkung des Verleiher zur (nachträglichen) Feststellung des beitragspflichtigen Arbeitsentgelts unterbleibt (vgl. *BSG Urteil vom 4.9.2018 - B 12 R 4/17 R - BSGE 126, 226 = SozR 4-7815 § 10 Nr 3, RdNr 20 f mwN*).

36

Festzustellen war hier das Arbeitsentgelt, das der Leiharbeitnehmer erhalten hätte, wenn er in der gleichen Zeit für die gleiche Tätigkeit unmittelbar beim Entleiher eingestellt worden wäre (vgl. *BAG Urteil vom 19.2.2014 - 5 AZR 920/12 - juris RdNr 62; vgl. auch Art 5 Abs 1 RL und Schüren in Schüren/Hamann, AÜG, 5. Aufl 2018, § 8 RdNr 35 ff; zu den Bestandteilen des Arbeitsentgelts vgl. BAG Urteil vom 23.3.2011 - 5 AZR 7/10 - BAGE 137, 249 = juris RdNr 33*). Leistet die Entleiherin ihren vergleichbaren Arbeitnehmern eine Vergütung nach Maßgabe eines Tarifvertrags, ist grundsätzlich die tarifgerechte Eingruppierung und Vergütung unter Einbeziehung der Qualifikation, Tätigkeit, Berufserfahrung und Beschäftigungsdauer festzustellen (*BAG Urteil vom 23.3.2011 - 5 AZR 7/10 - BAGE 137, 249 = juris RdNr 36*). Liegt ein Tarifvertrag im Entleihbetrieb - wie hier - nicht vor, ist die Höhe des Vergleichsentgelts allein tätigkeitsbezogen zu bestimmen. Weitere Merkmale wie zB die formale Qualifikation, die Kompetenz oder Berufserfahrung sind von Bedeutung, wenn diese auch bei Stammarbeitnehmern des Entleihers vergütungsrelevant sind (*BAG Urteil vom 21.10.2015 - 5 AZR 604/14 - BAGE 153, 75 = juris RdNr 26*). Die Klägerin hat hingegen - aus ihrer Sicht konsequent - die Lohn-/Entgeltunterlagen auf Basis der tatsächlich gezahlten Vergütung und damit unzutreffend geführt. Da sie - zu Unrecht (*s oben*) - von einer tarifrechtlichen Ausnahme vom "equal-pay"-Gebot ausgegangen ist, enthielt auch der Überlassungsvertrag zwischen Verleiher und Entleiher nicht die nach [§ 12 Abs 1 Satz 3 AÜG](#) (*idF des Dritten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23.12.2003 <BGBl I 2848>*) und des *Ersten Gesetzes zur Änderung des AÜG - Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung vom 28.4.2011 <BGBl I 642>*) objektiv erforderlichen Angaben darüber, welche besonderen Merkmale die für den Leiharbeitnehmer vorgesehene Tätigkeit hatte, welche berufliche Qualifikation dafür erforderlich war und welche im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts galten. Die Klägerin hat zwar bei der rückwirkenden Feststellung des Entgelts durch telefonische Nachfragen bei dem Entleihunternehmen mitgewirkt. Daraufhin wurde aber lediglich eine Entgeltspanne (9,00 bis 9,30 Euro) ohne nähere Angaben zu den Differenzierungsmerkmalen des [§ 12 Abs 1 Satz 3 AÜG](#) vermerkt.

37

2. Die für die Beitragsbemessung maßgebenden Entgeltansprüche ließen sich auch "nicht ohne unverhältnismäßig großen Verwaltungsaufwand" für die Beklagte ermitteln. Insoweit bedarf es einer Abwägung zwischen dem im Einzelfall aufgrund der Amtsermittlungspflicht des prüfenden Trägers ([§ 20 SGB X](#)) zu erwartenden Verwaltungsaufwand und den Interessen des Versicherten sowie des Arbeitgebers, wobei auf die Verhältnisse im Zeitpunkt des Erlasses des Widerspruchsbescheids abzustellen ist (*BSG Urteil vom 16.12.2015 - B 12 R 11/14 R - BSGE 120, 209 = SozR 4-2400 § 28p Nr 6, RdNr 57 f*). Damit grenzt das Gesetz die Schätzbefugnis von der Verletzung der - auf ein zumutbares Maß beschränkten (*Werner in Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB IV, 3. Aufl 2016, § 28f RdNr 58, Stand 1.3.2016*) - Aufklärungspflicht der Prüfbehörde ab.

38

Unter Berücksichtigung der bei Erlass des hier angefochtenen Widerspruchsbescheids gegebenen Verhältnisse musste die Beklagte wegen der von der Klägerin beim Entleiher erfragten Vergleichslohnspanne von 9,00 bis 9,30 Euro keine weitere Aufklärung betreiben. Sie hat zu Recht geltend gemacht, dass sie insoweit keinen Anlass zu Zweifeln hatte. Zwar dürfen Angaben Beteiligten oder Dritter nicht stets als wahr unterstellt werden. Der Untersuchungsgrundsatz ([§ 20 SGB X](#)) geht aber auch nicht so weit, dass jede Behauptung bezweifelt werden muss und erst dann zugrunde gelegt werden darf, wenn sie bewiesen ist. Sofern eine Tatsache nicht bestritten wird und sich einer Behörde auch im Übrigen keine Bedenken aufdrängen, braucht sie grundsätzlich keine Ermittlungen "ins Blaue hinein" aufzunehmen (vgl. *Begründung zum Entwurf der Bundesregierung eines Sozialgesetzbuches - Verwaltungsverfahren - vom 4.8.1978, BT-Drucks 8/2034 S 32 zu § 20; Siefert in Schütze, SGB X, 9. Aufl 2020, § 20 RdNr 8*). Einer solchen Auslegung stehen hier nicht die Rechte des Beigeladenen entgegen. Denn auch [§ 13 AÜG](#) (*idF des Dritten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23.12.2003 <BGBl I 2848>*) und des *Ersten Gesetzes zur Änderung des AÜG - Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung vom 28.4.2011 <BGBl I 642>*) sieht die Auskunft des Entleihunternehmens gegenüber dem Leiharbeitnehmer über die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts grundsätzlich als taugliche Erkenntnisquelle an (vgl. *BAG Urteil vom 19.9.2007 - 4 AZR 656/06 - juris RdNr 54*). Das abweichende Ermittlungsergebnis des Berufungsgerichts (ca 9,50 Euro) konnte bei Erlass des Widerspruchsbescheids nicht berücksichtigt werden.

39

Auch die Schätzung an sich begegnet keinen Bedenken. Sie ist so exakt vorzunehmen, wie dies bei noch verhältnismäßigem Verwaltungsaufwand möglich ist, und nicht zu beanstanden, wenn sie auf sorgfältig ermittelten Tatsachen gründet und nachvollziehbar ist, weil sie insbesondere nicht gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstößt (*BSG Urteil vom 4.9.2018 - B 12 R 4/17 R - BSGE 126, 226 = SozR 4-7815 § 10 Nr 3, RdNr 23*). Zur näheren Bestimmung des Vergleichsentgelts innerhalb der Lohnspanne wäre eine weitere Tatsachenermittlung nötig gewesen. Den damit verbundenen Verwaltungsaufwand durfte die Beklagte als unverhältnismäßig ansehen. [§ 28f Abs 2 SGB IV](#) betrifft als Regelfall den Erlass eines Summenbescheids, der nur als "ultima ratio" in Betracht kommt (vgl. *Schlegel in Küttner, Personalhandbuch 2021, 28. Aufl, Aufzeichnungspflichten RdNr 22*). Prüfungsmaßstab bei einer - wie hier - personenbezogenen Entgeltschätzung ist eine Abwägung zwischen dem im Einzelfall zu erwartenden Verwaltungsaufwand und den Interessen des Versicherten im Hinblick auf spätere Leistungsansprüche wie auch des Arbeitgebers im Hinblick auf die Vermeidung überobligatorischer Beitragslasten (*BSG Urteil vom 4.9.2018 - B 12 R 4/17 R - BSGE 126, 226 = SozR 4-7815 § 10 Nr 3, RdNr 22 mwN*). Aufgrund des bei Abschluss des Widerspruchsverfahrens zugrunde gelegten Mittelwerts von 9,15 Euro belief sich der maximale Vor- oder Nachteil für den Beigeladenen wie für die Klägerin gegenüber der von der Klägerin vermerkten Entgeltspanne von 9,00 bis 9,30 Euro auf die für einen weiteren Lohn von 0,15 Euro (15 Cent) pro Stunde zu zahlenden Beiträge. Damit wäre für den Beigeladenen nur eine marginale Erhöhung einer gegebenenfalls zu erwartenden Rentenzahlung verbunden. Demgegenüber wären für die Zuordnung zu einem vergleichbaren Staplerfahrer im Leihunternehmen voraussichtlich mehrere individuelle Faktoren des Beigeladenen wie der anderen Staplerfahrer aufzuklären gewesen

(jeweilige Tätigkeit, Qualifikation, Kompetenz, Berufserfahrung). Hinzu kommt, dass dem Vergleich eines Leiharbeitnehmers mit Stammbeschäftigten des Unternehmens und individuell ausgehandelter Vergütung von vorneherein gewisse Unschärfen immanent sind und die hypothetische Betrachtung im Ergebnis immer nur einen Näherungswert ermöglicht. Unter diesen Umständen durfte die Beklagte hier eine Schätzung im Sinne eines Mittelwerts noch als angemessen ansehen.

40

3. Das vom LSG ermittelte Vergleichsentgelt von 9,50 Euro führt zu keinem anderen Ergebnis. Hat der prüfende Träger das der Beitragsbemessung zugrunde gelegte Arbeitsentgelt spätestens bei Erlass des Widerspruchsbescheids rechtmäßig geschätzt, sieht [§ 28f Abs 2 Satz 5 SGB IV](#) (idF der Bekanntmachung vom 12.11.2009 <[BGBI I 3710](#)>) ein spezielles Abänderungsverfahren vor. Danach ist ein aufgrund der Sätze 1, 3 und 4 ergangener Bescheid insoweit zu widerrufen, als nachträglich Versicherungs- oder Beitragspflicht oder Versicherungsfreiheit festgestellt und die Höhe des Arbeitsentgelts nachgewiesen werden. Das nach abgeschlossenem Schätzungsverwaltungsverfahren nachgewiesene Arbeitsentgelt berührt nicht die Rechtmäßigkeit der Schätzung und ist daher nicht im Rahmen der Anfechtungsklage gegen den die Schätzung regelnden Verwaltungsakt, sondern mit dem besonderen Widerrufsverfahren nach [§ 28f Abs 2 Satz 5 SGB IV](#) geltend zu machen. Dabei sind alle für die individuelle Beitragsfeststellung erforderlichen Angaben mitzuteilen (vgl [§ 28f Abs 3 SGB IV](#); BSG Urteil vom 7.2.2002 - [B 12 KR 12/01 R](#) - [BSGE 89, 158](#) = [SozR 3-2400 § 28f Nr 3](#) = *juris RdNr 28*).

41

4. Im Übrigen käme die Aufhebung des angegriffenen Verwaltungsakts aber auch dann nicht in Betracht, wenn der Beklagten die Feststellung des exakten Vergleichslohns ohne unverhältnismäßig großen Verwaltungsaufwand möglich und die Schätzung damit unzulässig gewesen wäre. Denn ein auf nicht ausreichender Sachverhaltsermittlung beruhender Verwaltungsakt ist nur dann aufzuheben, wenn er auch materiell-rechtlich falsch ist (vgl BSG Urteil vom 3.12.1998 - [B 7 AL 110/97 R](#) - *juris RdNr 18*) und dadurch Rechte des Betroffenen verletzt. Erkennt eine Tatsacheninstanz - wie hier das LSG - einen Verstoß gegen den Amtsermittlungsgrundsatz, hat sie die erforderlichen Ermittlungen von Amts wegen selbst anzustellen ([§ 103 SGG](#); ggf mit der Kostenfolge des [§ 192 Abs 4 SGG](#)). Die Aufhebung eines Verwaltungsakts bei fehlender Sachaufklärung und Zurückverweisung an die Behörde kommt nur unter engen - hier nicht gegebenen - Voraussetzungen in Betracht ([§ 131 Abs 5 SGG](#)). Eine Bindung an die dem Widerspruchsbescheid zugrunde gelegten Tatsachen kann bei einer Verletzung der zumutbaren Amtsermittlungspflicht der Beklagten nicht entstehen. Das LSG, das von einem Vergleichsentgelt von 9,50 Euro ausgegangen ist, hätte daher die Berufung der Klägerin zurückweisen müssen. Werden im angefochtenen Verwaltungsakt geringere Beiträge als gesetzlich vorgesehen festgesetzt, liegt darin eine begünstigende Regelung, auch wenn die Nachforderung als solche in erster Linie eine Belastung darstellt (vgl zur Nachforderung einer Umlage BSG Urteil vom 12.2.1992 - [10 RAR 6/90](#) - [BSGE 70, 117](#) = [SozR 3-1300 § 45 Nr 11](#) = *juris RdNr 16*). Eine ungünstigere Entscheidung als die Klageabweisung ist in einem solchen Fall wegen des Verbots der "reformatio in peius" ausgeschlossen (sog *Verböserungsverbot* - vgl Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, 13. Aufl 2020, [§ 123 RdNr 5 f](#)).

42

Soweit die Klägerin rügt, dass die im Berufungsverfahren eingeholte Auskunft von "ca." 9,50 Euro eine Spanne von 9,00 bis 10,00 Euro umfassen könne und daher möglicherweise auch ein Stundenlohn von unter 9,15 Euro denkbar sei, kann offenbleiben, ob die Beweiswürdigung des LSG ([§ 128 Abs 1 Satz 1 SGG](#)) insoweit zulässig (vgl zur sog *Gegenrüge Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, 13. Aufl 2020, § 170 RdNr 4b f*) und begründet gerügt worden ist. Insbesondere muss der Senat nicht entscheiden, ob dem LSG hier eine eigene Schätzbefugnis nach [§ 202 Satz 1 SGG](#) iVm [§ 287 Abs 2 ZPO](#) zukommt und ob es angesichts der Umstände eine zu vernachlässigende Unschärfe wegen der Circa-Angabe annehmen durfte oder weitere Ermittlungen hätte anstellen müssen. Denn der Senat geht bereits von der Rechtmäßigkeit der Schätzung durch die Beklagte aus.

43

D. Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a Abs 1 Satz 1 Teilsatz 3 SGG](#) iVm [§ 154 Abs 1](#), [§ 162 Abs 3 VwGO](#). Die Streitwertfestsetzung folgt aus [§ 197a Abs 1 Satz 1 Teilsatz 1 SGG](#) iVm [§ 63 Abs 2 Satz 1](#), [§ 52 Abs 3 Satz 1](#) und [47 Abs 1 GKG](#).

Rechtskraft
Aus
Saved
2021-12-23