

# Kindergärten sind Unternehmen! Warum die Rechtsform des „e. V.“ für zweckbetriebsdominierte NPOs nicht taugt und Alternativen (gGmbH, e. G.) gefragt sind

Eine Anmerkung zu KG Berlin v. 18. 1. 2011, 20. 1. 2011 und 7. 3. 2012 sowie Menges, ZStV 2012, 63 f.

Von Stefan Winheller, Frankfurt/Berlin\*

Für viele Vereine, die Kindergärten und Kindertagesstätten betreiben, kam der Beschluss des Kammergerichts (KG) Berlin v. 18. 1. 2011<sup>1</sup> überraschend. Das KG hatte entschieden, dass einem Kindergartenverein die Eintragung in das Vereinsregister zu versagen war, da er kein Ideal-, sondern ein wirtschaftlicher Verein sei. In ihrem Beitrag in ZStV 2012, 63 f. kritisiert Menges die Entscheidung als falsch. Ihre Kritik verfährt jedoch nicht; das KG hat korrekt entschieden – und es hat seine Auffassung zwischenzeitlich bereits konsequent auf Vereine mit anderer Zwecksetzung angewendet. Vereine, die umfangreiche Zweckbetriebe unterhalten, sollten daher gewarnt sein und sich nach alternativen Rechtsformen umschauen.

## 1. Die Auffassung des KG Berlin: Rechtsformverfehlung wegen zu intensiver wirtschaftlicher Betätigung

Die Entscheidung des KG betraf einen typischen Kindergartenverein, so wie man ihn tausendfach in ganz Deutschland antrifft. Satzungsmäßiger Zweck des Vereins war die Kinder-, Jugend- und Familienhilfe. Zur Förderung dieses Zwecks wollte der Verein Kindergärten sowie Jugend- und Familienzentren betreiben. Ohne zuvor mit dem zuständigen Finanzamt die Voraussetzungen der Gemeinnützigkeit geklärt zu haben, begehrte der Verein die Eintragung in das Vereinsregister zur Erlangung der Rechtsfähigkeit als Idealverein gemäß § 21 BGB. Da das Gericht im Betrieb von Kindergärten eine wirtschaftliche Betätigung erblickte, die über eine reine Nebentätigkeit im Rahmen des sog. „Nebenzweckprivilegs“ hinausging, versagte es die Eintragung und verwies den Verein auf eine andere Rechtsform<sup>2</sup>. Genauso erging es nur zwei Tage später einem Verein, der den Zweck verfolgte, den internationalen Comedyfilm bekannt zu machen und der zu diesem Zweck regelmäßig gegen Entgelt Filme vorführen wollte<sup>3</sup>. Und erst kürzlich erteilte einen Verein, der die Förderung von Klaviermusik bezweckte, das gleiche Schicksal: Die Veranstaltung von Konzerten und die Veröffentlichung von

Klaviermusik stellten nach Auffassung des KG Berlin<sup>4</sup> einen schädlichen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb dar. Die Eintragung in das Vereinsregister blieb ihm daher verwehrt.

## 2. Wirtschaftliche Betätigung als schädlicher Hauptzweck

In allen drei Fällen stellt das Gericht in bewährter Manier auf die zivilrechtliche Unterscheidung zwischen Idealvereinen (§ 21 BGB) und wirtschaftlichen Vereinen (§ 22 BGB) ab, wonach eine Eintragung als Idealverein dann zu versagen ist, wenn der Verein entgeltliche unternehmerische Tätigkeiten entfaltet, die dem ideellen Hauptzweck nicht mehr nur untergeordnet sind, sondern selbst zum (wirtschaftlichen) Hauptzweck erstarken. Eine solche unternehmerische Tätigkeit liegt dann vor, wenn der Verein planmäßig und auf Dauer entgeltlich Leistungen an Dritte erbringt. Ob er damit Gewinne erzielt, ist nebensächlich.

Diese Voraussetzungen waren sowohl beim Comedyfilmverein, beim Klaviermusikverein als auch beim Kindergartenverein erfüllt, auch wenn das Ergebnis, insbesondere in Bezug auf Letzteren, etwas verblüfft. Immerhin sind in Deutschland bundesweit zigtausende Kindergärten in der Rechtsform des e. V. aktiv. Gleichwohl: Wer weiß, wie Kindergärten heutzutage betrieben werden, wird die Auffassung des KG Berlin ohne Weiteres nachvollziehen können. Kindergärten beschäftigen in der Regel eine Vielzahl von Erzieherinnen und Erziehern und bieten den Eltern als Kunden im Leistungsaustausch gegen Gebühr ein umfassendes Betreuungskonzept an. Der Betrieb selbst wird meist in gemieteten Räumlichkeiten, gelegentlich aber auch in der vereinseigenen Immobilie unterhalten. Die Kosten des organisatorisch höchst anspruchsvollen Betriebs werden zum einen durch die Betreuungsgebühren, zum anderen durch finanzielle Zuschüsse seitens der Kommunen oder der sonstigen Träger gedeckt – nicht selten ist die Finanzierung des Betriebs reiner Überlebenskampf. Jährliche Einnahmen und Ausgaben des Betriebs im siebenstelligen Bereich sind keine Seltenheit, die Haftungsrisiken für die Beteiligten entsprechend hoch. Kurzum: Kindergartenvereine werden in aller Regel wie „normale“ gewerbliche mittelständische Unternehmen geführt, selbst wenn an ihrer Spitze ehrenamtliches Personal agiert.

Angesichts dessen ist die Auffassung von Menges<sup>5</sup>, die wirtschaftliche Tätigkeit des besagten Kindergartenvereins werde im Rahmen des Nebenzweckprivilegs ausgeübt, schwerlich nachvollziehbar. Zuzugeben ist ihr zwar, dass die Abgrenzung zwischen einem wirtschaftlichen und einem ideellen Verein schwierig und letztlich Wertungsfrage ist. Wenn

\* Rechtsanwalt Stefan Winheller, LL.M. Tax (USA), ist Fachanwalt für Steuerrecht und Geschäftsführer der WINHELLER Rechtsanwalts-gesellschaft mbH mit Hauptsitz in Frankfurt a. M. Die Kanzlei berät bundesweit Nonprofit-Organisationen und die Öffentliche Hand – insbesondere auch in Berlin, wo die Entscheidungen des KG aktuell für Verunsicherung im Dritten Sektor sorgen.

1 KG Berlin v. 18. 1. 2011, 25 W 14/10, ZStV 2012, 62, BeckRS 2011, 07424.

2 Vereinen, die fälschlicherweise bereits im Vereinsregister eingetragen sind, droht in einem solchen Fall die Löschung von Amts wegen, vgl. Stöber, Handbuch zum Vereinsrecht, 10. Aufl. 2012, Rn. 185. In der Praxis sind Lösungsverfahren im großen Stil freilich bislang nicht bekannt geworden, vgl. insoweit z. B. die zurückhaltende Entscheidung des OLG Frankfurt v. 28. 10. 2010, 20 W 254/10, BeckRS 2011, 00377.

3 KG Berlin v. 20. 1. 2011, 25 W 35/10, BeckRS 2001, 07425.

4 KG Berlin v. 7. 3. 2012, 25 W 95/11, DStR 2012, 1195.

5 Menges, ZStV 2012, 63 f.

man sich aber vergegenwärtigt, dass Kindergartenvereine ihren Zweck in der Regel einzig und allein durch den Betrieb „Kinderbetreuung“ verwirklichen und weitere Aktivitäten gerade nicht entfalten, liegt der Hauptzweck i. S. des Vereinsrechts tatsächlich in der wirtschaftlichen Betätigung, selbst wenn diese steuerlich begünstigt sein sollte und der Förderung des gemeinnützigen Zwecks der Jugendhilfe dient.

### 3. Zweckbetriebseigenschaft irrelevant für vereinsrechtliche Beurteilung

Auf eine Stellungnahme des Finanzamts konnte sich das Gericht übrigens nicht stützen. Ein solcher Rückgriff auf das Steuerrecht ist angesichts der Parallelen zwischen dem vereinsrechtlichen Nebenzweckprivileg einerseits und der neuen „funktionalen“ Geprägetheorie<sup>6</sup> im Gemeinnützigkeitsrecht andererseits zwar verlockend. Die steuerrechtliche Einschätzung kann trotzdem höchstens als Indiz auf das Vereinsrecht zurückwirken. Verbindlich ist sie aufgrund der unterschiedlichen Zielrichtungen des Vereins- und des Steuerrechts nicht<sup>7</sup>. Abgesehen davon existierte eine solche Stellungnahme des Finanzamts in den drei vom KG entschiedenen Fällen noch gar nicht. Anders als in der Praxis sonst üblich, hatten die Vereine vor der Anmeldung zum Vereinsregister nämlich offenbar weder einen Antrag auf Erteilung einer vorläufigen Bescheinigung der Gemeinnützigkeit gestellt noch eine formlose Stellungnahme des Finanzamts eingeholt. Unklar bleibt daher, warum *Menges* in ihrer Kritik trotzdem davon ausgeht, dass die Frage, ob bei gemeinnützigkeitsrechtlicher Anerkennung durch das Finanzamt die Grenzen des Nebenzweckprivilegs automatisch eingehalten worden wären, entscheidungserheblich gewesen sein soll.

Selbst dann, wenn Stellungnahmen des Finanzamts vorgelegen hätten, hätten sie zur Klärung der Frage, ob die Vereine das Nebenzweckprivileg überschritten, nichts Erhellendes beitragen können. Vereine, die Kunst und Kultur fördern<sup>8</sup> werden genauso wie Vereine, die Kindergärten betreiben<sup>9</sup>, in aller Regel unproblematisch als gemeinnützige Körperschaften i. S. der Abgabenordnung anerkannt. Ihre wirtschaftliche Betätigung schadet nicht, da es sich bei diesen Einrichtungen qua gesetzlicher Anordnung um Zweckbetriebe, d. h. steuerlich begünstigte wirtschaftliche Geschäftsbetriebe, handelt<sup>10</sup>. Dies gilt insbesondere auch in Fällen, in denen die Körper-

schaft neben ihrem Zweckbetrieb keine sonstigen Tätigkeiten entfaltet. Mit anderen Worten: Das Finanzamt hätte den Vereinen auch dann die Gemeinnützigkeit zuerkannt, wenn sie sich allein auf ihre wirtschaftlichen Tätigkeiten konzentrieren wollten. Damit wäre für die vereinsrechtliche Frage aber nichts gewonnen; als Indiz dafür, dass das Nebenzweckprivileg nicht überschritten wird, kann eine solche Stellungnahme der Finanzbehörden ja schwerlich gelten. Mit ihr wäre nur klargestellt, dass der betreffende Verein tatsächlich in vollem Umfang wirtschaftlich tätig wird, diese wirtschaftliche Tätigkeit steuerrechtlich aber unschädlich ist. Im Rahmen der §§ 21, 22 BGB kommt es jedoch nicht auf die steuerliche Begünstigung einer wirtschaftlichen Betätigung an, sondern schlicht und ergreifend darauf, ob eine wirtschaftliche Betätigung überhaupt ausgeübt wird und ob sie zum Hauptzweck des Vereins erstarkt ist.

### 4. Auch im Übrigen: Klare Trennung von Vereins- und Steuerrecht geboten

Die steuerlichen und die vereinsrechtlichen Wertungen sind also tunlichst voneinander zu trennen. Wenn *Menges* demgegenüber meint, eine Anerkennung als gemeinnützig seitens des Finanzamts einerseits und die Versagung der Eintragung als Idealverein andererseits stellten einen „nicht lösbaren Widerspruch behördlicher Bewertungen“<sup>11</sup> dar, geht sie irrtümlich davon aus, die beiden Rechtsgebiete bedingten sich gegenseitig. Mit dieser Grundannahme kommt sie zu falschen Ergebnissen. Tatsächlich kann jeder Verein gemeinnützig sein, wenn er nur den Anforderungen der §§ 51 ff. AO gerecht wird. Dies gilt nach der gesetzgeberischen Konzeption selbst für einen wirtschaftlichen Verein gemäß § 22 BGB – nämlich dann, wenn die wirtschaftliche Betätigung vom Gemeinnützigkeitsrecht als steuerlich unschädlicher Zweckbetrieb eingestuft wird. In der Praxis kommt das freilich schon deswegen nicht vor, weil die Zahl der rechtsfähigen wirtschaftlichen Vereine äußerst überschaubar ist. Die Rechtsfähigkeit wird ihnen, da regelmäßig kein Bedarf besteht, die jeweilige Unternehmung in der Rechtsform des rechtsfähigen Vereins zu betreiben (sog. Subsidiaritätsprinzip), nur selten vom Staat verliehen.

So wenig, wie ein gemeinnütziger Verein immer automatisch ein Idealverein sein muss, haben sonstige steuerrechtliche Fachtermini im vereinsrechtlichen Sprachgebrauch Platz. Anders als *Menges* meint, hat das KG den Kindergartenbetrieb gerade nicht als „steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb“ eingestuft. Für eine solche steuerrechtliche Einschätzung war das KG weder zuständig noch hätte sie die vereinsrechtliche Entscheidungsfindung in irgendeiner Weise gefördert. Entgegen *Menges* hat das Gericht auch nicht „den Begriff des Idealvereins [verkannt], der gerade dem Gemeinnützigkeitsrecht zugrunde lieg[t]“. Denn die Annahme ist an sich schon falsch: Dass das Konzept des Idealvereins „dem Gemeinnützigkeitsrecht zugrunde liegt“, stimmt nur insoweit, als in der Praxis die meisten gemeinnützigen Körperschaften

6 Vgl. AEAO Nr. 1 zu § 56.

7 Vor dem Hintergrund der zunehmenden Professionalisierung im dritten Sektor schien die Entwicklung in der Rechtsprechung schon bisher in diese Richtung zu gehen, vgl. OLG Frankfurt v. 28. 10. 2010, 20 W 254/10, BeckRS 2011, 00377. Siehe auch KG Berlin v. 18. 1. 2011, 25 W 14/10, ZStV 2012, 62, BeckRS 2011, 07424; und v. 20. 1. 2011, 25 W 35/10, BeckRS 2011, 07425; sowie *Stöber*, (Fn. 2), Rn. 76 i. V. m. Fn. 7 m. w. N., auf dessen mittlerweile von ihm aufgegebene Meinung das KG in seiner älteren Entscheidung v. 26. 10. 2004, 1 W 295/04, NZG 2005, 360, noch Bezug genommen hatte. KG Berlin v. 7. 3. 2012, 25 W 95/11, DStR 2012, 1195, bezieht nun klar Stellung: „[D]ie Frage eines Idealvereins [ist] losgelöst von steuerrechtlichen Fragen der Anerkennung der Gemeinnützigkeit zu beantworten. (...) Die Bejahung einer Gemeinnützigkeit ist nicht Voraussetzung für die hier zu beantwortende Frage und umgekehrt.“

8 Vgl. § 52 Abs. 2 Nr. 5 AO („Förderung von Kunst und Kultur“).

9 Vgl. § 52 Abs. 2 Nr. 4 AO („Förderung der Jugendhilfe“).

10 Vgl. § 68 Nr. 1 Buchst. b („Kindergärten“) sowie Nr. 7 („kulturelle Einrichtungen“ bzw. „kulturelle Veranstaltungen“) AO.

11 *Menges*, ZStV 2012, 63, 64.

Idealvereine sind. Trotzdem ist das Gemeinnützigkeitsrecht – von Ausnahmen abgesehen (Stiftungen, Personengesellschaften) – rechtsformneutral. Der Verein ist mithin nicht die einzige Rechtsform, die als gemeinnützige Körperschaft steuerbegünstigt sein kann. Zum anderen ist das Konzept des *Idealvereins* nicht bestimmend für das Gemeinnützigkeitsrecht. Andernfalls wären Rechtsformen wie die klassischerweise gewerblich tätige GmbH oder AG als gemeinnützige Körperschaften nicht denkbar. Wenn das Gericht ungeachtet der steuerlichen Wertungen wirtschaftliche (Haupt-)Tätigkeiten aus dem Begriff des Idealvereins konsequent ausschließt, „verkennt“ es daher nicht etwa den Begriff des Idealvereins, sondern schärft im Gegenteil dessen Konturen.

### 5. Alternativen zum e. V.: gGmbH und eingetragene Genossenschaft

Die Entscheidungen des KG Berlin haben über den Einzelfall und vermutlich auch über Berlin hinaus erhebliche Bedeutung sowohl für Gründungsvorhaben als auch für sämtliche schon existierenden Vereine in Deutschland, die in umfassender Art und Weise einen oder mehrere Zweckbetriebe unterhalten. Was sollten die Betroffenen tun?

Vereine, die ihren Zweckbetrieb tatsächlich nur in den Grenzen des Nebenzweckprivilegs betreiben, müssen zumindest aus vereinsrechtlicher Sicht nichts veranlassen, wenn sie nicht aus anderen Gründen eine Änderung der Rechtsform für erstrebenswert halten. Nach Jahren des Wachstums dürften z. B. viele Kindergartenvereine dem engen Kleid des e. V. mittlerweile entwachsen sein. Aus organisatorischen, betriebswirtschaftlichen und haftungsrechtlichen Gründen ist das Führen eines Kindergartens in der Rechtsform des e. V. nur selten empfehlenswert<sup>12</sup>.

Für Vereine, die erkennen, dass ihr wesentliches Wirken auf die Führung eines Zweckbetriebs gerichtet ist, und für all diejenigen, die die Entscheidungen des KG als Warnschuss begreifen und sich nicht blind darauf verlassen wollen, dass die Rechtsprechung sie auch künftig mit Samthandschuhen anfasst, wenn es um die wertende Entscheidung geht, ob sich ihre wirtschaftliche Betätigung noch im Rahmen des Nebenzweckprivilegs bewegt, stellt sich die Frage nach der korrekten Rechtsform als Alternative zum e. V.

Am Beispiel von Kindergarteneinrichtungen lassen sich die Kriterien für die Wahl der passenden Rechtsform anschaulich darstellen: Als geeignete Träger eines (gemeinnützigen) Kindergartens kommen grundsätzlich die gemeinnützige GmbH (gGmbH) und die gemeinnützige eingetragene Genossenschaft (e. G.) in Frage. Welche der beiden Rechtsformen vorzugswürdig ist, ist eine Frage des Einzelfalls. Sofern eine Ausgliederung auf eine Tochterunternehmung erfolgen soll, kommt in der Regel nur die gGmbH als Zielunternehmen in Betracht – jedenfalls dann, wenn der Verein einziger Gesellschafter bleiben soll. Für die e. G. wären nämlich mindestens drei Gründungsmitglieder erforderlich. Aus gemeinnützigkeitsrechtlicher Sicht ist bei Ausgliederungen allerdings zu bedenken, dass der Verein nach der Ausgliederung

weiterhin gemeinnützige Zwecke verfolgen muss, will er nicht seine Gemeinnützigkeit verlieren. Da er nach der Ausgliederung aber seines eigentlichen Zweckes beraubt ist<sup>13</sup>, ist dies in der Regel nur möglich, wenn die Mitglieder eine Zweckänderung dahingehend beschließen, dass der bisher noch selbst den Kindergarten betreibende Verein künftig nur noch als Förderverein für die ausgegliederte gGmbH agiert. Für eine solche Zweckänderung ist allerdings in der Regel eine qualifizierte Mehrheit erforderlich. Da in der Praxis viele Vereinssatzungen mangelhaft gestaltet sind und keine ausdrückliche<sup>14</sup> Regelung zu den Mehrheitserfordernissen bei Zweckänderungen enthalten, greift sogar häufig § 33 Abs. 1 Satz 2 BGB. Danach müssen sämtliche Mitglieder – inklusive der in der Mitgliederversammlung nicht anwesenden (!) – der Zweckänderung zustimmen. Für Vereine mit einer Vielzahl von Mitgliedern hat dieses Einstimmigkeitserfordernis meist zur Folge, dass die Fortführung des Vereins als Förderverein und die Ausgliederung des Zweckbetriebs auf eine gGmbH nicht gelingen können.

Vielfach wird es nicht attraktiv erscheinen, künftig mehrere Rechtsträger zu verwalten. In diesen Fällen kann eine Umwandlung des Vereins in eine gGmbH oder eine gemeinnützige Genossenschaft sinnvoll sein. Die Umwandlung erfolgt üblicherweise im Wege des Formwechsels gemäß §§ 272 ff. UmwG<sup>15</sup>. Da die Mitglieder des Vereins nach einem Formwechsel an der gGmbH bzw. der e. G. als Gesellschafter bzw. Mitglieder beteiligt sind, scheidet die Rechtsform der gGmbH allerdings meist aus, wenn viele Mitglieder existieren, die vor dem Formwechsel nicht aus dem Verein austreten. Eine Beteiligung als Gesellschafter einer gGmbH ist Eltern nämlich schon im Grundsatz kaum zu vermitteln – von umständlichen Gesellschafterwechseln, die vom Notar begleitet werden müssen, einmal ganz abgesehen. Ein Formwechsel in eine gGmbH kommt aber umgekehrt sehr wohl dann in Betracht, wenn der Verein zum Zeitpunkt der Umwandlung nur wenige Mitglieder stark ist. Die gGmbH ist in diesen Fällen außerdem dann besonders interessant, wenn zwischen der Gesellschaft und den Eltern eine eher anonyme Dienstleister-Kunde-Beziehung besteht. Haben sich die Eltern schon bisher im Verein persönlich engagiert gezeigt, dürfte hingegen die Umwandlung in eine gemeinnützige Genossenschaft anzuraten sein, die – ähnlich wie der Verein – eine Mobilisierung des persönlichen Engagements der Eltern in geradezu idealer Weise ermöglicht.

### 6. Fazit

Die Entscheidungen des KG Berlin sind nur auf den ersten Blick ein Schlag ins Kontor für Tausende von Einrichtungen,

<sup>13</sup> Das scheint *Salaw-Hansmaier*, ZStV 2012, 72, 74 f. zu übersehen. Die von ihr vorgeschlagene „Hilfspersonenlösung“ (Ausgliederung des Zweckbetriebs auf eine gGmbH unter gleichzeitiger Beibehaltung des bisherigen Zwecks des e. V.) würde die Rechtsformverfehlung des e. V. wohl nicht beseitigen und dürfte damit vereinsrechtlich problematisch sein.

<sup>14</sup> BGH v. 11. 11. 1985, II ZB 5/85, BGHZ 96, 245, NJW 1986, 1033.

<sup>15</sup> Der Formwechsel hat den charmanten Nebeneffekt, dass mangels Übergangs auf einen anderen Rechtsträger keine Grunderwerbsteuer auf den Wert des möglicherweise vorhandenen Grundvermögens – z. B. des Kindergartengebäudes – erhoben wird.

<sup>12</sup> Vgl. hierzu ausführlich *Salaw-Hansmaier*, ZStV 2012, 72.

## RECHTSPRECHUNG

die durch ihre Zweckbetriebe dominiert werden – seien sie derzeit im Gründungsstadium oder schon seit Langem am Markt aktiv. Tatsächlich sollte die restriktive Handhabe durch die Vereinsregister nicht als Schikane, sondern als Warnung verstanden werden, die den Gründern die Chance eröffnet, sich über das Gründungsvorhaben und die geeignete Rechtsform noch einmal Gedanken zu machen. Denn die

Entscheidungen des KG richten sich selbstverständlich nicht gegen die Einrichtungen per se, sondern schlicht und ergreifend gegen die Wahl der falschen Rechtsform. So wenig wie man auf die Idee käme, ein Krankenhaus in der Rechtsform des e. V. zu führen, eignet sich der e. V. eben für den Betrieb typischer Kindergärten und sonstiger zweckbetriebsdominierter Einrichtungen.

## RECHTSPRECHUNG

### Stichprobenprüfungen bei Betriebsprüfung durch Rentenversicherungsträger können Rücknahme bestandskräftiger Prüfbescheide nicht ersetzen

SGB IV § 28p; SGB X § 45; SGG § 86b

**1. Die Bestandskraft eines Betriebsprüfungsbescheides ermöglicht eine nachfolgende weitere Beitragsnachforderung nur bei Anwendung des § 45 SGB X.**

**2. Stichprobenprüfungen können die Bescheidsrücknahme nach § 45 SGB X erleichtern, nicht ersetzen.**

3. (...)

*LSG Bayern, Beschl. v. 20. 4. 2012, L 5 R 246/12 B ER, rkr.*

#### Sachverhalt:

I. Verfahrensgegenstand ist die Anordnung der aufschiebenden Wirkung eines Widerspruchs gegen Beitragsnachforderungen aufgrund Betriebsprüfung infolge der „CGZP-Entscheidung“ des BAG.

1. Die Antragstellerin (Ast.) ist eine im Handelsregister des Amtsgerichts F unter Nr. HRB 1516 eingetragene GmbH mit den Geschäftsgegenständen „Erbringung von Dienstleistungen, insbesondere die gewerbmäßige Arbeitnehmerüberlassung, die Personalvermittlung und die Hausverwaltung“. Sie betreibt die Arbeitnehmerüberlassung und ist im Besitz der entsprechenden Erlaubnis nach § 1 AÜG. In den Arbeitsverträgen der von der Ast. beschäftigten Leiharbeiter wurde die Anwendung der Tarifverträge zwischen der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP, im Folgenden C.) und der Interessengemeinschaften Nordbayerischer Zeitarbeiterunternehmen (INZ) vereinbart und die entsprechende Vergütung gezahlt.

Die Antragsgegnerin (Ag.) führte als zuständiger Rentenversicherungsträger vom 1. 12. 2009 bis 3. 12. 2009 eine Betriebsprüfung für den Zeitraum 1. 1. 2005 bis 31. 12. 2008 durch. Im Protokoll der Schlussbesprechung vom 3. 12. 2009 ist vermerkt, „Auf die Problematik bezüglich C. wird hingewiesen“. Der Beitragsnachforderungsbescheid vom 4. 1. 2010 enthielt eine Nachforderung über 908,28 € sowie nach der Einleitung den Satz: „Die stichprobeweise durchgeführte Prüfung hat folgende Feststellungen ergeben:“. Auf Seite 3 des Bescheides ist ausgeführt:

„Tarifgemeinschaft der ... Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen C.

Mit Beschluss vom 1. 4. 2009 hat das Arbeitsgericht Berlin [...] festgestellt, dass die C. nicht tariffähig i. S. des § 2 TVG ist.

Sofern diese Entscheidung rechtskräftig wird, kann dies versicherungs- und beitragsrechtliche Folgen nach sich ziehen. [...] Die Bei-

tragsansprüche der Sozialversicherungsträger bestehen dabei im Grundsatz unabhängig davon, ob der betroffene Beschäftigte seinen Vergütungsanspruch bzw. die entsprechende Differenz zum bisherig gezahlten Entgelt tatsächlich geltend macht. Daher führt das Bestehen höherer gesetzlicher Lohnansprüche auch dann, wenn sie nicht erfüllt bzw. ausgezahlt werden, zu Beitragsforderungen der Sozialversicherung.

Abschlusshinweise

Die Prüffeststellungen wurden im Rahmen einer Schlussbesprechung vorgetragen.

Die Schlussbesprechung gilt als Anhörung nach § 24 Abs. 1 SGB X.“

2. Aufgrund neuer Betriebsprüfung vom 28. 12. bis 29. 12. 2011 sowie nach Anhörung forderte die Ag. mit dem streitgegenständlichen Bescheid vom 31. 1. 2012 für den Prüfzeitraum 1. 12. 2005 bis 31. 12. 2009 Gesamtsozialversicherungsbeiträge i. H. von insgesamt 41 178,62 € nach. Infolge der durch das BAG am 14. 12. 2010 (1 ABR 19/10, NJW 2011, 1534) festgestellten Tariffähigkeit der C. ergebe sich für die überlassenen Arbeitnehmer aus dem gesetzlichen Anspruch auf gleichen Lohn (equal-pay-Entgelt) eine höhere Vergütung, daraus resultierten die nachgeforderten Gesamtsozialversicherungsbeiträge (Lohndifferenz aufgrund Tariffähigkeit C.). Eine entsprechende Meldung werde dem zuständigen Träger der Unfallversicherung zugeleitet. Die Höhe der Arbeitsentgelte schätzte die Ag. im Einvernehmen mit der Ast. ohne personenbezogene Ermittlung.

Dagegen hat die Ast. gleichzeitig mit ihrem Widerspruch vom 6. 2. 2012 beim SG Nürnberg beantragt, die aufschiebenden Wirkung dieses Widerspruches anzuordnen. Es sei wegen der Tariffähigkeit der C. nur eine punktuelle Entscheidung des BAG ergangen, so dass ein so umfassender Beitragsanspruch wie im Bescheid geltend gemacht nicht entstanden sei. Anzuwenden sei nicht das Entstehungs-, sondern das Zuflussprinzip. Die Ansprüche seien verjährt. Es bestehe Vertrauensschutz infolge der früheren Betriebsprüfung. Schließlich müssten die gezahlten Auslösen und Nebenleistungen zur Verringerung des equal-pay-Entgeltanspruches führen.

Die Ag. hat erwidert, dass dieses Vorbringen keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit ihrer Entscheidung erbringen könne. Es bestehe also kein Anlass, die aufschiebende Wirkung des Widerspruches anzuordnen. In Anwendung des Entstehungsprinzips folge aus dem Beschluss des BAG vom 14. 12. 2010 ein equal-pay-Anspruch und daraus ergäben sich die geltend gemachten höheren Beiträge. Auf Verjährung könne sich die Ast. nicht berufen, weil die 30-jährige Verjährungsfrist Anwendung finde. Vertrauensschutz bestehe nicht. Die Auslösen verringerten nicht den Anspruch auf equal-pay.

Mit Beschluss vom 16. 2. 2012 hat das SG dem Antrag der Ast. stattgegeben und die aufschiebende Wirkung des Widerspruches