

ANWALTSKANZLEI DR. JÜRGEN BRAND
BUNDESWEITE BERATUNG UND VERTRETUNG BEI SV BETRIEBSPRÜFUNGEN

Dr. jur. Jürgen Brand
Rechtsanwalt

Richter des Verfassungsgerichtshofs
für das Land NRW (2006-2012)

Präsident des Landessozialgerichts
NRW und Vorsitzender des 1. Senats
a.D.

Büro Hagen

Elberfelder Str. 45
D-58095 Hagen
Tel: + 49 2331/1087 -0
Skr.: Frau Fischer - 36
Fax: + 49 2331/15222
Mobil: 0172 247 3331
E-Mail: drjbrand@web.de
Web: www.anwaltskanzlei-dr-brand.de

Datum: 31. März 2016

An alle

CGZP-Mandanten

BSG, Urteil vom 16. Dezember 2015
Az. B 12 R 11/14 R

Sehr geehrte Damen und Herren,

nachdem das Urteil des BSG vom 16. Dezember 2016 nach dreieinhalb Monaten nun endlich eingetroffen ist, möchte ich es Ihnen in seiner Struktur und seinen Aussagen darstellen und dabei Empfehlungen für den weiteren Umgang mit dieser schwierigen Materie geben.

Diese Info ist länger geraten als Sie es in der Vergangenheit gewohnt waren. Dies hängt aber damit zusammen, dass die 25 Seiten, die das BSG eng bedruckt herausgegeben hat, nicht unbedingt zu stark verkürzt wiedergegeben werden dürfen, weil Sie ansonsten die positiven Aussagen des Gerichts (z.B. zur Verjährung, zur Problematik von Schätzungen, zur Anrechnung von Zulagen) vielleicht nicht vollständig werten können.

1. Zunächst beschäftigt sich das BSG mit dem vor allem für Juristen interessanten Thema der notwendigen **Beiladungen** und weist darauf hin, dass das Sozialgericht Hannover zu Unrecht eine Beiladung der Beschäftigten Zeitarbeitnehmer unterlassen habe und

IN KOOPERATION

 **BAUER · LAGEMANN**
DAHMEN & PARTNER
RECHTSANWÄLTE · NOTAR

Fachanwälte für Arbeitsrecht
Fachanwälte für Bau- und
Architektenrecht
Fachanwälte für Familienrecht
Fachanwälte für Verkehrsrecht
Fachanwälte für Verwaltungsrecht

Sitz Hagen Part Reg.
AG Essen Nr. 1588

Elberfelder Str. 45
58095 Hagen

www.raebauer.de

dies von dem Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen, an das das Verfahren verwiesen wurde, nunmehr durchgeführt werden müsse.

Anmerkung: Wer zu einem Verfahren beigelegt wird, kann selbst Anträge stellen und hat die gleiche Position wie ein Kläger oder ein Beklagter. Das Landessozialgericht wird die damals bei der Klägerin Beschäftigten über die Printmedien auffordern, sich zu melden. Es wird eine Menge Geld kosten, aber zu keinerlei Ergebnis führen, da die damals Beschäftigten nicht in ihrer großen Masse Zeitungsleser sind. Verhindern wird man ein solches Vorgehen des Gerichts aber wohl kaum.

2. Auf Seite 9 (Randnummer -Rn.- 23) führt das Gericht dann weiter aus, dass eine vorherige Betriebsprüfung für die Zeit von 2005-2008 der jetzt durchgeführten Betriebsprüfung nicht entgegengestanden habe und die neue Betriebsprüfung damit volle Wirksamkeit entfalten.

3. Unter Rn. 24 kommt das Gericht zu einem der zentralen Punkte, indem es darauf hinweist, dass die **Feststellung der Tarifwidrigkeit der CGZP** durch den Beschluss des BAG auf die Vergangenheit zurückwirke und die Unwirksamkeit der abgeschlossenen Tarifverträge auch von den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit zu beachten sei (Rn 26), weil sie gegenüber jedermann gelte (Rn 28).

Das **Vertrauen der Zeitarbeitsunternehmen in die Tariffähigkeit der CGZP** sei **nicht geschützt**. Das BSG schließt sich insoweit den Ausführungen des BAG sowie des Bundesverfassungsgerichts an und verwirft leider einen Sonderweg der Sozialgerichtsbarkeit. Das Gericht weist darauf hin, dass die Entscheidung des BAG nicht mit einer Rechtsprechungsänderung verbunden gewesen sei und führt wörtlich aus *“Wenn ein Verleiher gleichwohl zur Vermeidung einer Gleichbehandlung der Leiharbeiter von der CGZP abgeschlossene Tarifverträge arbeitsvertraglich vereinbarte, bevor die dazu allein berufenen Gerichte für Arbeitsachen über die Tariffähigkeit befunden hatten, ging er ein Risiko ein, das sich durch die rechtskräftigen Entscheidungen zur fehlenden Tariffähigkeit der CGZB realisierte“*.

Man habe damit rechnen müssen, so das BSG, dass der CGZP die Tariffähigkeit fehlte, denn an deren Tariffähigkeit habe von Anfang an erhebliche Zweifel bestanden (Rn. 33). Allein die Gerichte der Arbeitsgerichtsbarkeit seien zu einer Entscheidung über das Bestehen oder das Fehlen der Tariffähigkeit einer Organisation berufen (Rn. 35).

Man dürfe sich nicht auf Vertrauen berufen. Dies würde nämlich voraussetzen, dass eine die Tariffähigkeit der CGZP bestätigende ständige höchstrichterliche Rechtsprechung vorhanden gewesen sei (Rn. 37). Eine solche „bisherige“ Rechtsprechung gebe es aber nicht (Rn. 39). Wörtlich heißt es in dem Urteil: *„Soweit es die Rechtsprechung des BSG betrifft, gibt es keine Entscheidungen, wonach die Nachforderung von Beiträgen für die Vergangenheit generell oder speziell von Beiträgen aus dem Differenzentgelt im Falle nachträglich festgestellt Unwirksamkeit von Tarifverträgen und dadurch bedingter höherer Entgeltansprüche der Arbeitnehmer unzulässig wäre.“*

Anmerkung: Trotz der in sich durchaus verständlichen Ausführungen des BSG bleibt ein Unwohlsein. Gesetze und Rechtsprechung sollen das Miteinander der Bürger untereinander, aber auch mit dem Staat regeln. Dazu gehört vor allem eine hohe Transparenz staatlichen Handelns. Diese ist hier nicht zu sehen. Dass die Frage der Tariffähigkeit 2003 stark und in den folgenden Jahren durchaus abgeschwächt diskutiert wurde, kann nicht bestritten werden, bezieht sich aber vor allem auf Fachkreise und nicht auf die hier Betroffenen, bei denen es sicher überwiegend um Nichtjuristen handelt, und für die der Vertrauensschutz ja eigentlich gedacht ist.

4. In Rn. 44 (Seite 16) nimmt das BSG zu dem von uns thematisierten **europarechtlichen Vertrauensschutz** Stellung und meint, dass die Frage ob eine Beitragsnacherhebung gegen das Transparenzgebot bei der Richtlinienumsetzung (Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG) und gegen die Unternehmerfreiheit nach Art. 16 Grundrechtscharta verstoße, können zurzeit nicht beantwortet werden, weil das BSG wegen fehlender Tatsachenermittlungen des Sozialgerichts Hannover an einer abschließenden Entscheidung gehindert sei. Ob die Angelegenheit dem EuGH vorgelegt werden müsse, werde davon abhängen, ob das LSG, an das das Verfahren zurückverwiesen wird, die angegriffenen Bescheide jedenfalls zum Teil für rechtmäßig hält.

5. Zur **Zulässigkeit der Schätzung** (Rn 45 -Seite 16) bemängelt das BSG, dass es wegen fehlender Ermittlungen des Sozialgerichts nicht feststellen könne, in welcher Höhe die geltend gemachte Beitragsforderung rechtmäßig sei. Das Sozialgericht habe bereits nicht festgestellt, in welcher Höhe die Beitragsforderung auf konkret nachgewiesenen Entgeltansprüchen und in welcher Höhe sie auf Schätzungen beruhe. Der Teil der konk-

ret festgestellten Entgelte bei den Entleihern sei weder betragsmäßig festgestellt worden noch sei er bestimmbar (Rn. 48).

6. So habe das BSG auch nicht feststellen können, ob bestimmte Zulagen bei der Ermittlung der Differenz der Entgelte “differenzmindernd zu berücksichtigen“ seien. **Echter Aufwendersatz, der kein Arbeitsentgelt darstelle**, sei gegeben, wenn der Arbeitnehmer einen ihm tatsächlich entstandenen Aufwand (z. B. Für Fahrt-, Übernachtungs-, Verpflegungskosten) erstattet bekommen solle. Dieser echte Aufwendersatz sei **von Leistungen mit Entgeltcharakter abzugrenzen, der durchaus differenzmindernd berücksichtigt werden müsse** (Rn. 49).

Anmerkung: Diese Frage wird in manchen Verfahren noch offen sein. Nach meiner Erfahrung wird es sich in den vorliegenden Fällen überwiegend um Leistungen mit Entgeltcharakter handeln, die danach differenzmindernd zu berücksichtigen seien. Dies sollte jeder Betroffene für sich gründlich prüfen.

7. Grundsätzlich, so das BSG, durfte die Deutsche Rentenversicherung die **Beitragshöhe schätzen**. Dies aber nur, wenn von den Unternehmen keine Unterlagen über konkrete Vergütungsansprüche vorgelegt werden konnten. Es komme bei der Schätzung auch nicht darauf an, das Unternehmen ihre Aufzeichnungspflicht verletzt hätten bzw. überhaupt kannten. **Das BSG wörtlich “Eine solche Verletzung kann hier nicht ohne weiteres bejaht werden“.** (Rn. 54)

Es sei im Einzelfall zu prüfen, ob die konkreten Vergütungsansprüche ohne großen Verwaltungsaufwand zu ermitteln seien. Dabei bleibe es aber grundsätzlich bei der Amtsermittlungspflicht des Prüfträgers nach § 20 SGB X (Rn. 57 f. - Seite 20). Es komme wesentlich auf die **zu erwartende Genauigkeit einer möglichen Schätzung** an. Je genauer die Schätzung, desto geringer seien die für Arbeitnehmer und Arbeitgeber zu erwartenden Nachteile und desto geringer die Erwartungen an den Ermittlungsaufwand, der noch als verhältnismäßig gelten könne. Allein die große Anzahl von Arbeitnehmern begründe für sich genommen jedoch noch keine Unverhältnismäßigkeit des Verwaltungsaufwandes. Die Anforderungen an die Schätzung sein umso höher, je größer die für Versicherte und Arbeitgeber zu befürchtenden Nachteile seien. Deswegen

müsse man in jedem Einzelfall notwendigerweise eine Abwägung der unterschiedlichen Interessen vornehmen.

8. Das betreffe auch die Frage, ob **individuelle Handicaps** der einzelnen Arbeitnehmer in die Betrachtung einfließen müssten (Rn. 61 - Seite 21). Es frage sich allerdings, ob die Einbeziehung der individuellen Handicaps und ihre Auswirkungen auf den Vergleichslohn sich noch mit verhältnismäßigem Verwaltungsaufwand abschätzen ließen.

9. Hinsichtlich der in den meisten Fällen erhobenen **Verjährungseinrede** weist das BSG die beklagte Rentenversicherung darauf hin, dass eine 30-jährige Verjährungsfrist nur bei einer vorsätzlichen Beitragsvorenthaltung in Betracht komme. Dabei sei ein Vorsatz zu unterstellen, wenn eine positive Kenntnis von der Pflicht zur Beitragsentrichtung bestehen. Das BSG dazu wörtlich *“Eine solche Kenntnis wird jedoch weder durch den Inhalt des Beschlusses des BAG vom 14. Dezember 2010 noch durch den Inhalt des Schreibens der Beklagten vom 23. Dezember 2010 vermittelt“*.

Der subjektive Tatbestand (Wille, Kenntnis) sei dabei bezogen auf die konkreten Umstände des Einzelfalls und den betreffenden Beitragsschuldner individuell zu ermitteln. **Unter „Kenntnis“ sei das sichere Wissen zu verstehen, rechtlich und tatsächlich zur Zahlung von Beiträgen verpflichtet zu sein.** Die Feststellungslast treffe im Zweifel den Versicherungsträger, der sich auf die für ihn günstige lange Verjährungsfrist beruft. Das bedeutet, dass man in den Fällen, in denen nicht sicher ist, ob eine bestimmte Form von Vorsatz anzunehmen sei, die kurze (vierjährige) Verjährung zulasten des Versicherungsträgers eingreife.

Bei Juristischen Personen wie einer GmbH komme es zunächst auf die Kenntnis mindestens eines Mitglieds eines Organs der Juristischen Person von der Beitragspflicht an. Auch die Kenntnis weiterer Personen könnten gegebenenfalls der Juristischen Person zuzurechnen sein.

Dann schiebt das BSG unter Rn. 68 auf Seite 23 ab noch einige wichtige Sätze hinterher: *“Das Wissen um die (bloße) Möglichkeit einer Beitragserhebung steht jedoch dem vorsatzindizierenden (das meint: Von dem sicheren Wissen kann auf den Vorsatz geschlossen werden - persönliche Anmerkung) sicheren Wissen um die rechtliche und tatsächliche Verpflichtung zur Zahlung der Beiträgen nicht gleich. Insbesondere kann*

selbst nach der Veröffentlichung der Entscheidungsgründe des BAG-Beschlusses vom 14.12.2010 Anfang des Jahres 2011 ein solches sicheres Wissen nicht ohne weiteres unterstellt werden, weil -umgangssprachlich ausgedrückt - jeder informierte Mensch nunmehr genau gewusst hätte, dass Beiträge auch für diese Jahre nachzuzahlen waren. Eine solche Unterstellung scheidet schon wegen der seinerzeit auch arbeitsrechtlich noch nicht abschließend geklärten Frage nach der zeitlichen Wirkung eines im Verfahren nach § 97 Abs. 1 Arbeitsgerichtsgesetz ergangenen Beschlusses aus. Das Bestehen einer unsicheren Rechtslage wird bereits durch die erhebliche Zahl von Aussetzungsbeschlüssen verschiedene Arbeitsgerichte und Landesarbeitsgerichte zur Klärung der Frage der Tariffähigkeit der CGZP zu verschiedenen Zeitpunkten vor Ergehen des Beschlusses des BAG vom 14.12.2010 belegt, ebenso durch die hiermit zusammenhängenden Diskussion.

Vor diesem Hintergrund kann zwar davon ausgegangen werden, dass Unternehmen, die Arbeitnehmerüberlassung beruflich betreiben, allgemein die Möglichkeit einer Pflicht zur Beitragszahlung auch für zurückliegende Zeiträume erkannten. Es kann aber jedenfalls für dich hier entscheidungserhebliche Zeit bis einschließlich 31. Dezember 2010 nicht im Sinne eines vorsatzindizierenden Wissens schlechthin unterstellt werden, dass solche Personen nicht auf eine Klärung der Rechtslage zu ihren Gunsten vertrauten und deshalb mit der nicht nachgeholten Zahlung dieser Beiträge eine Verletzung ihrer Beitragsabführungspflichten billigend in Kauf nahmen.“

In diesem Zusammenhang weist das BSG darauf hin, dass auch das **Schreiben der Deutschen Rentenversicherung vom 23.12.2010** lediglich geeignet gewesen sei, dem Empfänger das Wissen um die bloße Möglichkeit einer Beitragsabführungspflicht auch für Zeiträume vor dem Beschluss des BAG vom 14.12.2010 zu verschaffen. Die gewählten Formulierungen hätten selbst schon nicht einmal das eigene sichere Wissen der Beklagten um die rückwirkenden Folgen des BAG Beschlusses vermittelt. In dem Schreiben werde auch nur auf die Pflicht des Adressaten zur Prüfung seiner Beitrags- und Meldepflichten hingewiesen. Ein sicheres Wissen um die Verpflichtung, diese Beiträge abführen zu müssen, sei nicht vermittelt worden, was schon aus den in diesem Schreiben enthaltenen zutreffenden Hinweisen auf die fehlende Entscheidungsbegründung des BAG... folgt.

Anmerkung: Dies bedeutet für den Normalfall, dass ein Vorsatz, der die vierjährige Verjährung ausschliesse und die 30-jährige Verjährung eintreten ließe, nicht angenommen werden kann, sondern selbst auf die leichteste Form des Vorsatzes allenfalls aufgrund anderer Tatsachen geschlossen werden dürfe, die das im Normalfall vorhandene individuelle Vertrauen des Unternehmers auf einen aus seiner Sicht guten Ausgang widerlegt.

Fazit: Das wichtige und auch heute noch für richtig gehaltene Argument des Vertrauensschutzes konnte das BSG nicht überzeugen und kann im Folgenden auch nicht weiter bemüht werden.

In den einzelnen Verfahren, die nicht unbedingt alle durch die Gerichte entschieden werden müssen, sondern vielleicht auch im Verhandlungswege mit der Deutschen Rentenversicherung, gibt es aber nach diesem Urteil des BSG gute Möglichkeiten, sich über die Verjährung für Dezember 2005 bis Dezember 2006 bzw. in Einzelfällen auch bis 2007, die Schätzungsbasis und den Charakter der gezahlten Zulagen zu streiten bzw. zu verständigen. Dies kann zu einer Reduzierung der Beitragsnachforderung zwischen 40-60 % führen.

Meine Damen und Herren, das Urteil des BSG stellt eine klare Ohrfeige für das erstinstanzliche Sozialgericht Hannover dar. Es war richtig, gegen dieses „schlechte“ Urteil vorzugehen. Trotz der aufgezeigten Anstrengungen des BSG, das Urteil verständlich zu begründen, bleibt das Gefühl, das Urteil hätte auch anders ausfallen können, es sei nicht richtig, weil lebensfremd.

Nun hat aber das höchste deutsche Sozialgericht gesprochen und eine Überlegung, dieses Urteil auf den Prüfstand des Bundesverfassungsgericht zu stellen, wird in manchen Kreisen diskutiert. Ich möchte davon abraten, weil ich keinerlei Chance in einem solchen Verfahren sehe.

Ob das LSG das Verfahren hinsichtlich des o.g. Punktes 4. dem EuGH vorlegen wird, bleibt abzuwarten.

Bedenken Sie bitte, dass das BSG mit seinem hier besprochenen Urteil vom 16. Dezember 2015 nur einen Fall entschieden hat, bei dem die Nachforderung vor allem auf die zweite Berechnungsvariante der Deutschen Rentenversicherung gestützt wurde. Die

Frage der Rechtmäßigkeit der von mir für geradezu abenteuerlich gehaltenen dritten Variante (24 % bzw. 27 %) ist damit noch völlig offen.

Ich hatte nach der Revisionsverhandlung beim BSG schon das Gefühl, eine intensive Schlacht geschlagen zu haben, bin nunmehr, nachdem die schriftlichen Entscheidungsgründe vorliegen, aber durchaus gedämpft optimistisch, dass die Verfahren überwiegend doch ein akzeptables und vertretbares Ende nehmen werden.

Ich grüße Sie sehr herzlich als

Ihr

Dr. Jürgen Brand
Rechtsanwalt