

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: 12 RK 38/92

.....,

Kläger und Revisionskläger,

Prozeßbevollmächtigter:,

g e g e n

AOK Die Krankenkasse für Hamburg,
Hamburg 36, Kaiser-Wilhelm-Straße 93,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

beigeladen:

1. Landesversicherungsanstalt Freie und Hansestadt Hamburg,
Hamburg 60, Überseering 10,
2. Bundesanstalt für Arbeit,
Nürnberg 30, Regensburger Straße 104.

Der 12. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. August 1992 durch den Vorsitzenden Richter B o r g o l t e, den Richter Dr. P e t e r s und



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



die Richterin M o s i e k - U r b a h n sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. D u f n e r und K o v a r für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landessozialgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 2. Oktober 1991 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Gründe:

I

Die Beteiligten streiten darum, ob die Beklagte einen Beitragsbescheid zurückzunehmen hat.

Der Kläger unterhielt einen Betrieb für Garten- und Landschaftsbau. Darin beschäftigte er auch polnische Staatsangehörige, die mit Touristenvisa eingereist waren und später offenbar abgeschoben worden sind. Die polnischen Arbeitnehmer waren dem Kläger von einer Firma " " überlassen worden, die sie auch entlohnt hatte. Eine Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung hatte diese Firma nicht.

Aufgrund einer Betriebsprüfung verlangte die beklagte Allgemeine Ortskrankenkasse als Einzugsstelle vom Kläger mit Bescheid vom 6. Februar 1981 Gesamtsozialversicherungsbeiträge von insgesamt 16.740,81 DM für namentlich bezeichnete Arbeitnehmer und eine Zeit ihrer Beschäftigung im Jahre 1980. Der Bescheid wurde bindend.

Im August 1985 beantragte der Kläger bei der Beklagten, den Bescheid zurückzunehmen. Seit dem Urteil des 10. Senats des Bundessozialgerichts (BSG) vom 22. Mai 1984 (BSGE 56, 287 = SozR 4100 § 141n Nr 8) habe sich die Auffassung durchgesetzt, daß der illegale Verleiher, der die Arbeitnehmer entlohnt habe, als alleiniger Arbeitgeber die Beiträge schulde. Die Beklagte lehnte die Rücknahme ihres früheren Bescheides ab (Bescheid vom 20. September 1985 und Widerspruchsbescheid vom 21. Oktober 1985).

Das Sozialgericht (SG) hat mit Urteil vom 21. April 1989 den Bescheid vom 20. September 1985 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 21. Oktober 1985 aufgehoben und die Beklagte verurteilt, den Bescheid vom 6. Februar 1981 zurückzunehmen. Im Berufungsverfahren hat das Landessozialgericht (LSG) die Landesversicherungsanstalt Freie und Hansestadt Hamburg (LVA) und die Bundesanstalt für Arbeit (BA) beigeladen. Mit Urteil vom 2. Oktober 1991 hat es das erstinstanzliche Urteil aufgehoben, die Klage abgewiesen und in den Gründen ua ausgeführt: Einer weiteren Beiladung habe es nicht bedurft. Ob die Firma " " als Verleiher der Arbeitnehmer notwendig beizuladen sei, könne dahinstehen, weil die Firma schon seit Jahren nicht mehr bestehe. Die Arbeitnehmer seien unerreichbar. In der Sache brauche die Beklagte den ursprünglichen Bescheid nicht zurückzunehmen, weil er nicht rechtswidrig sei. Aufgrund des Art 1 § 10 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) in der hier anzuwendenden Fassung habe die Praxis bei unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung den Entleiher als beitragspflichtigen Arbeitgeber behandelt. Seit der Änderung des Art 1 § 10 AÜG im Jahre 1986 gelte im Ergebnis nichts anderes, weil



bei Zahlung des Arbeitsentgelts durch den Verleiher dieser neben dem Entleiher als Arbeitgeber gelte und beide als Gesamtschuldner hafteten. Hiermit habe der Gesetzgeber auf das Urteil des BSG vom 22. Mai 1984 (BSGE 56, 287 = SozR 4100 § 141n Nr 8) reagiert, das so habe verstanden werden können, daß nur der lohnzahlende Verleiher Arbeitgeber sei. Eine solche Auffassung treffe jedoch auch für die Zeit vor der Gesetzesänderung zum 1. Oktober 1986 nicht zu. Mehrere Senate des BSG hätten inzwischen zum Ausdruck gebracht, daß zu keiner Zeit an der Haftung des Entleihers für die Sozialversicherungsbeiträge zu zweifeln gewesen sei (Urteile des 9b Senats vom 18. März 1987 <BSGE 61, 209 = SozR 7815 Art 1 § 10 Nr 3>, des 2. Senats vom 27. August 1987 <2 RU 41/85> und des 12. Senats vom 25. Oktober 1988 <BSGE 64, 145 = SozR 2100 § 5 Nr 3>). Auch der 10. Senat selbst habe in seinem Urteil vom 12. August 1987 (10 RAr 12/86, Die Beiträge 1987, 286) Zweifel an der Tragweite seiner früheren Entscheidung anklingen lassen.

Mit der Revision rügt der Kläger eine Verletzung des § 75 Abs 2 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG), weil der Verleiher notwendig habe beigeladen werden müssen. In der Sache rügt er eine Verletzung des Art 1 § 10 AÜG, weil das LSG in Abweichung von dem Urteil des 10. Senats des BSG vom 22. Mai 1984 (BSGE 56, 287 = SozR 4100 § 141n Nr 8) angenommen habe, daß nach damaligem Recht bei unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung neben dem lohnzahlenden Verleiher auch der Entleiher als Arbeitgeber hafte.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des LSG vom 2. Oktober 1991 aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LSG zurückzuverweisen.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie macht geltend, nach dem Urteil des 4. Senats des BSG vom 18. Januar 1990 (BSGE 66, 144, 146 = SozR 3-5795 § 6 Nr 1) führe das Unterlassen einer notwendigen Beiladung nicht zu einer Zurückverweisung, wenn die Klage aus der Sicht des Revisionsgerichts in jedem Fall abgewiesen werden müsse. Dieses sei hier anzunehmen. Die Auffassung, daß der Entleiher als Arbeitgeber gelte, habe bei Erlass des ursprünglichen Bescheides im Jahre 1981 dem Gesetzestext und der Praxis entsprochen. Deswegen habe sie (die Beklagte) den früheren Bescheid nur zurückzunehmen brauchen, wenn sich in ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung eine andere Auffassung durchgesetzt hätte. Das sei jedoch nicht der Fall gewesen, weil die Entscheidung des 10. Senats des BSG vom 22. Mai 1984 vereinzelt geblieben und alsbald vom Gesetzgeber korrigiert worden sei.



Die beigelegene LVA schließt sich den Ausführungen der Beklagten an. Die beigelegene BA stellt keinen Antrag.

II

Die Revision des Klägers ist iS einer Aufhebung des angefochtenen Urteils und einer Zurückverweisung an die Vorinstanz begründet. Das Verfahren des Berufungsgerichts leidet an einem wesentlichen Verfahrensmangel. Der Verleiher der Arbeitnehmer hätte notwendig beigelegt werden müssen.

Umstritten ist in der Sache, ob die Beklagte den Beitragsbescheid vom 6. Februar 1981 nach § 44 Abs 1 des Sozialgesetzbuchs - Verwaltungsverfahren -(SGB X) zurückzunehmen hat, weil er rechtswidrig war und dann Beiträge für das Jahr 1980 zu Unrecht erhoben worden sind. Dieses hängt davon ab, wer damals bei unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung, wie sie hier zwischen der Firma " " als Verleiher und dem Kläger als Entleiher vorlag, Arbeitgeber war oder jedenfalls als solcher galt. Bei einer solchen (unerlaubten) Arbeitnehmerüberlassung erklärt Art 1 § 9 Nr 1 AÜG den Vertrag zwischen Verleiher und Leiharbeiter für unwirksam und gilt nach Art 1 § 10 Abs 1 Satz 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und Leiharbeiter als zustande gekommen. Da dieses fingierte Arbeitsverhältnis auch als Beschäftigungsverhältnis iS des § 7 Abs 1 des Sozialgesetzbuchs - Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung - (SGB IV) galt, zog es grundsätzlich auch die Beitragspflicht des Entleihers als Arbeitgeber nach sich. Bei dieser Anwendung des Gesetzes war der Kläger beitragspflichtig und der ursprüngliche Bescheid rechtmäßig; er brauchte nicht zurückgenommen werden.

In seinem Urteil vom 22. Mai 1984 (BSGE 56, 287 = SozR 4100 § 141n Nr 8) hat der 10. Senat des BSG jedoch entschieden, daß in Fällen unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung bei Insolvenz des illegalen Verleihers rückständige Beiträge aus der Konkursausfallversicherung jedenfalls insoweit zu entrichten seien, als der illegale Verleiher die Leiharbeiter entlohnt habe. Einige Ausführungen in diesem Urteil deuten darauf hin, daß der 10. Senat den illegalen Verleiher, soweit er Lohn gezahlt hat, als alleinigen Arbeitgeber angesehen hat. Wenn dieses zutrifft, war hier allein die lohnzahlende Verleiherfirma "

" beitragspflichtige Arbeitgeberin und die Inanspruchnahme des Klägers als Arbeitgeber rechtswidrig.

Fraglich ist indes, ob der 10. Senat in seinem Urteil vom 12. August 1987 (10 RAr 12/86, Die Beiträge 1987, 286) an seinen Ausführungen festgehalten oder nicht den lohnzahlenden illegalen Verleiher lediglich neben dem Entleiher als Arbeitgeber behandelt hat.



Beide Urteile betrafen im übrigen die Inanspruchnahme der BA auf Konkursausfallgeld und lassen sich nach den Urteilen des 9b Senats vom 18. März 1987 (BSGE 61, 209 = SozR 7815 Art 1 § 10 Nr 3; vgl auch das Urteil des 2. Senats vom 27. August 1987 - 2 RU 41/85) nicht oder nach dem Urteil des erkennenden Senats vom 25. Oktober 1988 (BSGE 64, 145 = SozR 2100 § 5 Nr 3) jedenfalls nicht ausnahmslos verallgemeinern. Vom 1. August 1986 an ist durch Einfügen eines neuen Abs 3 in Art 1 § 10 AÜG durch Art 7 Buchst a des Gesetzes vom 15. Mai 1986 (BGBl I 721) ausdrücklich geregelt, daß der lohnzahlende Verleiher auch die Beiträge zu entrichten hat, er insofern neben dem Entleiher als Arbeitgeber gilt und beide als Gesamtschuldner haften (vgl seit dem 1. Januar 1989 auch § 28e Abs 2 Satz 3 und 4 SGB IV).

Für die Zeit vor August 1986, um die es hier geht, läßt sich nicht mit der erforderlichen Sicherheit ausschließen, daß in einem rechtskräftigen Urteil die alleinige Arbeitgeberberei­genschaft des Verleihers und dessen Beitragspflicht angenommen wird. Damit kann zwischen dem Kläger als Entleiher und der Beklagten als Einzugsstelle das Rechtsverhältnis (Versicherungsverhältnis) der Arbeitnehmer auch im Verhältnis zur Firma " " nur einheitlich iS des § 75 Abs 2 SGG geklärt werden. Ohne die Beiladung bestünde auch die Gefahr divergierender Entscheidungen, wenn im vorliegenden Rechtsstreit die alleinige Arbeitgeberstellung des Verleihers bejaht und der Klage stattgegeben, bei einer anschließenden Inanspruchnahme des Verleihers auf hinterzogene Beiträge aber dessen Arbeitgeberberei­genschaft verneint würde. Aus ähnlichen Gründen hat der Senat in seinem Urteil vom 25. Oktober 1990 (SozR 3-2200 § 1399 Nr 1) entschieden, daß auch die Beiladung der Firmen notwendig war, an die ein von der Einzugsstelle als Arbeitgeber in Anspruch Genommener Arbeitskräfte vermittelt haben wollte. Demgegenüber war bei erlaubter Arbeitnehmerüberlassung in einem Rechtsstreit zwischen Verleiher und Einzugsstelle der lediglich als Bürge haftende Entleiher nicht notwendig beizuladen (BSG SozR 2200 § 172 Nr 19).

Während das LSG eine Beiladung der Arbeitnehmer wegen deren Nichterreichbarkeit zutreffend für ausgeschlossen gehalten hat, reicht die Begründung, mit der es die Beiladung des Verleihers abgelehnt hat, nicht aus. In den Entscheidungsgründen heißt es dazu, die Firma " " bestehe schon seit Jahren nicht mehr. Hierbei hat das LSG nicht hinreichend berücksichtigt, daß es sich bei der Firma dem Namen nach anscheinend um die Firma eines Einzelkaufmanns gehandelt hat, dessen unter der Firma begründete Arbeitgeberstellung nicht endet, wenn er den Firmennamen ablegt und die Firma erlischt. Es kommt daher auf die Beiladung von K F persönlich an. Sie ist nicht deswegen entbehrlich, weil die genannte Firma nach dem Tatbestand des angefochtenen Urteils Anfang der achtziger Jahre in Konkurs gefallen ist, zumal angenommen werden muß, daß ein solches Konkursverfahren inzwischen beendet ist und eine Inanspruchnahme von K F wegen hinterzogener Beiträge nicht ausgeschlossen wäre (vgl § 164 der Konkursordnung).



Die Zurückverweisung zum Zwecke der Beiladung ist hier nicht im Anschluß an die Rechtsprechung des 4. Senats des BSG (BSGE 66, 144 = SozR 3-5795 § 6 Nr 1) und die darin genannte Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE 74, 19, 21 und 80, 228, 230) entbehrlich, weil im vorliegenden Verfahren die Klageabweisung in jedem Fall bestätigt werden müßte und daher der Verleiher nicht in seinen Rechten beeinträchtigt werden könne. Insofern vertritt die Beklagte die Auffassung, sie brauche ihren ursprünglichen Bescheid jedenfalls deswegen nicht zurückzunehmen, weil sich eine ständige Rechtsprechung, wonach ihre im Jahre 1981 geltend gemachte Beitragsforderung zu Unrecht erhoben worden sei, nicht gebildet habe, die Entscheidung des 10. Senats vom 22. Mai 1984 vielmehr vereinzelt geblieben sei. Soweit sie sich dafür auf die Rechtsprechung des BSG (BSGE 57, 209, 210; 58, 27, 30; 63, 18, 23) beruft, stehen diese Entscheidungen einer Rücknahme des ursprünglichen Bescheides nach § 44 Abs 1 SGB X nicht entgegen, zumal im Beitragsrecht eine höchstrichterliche Rechtsprechung zur Arbeitgeberbereignschaft des lohnzahlenden Verleihers, die der 10. Senat im Jahre 1984 geändert hätte, nicht vorlag. Die Klage ist im Ergebnis auch nicht schon deswegen unbegründet, weil der Kläger nach dem früheren § 393 Abs 3 der Reichsversicherungsordnung (RVO; später § 28e Abs 2 Satz 1 und 2 SGB IV) als selbstschuldnerischer Bürge gehaftet hätte. Unabhängig davon, ob diese Regelung nicht nur bei erlaubter Arbeitnehmerüberlassung galt (vgl 9b Senat in BSGE 61, 209, 211) oder auch bei unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung, wenn der lohnzahlende Verleiher als alleiniger Arbeitgeber angesehen wurde (vgl 10. Senat in BSGE 56, 287, 293), wäre hier eine Inanspruchnahme des Klägers als Bürge nicht erfolgt.

Hiernach war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit die erwähnte Beiladung vor der endgültigen Entscheidung nachgeholt wird. In dieser wird das LSG auch darüber zu befinden haben, ob außergerichtliche Kosten des Revisionsverfahrens zu erstatten sind.

