

L 1 KR 361/08

Land
Berlin-Brandenburg
Sozialgericht
LSG Berlin-Brandenburg
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
1
1. Instanz
SG Cottbus (BRB)
Aktenzeichen
S 5 R 172/05
Datum
04.09.2007
2. Instanz
LSG Berlin-Brandenburg
Aktenzeichen
L 1 KR 361/08
Datum
25.06.2010
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil

Das Urteil des Sozialgerichts Cottbus vom 04. September 2007 und der Bescheid der Beklagten vom 21. Oktober 2002 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 26. Januar 2005 werden aufgehoben. Die Beklagte hat die Kosten des gesamten Verfahrens zu tragen, mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, welche diese selbst zu tragen haben. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Der Kläger wendet sich gegen einen Prüfbescheid der Beklagten über die Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen für tarifvertraglich geregeltes, tatsächlich aber nicht gezahltes Arbeitsentgelt für seine früheren Arbeitnehmer im Zeitraum Januar 1998 bis April 1999.

Er ist Inhaber der Firma B M K in B und beschäftigte im oben genannten Zeitraum die Arbeitnehmer S G, T M, A O, S H, V H, M K, D L, LL, P L, F M, I P, M R, F P, R K und M M (im Folgenden: Mitarbeiter).

In diesem Zeitraum galt in Berlin-Brandenburg für alle gewerblichen Arbeitnehmer im Maler- und Lackiererhandwerk die Lohntabelle für das Maler- und Lackiererhandwerk im Land Brandenburg vom 01. Oktober 1997, die zwischen dem Landesinnungsverband für das Maler- und Lackiererhandwerk Berlin-Brandenburg und der Industriegewerkschaft Bauten-Agrar-Umwelt, Landesverband Berlin-Brandenburg, beschlossen wurde. Für die Zeit vom 01. Januar 1998 bis 30. April 1999 ist diese Lohntabelle im Bundesanzeiger Nr. 167 vom 08. September 1998 durch das Ministerium für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Frauen des Landes Brandenburg (MASGF) für allgemein verbindlich erklärt worden. Sie sieht unter anderem vor, dass für Arbeitnehmer ohne eine abgeschlossene Berufsausbildung im Maler- und Lackiererhandwerk ab dem vollendeten 20. Lebensjahr sowie Jungesellen mit bestandener Gesellenprüfung im 1. Gesellenjahr folgender Mindestarbeitslohn pro Stunde zu zahlen ist: Im Zeitraum vom 01.01.1998 bis 30.04.1998 19,79 DM und im Zeitraum vom 01.05.1998 bis 30.04.1999 20,13 DM. Gleichzeitig existierte noch ein Tarifvertrag der Maler- und Lackiererinnung F und Arbeitnehmervertretern über die tarifvertragliche Festlegung über Mindestlöhne im Malerhandwerk für den Zeitraum 1998 bis 2001, der in Bezug auf den zu zahlenden Mindestlohn wesentlich geringere Beträge vorsah, nämlich zwischen 13,00 DM und 14,50 DM pro Stunde.

Die Lohntabelle vom 01. Oktober 1997 hatte die vorangegangene Lohntabelle vom 06. August 1996, in Kraft getreten zum 01. Mai 1996, abgelöst. Für die Zeit vom 01. Mai 1996 bis 30. April 1997 (also nicht nahtlos) war diese Lohntabelle im Bundesanzeiger Nr. 47 vom 08. März 1997 durch das im MASGF des Landes Brandenburg für allgemeinverbindlich erklärt worden. Sie sah für Arbeitnehmer ohne eine abgeschlossene Berufsausbildung im Maler- und Lackiererhandwerk ab dem vollendeten 20. Lebensjahr sowie für Jungesellen mit bestandener Gesellenprüfung im ersten Gesellenjahr eine nahezu identische Regelung zum Mindestlohn wie die hier im Streit stehende nachfolgende Lohntabelle vor.

Mit Schreiben vom 14. Oktober 1999 beantragte der Landesinnungsverband des Maler- und Lackiererhandwerkes, auch noch die nachfolgende Lohntabelle für das Maler- und Lackiererhandwerk im Land Brandenburg vom 01. Juli 1999 für allgemeinverbindlich zu erklären. Im Land Brandenburg seien rund 2000 von insgesamt 5868 [also nur ca. 34 %] gewerblichen Arbeitnehmern (Angaben der Urlaubskasse von August 1999) des Maler- und Lackiererhandwerks in Mitgliedsbetrieben des Landesinnungsverbandes beschäftigt. Auf entsprechende Anfrage des MASGF teilte die Zusatzversorgungskasse des Maler- und Lackiererhandwerkes mit, dass im Maler- und Lackiererhandwerk im Juni 1999 5337 Arbeitnehmer und im September 1999 5189 gewerbliche Arbeitnehmer in Brandenburg gemeldet worden seien (August 1999 gemäß telefonischer Rücksprache). Mit Schreiben vom 08. Dezember 1999 teilte der Landesinnungsverband dem MASGF mit, dass aufgrund zwischenzeitlicher telefonischer Abstimmung auf Mitarbeiterbene sich ergeben habe, dass die gesetzlichen Mindestvoraussetzungen für eine Allgemeinverbindlichkeitserklärung (AVE) in Brandenburg nicht mehr vorlägen. Er nahm den Antrag

zurück.

Zwischen dem 17. September 2002 und 14. Oktober 2002 führte die Beklagte beim Kläger eine Betriebsprüfung nach [§ 28 p Abs. 1](#) Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV) für den Zeitraum 1. Januar 1998 bis 31. Dezember 2001 durch. Mit Bescheid vom 21. Oktober 2002, wegen dessen Inhalt nebst Anlagen auf Blatt 5 bis 30 der Verwaltungsakte verwiesen wird, erhob die Beklagte eine Nachforderung in Höhe von 23.053,40 EUR. Diese Forderung ergebe sich daraus, dass der Kläger seinen Mitarbeitern nicht das Mindestentgelt nach der genannten allgemeinverbindlichen Lohn-tabelle gezahlt habe. Konkret würden die Beiträge für die Differenz zwischen Mindestarbeitslohn und tatsächlich gezahltem Stundenlohn verlangt. Die Höhe des Beitragsanspruches richte sich nach den vom Arbeitgeber geschuldeten Lohnleistungen und sei unabhängig davon, ob das geschuldete Arbeitsentgelt tatsächlich dem Arbeitnehmer zugeflossen sei. Denn der Entgeltanspruch mindestens in Höhe des für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrages könne für die Parteien eines Arbeitsvertrages nicht unterschritten werden. Der Bescheid enthielt in der Anlage die Zusammenstellung und Berechnung der nachgeforderten Beiträge für die erwähnten Mitarbeiter.

Der Kläger legte Widerspruch ein und verwies auf den Tarifvertrag der Maler- und Lackiererinnung F. Auf dessen Geltung habe er vertraut. Die Beklagte wies den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 26. Januar 2005 unter Hinweis auf das maßgebliche Entstehungsprinzip und die mittlerweile ergangenen Entscheidungen des Bundessozialgerichts (BSG) vom 14. Juli 2004 hierzu zurück.

Hiergegen hat der Kläger am 25. Februar 2005 Klage vor dem Sozialgericht Cottbus erhoben. Zur Begründung hat er u. a. ausgeführt, es fehle an einer wirksamen AVE. Die Beklagte hat vorgebracht, es bestünden keine Bedenken hinsichtlich der Wirksamkeit der AVE (Hinweis auf LSG Brandenburg, Urteil vom 24.09.2002 - [L 2 RJ 55/02](#) -). Insbesondere habe es sich um eine Anschluss-AVE gehandelt.

Mit Schriftsatz vom 24. Juni 2005 hat der Kläger um vorläufigen Rechtsschutz nachgesucht. Das SG hat mit Beschluss vom 16. Januar 2006 seinen Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung abgelehnt. Der Senat hat im Beschwerdeverfahren eine amtliche Auskunft des MASGF eingeholt und den Vorgang über die betreffende AVE beige-zogen. Auf die Stellungnahme des MASGF vom 6. Juli 2006, wird ergänzend Bezug genommen. Außerdem ist der betreffende Vorgang des MASGF beige-zogen worden. Er hat mit Beschluss vom 22. September 2006 die Entscheidung des SG aufgehoben und die aufschiebende Wirkung der Klage angeordnet.

Das SG hat unter anderem eine Stellungnahme des MASGF vom 14. Februar 2007 eingeholt, auf die ergänzend verwiesen wird.

Es hat die Klage mit Urteil vom 4. September 2007 abgewiesen. Rechtsgrundlage für die Nachforderung sei [§ 28 p Abs. 1 Satz 5](#) Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV). Nach [§ 28 e Abs. 1 SGB IV](#) habe der Arbeitgeber den Gesamtsozialversicherungsbeitrag an die Einzugsstelle zu zahlen. Dieser bestehe nach [§ 28 d SGB IV](#) aus den Beiträgen nach dem Arbeitsentgelt einer versicherungspflichtigen Beschäftigung ([§ 226 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1](#) Sozialgesetzbuch Fünftes Buch, [§ 57 Abs. 1](#) Sozialgesetzbuch Elftes Buch, [§ 162 Nr. 1](#) Sozialgesetzbuch Sechstes Buch sowie [§ 342](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch). Für die Entstehung der Höhe des Arbeitsentgeltes und damit auch der Beitragshöhe gelte das Entstehungsprinzip und nicht das Zuflussprinzip (Bezugnahme auf Bundessozialgericht BSG, Urteil vom 30.08.1994, [BSGE 75, 61](#), 64 f., sowie Urteil vom 14.07.2004 [B 12 KR 1/04 R](#)). Hier ergebe sich die Höhe des geschuldeten und den beigeladenen Arbeitnehmer zustehenden Arbeitsentgeltes aus der zwischen dem Landesinnungsverband für das Maler- und Lackiererhandwerk Berlin-Brandenburg und der Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt Landesverband Berlin-Brandenburg geschlossenen Lohn-tabelle für das Maler- und Lackiererhandwerk im Land Brandenburg vom 01. Oktober 1997. Diese habe die zuständige Stelle für allgemeinverbindlich erklärt. Das SG habe keine Bedenken gegen die Anwendbarkeit der Lohn-tabelle. Zum einen sei der Tarifvertrag der Maler- und Lackiererinnung Finsterwalde über die tarifvertragliche Festlegung über Mindestlöhne im Malerhandwerk für den Zeitraum 1998 bis 2001 nicht anzuwenden. Dieser erfülle nicht die Wirksamkeitsvoraussetzungen, welche das Gesetz an den Abschluss von Tarifverträgen stelle. Zu den Wirksamkeitsvoraussetzungen gehören zum einen die Tariffähigkeit und zum anderen die Tarifzuständigkeit. An der Tariffähigkeit fehle es, weil auf Arbeitnehmerseite keine Gewerkschaft, die gemäß [§ 2 Abs. 1](#) Tarifvertragsgesetz (TVG) alleine tariffähig sei, beteiligt gewesen sei. Es existiere keine Organisationsbezeichnung.

Die Voraussetzungen des [§ 5 TVG](#) für eine AVE hätten vorgelegen, wie das MASGF geprüft habe.

Hiergegen richtet sich die Berufung des Klägers vom 16. Oktober 2007.

Der Senat hat beim Bundesministerium für Arbeit und Soziales angefragt, wie dortigen Erachtens [§ 5 TVG](#) zu prüfen sei. Entsprechende Anfragen zu den Rechtsauffassungen hat er auch an den Deutschen Gewerkschaftsbund und die Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände gerichtet. Nach Auffassung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (Schreiben vom 07. Januar 2008) müssten die Voraussetzungen des [§ 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG](#) zur AVE zum Zeitpunkt des Ausspruches der AVE gegeben sein. Zur Prüfung der Voraussetzungen werde auf verwertbares statistisches Material, das möglichst zeitnah erstellt worden sei, zurückgegriffen. Stehe solches Material nicht oder nicht zeitnah zur Verfügung, könnten auch sorgfältige Schätzungen zugrunde gelegt werden. Einzubeziehen in die Zahl der tarifgebundenen Arbeitgeber seien alle zum Zeitpunkt des Ausspruches der AVE im Tarif schließenden Arbeitgeberverband organisierten Arbeitgeber. Sei die Mitgliedschaft gekündigt, ohne dass sie bereits wirksam geworden sei, seien die Arbeitgeber noch zu berücksichtigen. Saisonale Schwankungen in der Zahl der Arbeitnehmer, wie sie beispielsweise im Baugewerbe vorlägen, wirkten sich in der Regel nicht auf das Vorliegen der Voraussetzungen aus, weil hiervon die tarifgebundenen und die nicht tarifgebundenen Betriebe gleichmäßig betroffen seien. Der Deutsche Gewerkschaftsbund hat sich dieser Rechtseinschätzung angeschlossen.

Nach Auffassung der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA) müsse das notwendige 50 % Quorum grundsätzlich zum Zeitpunkt des In Kraft Treten der Allgemeinverbindlichkeit vorliegen. Bei einer AVE, die erst in der Zukunft in Kraft treten solle, werde allerdings nur auf den Zeitpunkt der Entscheidung abgestellt werden können. Ein späterer Wegfall des Quorums sei ggf. in einem Verfahren über die Aufhebung einer AVE gemäß [§ 5 Abs. 5 TVG](#) zu prüfen. Auch der BDA hält eine Schätzung für zulässig, da das notwendige Datenmaterial nicht in der Regel für jeden Stichtag verfügbar sei. Im Falle des Bauhauptgewerbes erwarte das für die AVE zuständige Referat des Bundesarbeitsministerium von den Tarifvertragsparteien, deren Tarifverträge regelmäßig für allgemeinverbindlich erklärt würden, jährlich aktualisierte Erhebungen zum einheitlichen Stichtag 30. September.

Der Senat hat ferner bei der Gemeinnützigen Urlaubskasse für das Maler- und Lackiererhandwerk e. V. sowie der Zusatzversorgungskasse

des Maler- und Lackiererhandwerks Auskünfte eingeholt. Diese antworteten mit gemeinsamen Schreiben vom 02. Juni 2009, die Daten aus ihrem Bestand bezögen sich auf die gemeldeten Betriebe und die gemeldeten gewerblichen Arbeitnehmer. Durch einen regelmäßigen Datenabgleich mit anderen Institutionen, wie z. B. Bauberufsgenossenschaften und Handwerkskammern, werde sichergestellt, dass der Datenbestand fortlaufend gepflegt und aktualisiert sei. Betriebe, die sich nicht rechtzeitig oder korrekt anmeldeten, würden auf diesem Weg rückwirkend erfasst. Diese Maßnahmen führten zu einer sehr hohen Genauigkeit ihres Datenbestandes. Ein dem korrespondierender Datenbestand für die bei tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigten Arbeitnehmer sei in den Jahren 1997 und 1998 nicht geführt worden. Soweit in den betreffenden Jahren auf Anfrage Daten weitergegeben worden seien, seien diese zum jeweiligen Abfragezeitpunkt anhand der zur Verfügung gestellten Mitgliedslisten gesondert ermittelt worden. Nachträglich könnten die Zahlen nicht mehr ermittelt werden.

Mit Schreiben vom 26. Oktober 2009 hat der Senat beim Landesinnungsverband des Maler- und Lackiererhandwerks um Auskunft zur Zahl der Mitgliedsbetriebe und insbesondere zu Kündigungen von Innungen zum 01. Januar 1998 gebeten. Dieser hat im Parallelverfahren L 24 KR 24/04 bereits mit Schreiben vom 28. Januar 2009 mitgeteilt, dass in der Handwerksrolle auch sämtliche so genannte Nebenbetriebe erfasst worden seien, die keinem oder einem anderen Tarifvertrag unterlägen. Außerdem seien Betriebe erfasst, die erfahrungsgemäß vom Profil her nicht ausschließlich oder nur teilweise Arbeiten des Maler- und Lackiererhandwerks ausführten. Auch seien in der Handwerksrolle auch Betriebe erfasst, die keine gewerblichen Arbeitnehmer beschäftigten und somit auch keine Arbeitgeberfunktion im Sinne des Tarifvertrags ausübten (so genannte Alleinmeister). Traditionell liege dieser Anteil im Handwerk der Maler und Lackierer sehr hoch, 35 bis 50 %. Sie hat mit Schreiben vom 01. März 2010 eine Tabelle über die Mitgliederbewegungen in den Jahren 1996 bis 1999 eingereicht, auf die ergänzend verwiesen wird.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Cottbus vom 04. September 2007 und den Bescheid der Beklagten vom 21. Oktober 2002 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 26. Januar 2005 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beigeladenen stellen keine Anträge.

Der Verwaltungsvorgang der Beklagten sowie die Akten des MASGF 32 2910 321 AVEBB Nr. 52 und 53 haben vorgelegen und sind Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung hat Erfolg. Der angefochtene Bescheid ist rechtswidrig und verletzt den Kläger in seinen Rechten.

Zur Rechtsgrundlage des Prüfbescheides und der Beitragsnachforderung verweist der Senat zur Vermeidung bloßer Wiederholungen nach [§ 153 Abs. 2](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) auf die insoweit zutreffenden Ausführungen im angegriffenen Urteil. Auch unter Zugrundelegung des Entstehungsprinzips für die Beitragshöhe, welche das SG mit zutreffender Begründung im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes (BSG) hergeleitet hat, setzt die Beitragsnachforderung hier voraus, dass die maßgebliche Lohnabelle wirksam für allgemeinverbindlich erklärt worden ist.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht (BVerfG) ist die AVE von Tarifverträgen nach [§ 5 TVG](#) ein Rechtssetzungsakt eigener Art zwischen autonomer Regelung und staatlicher Rechtssetzung, der darauf abzielt, auch die nicht organisierten Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die sogenannten Außenseiter, den Bestimmungen des Tarifvertrages zu unterwerfen ([BVerfGE 55, 7](#), 20 m. weit. Nachweisen). Die Außenseiter können regelmäßig nicht geltend machen, sie hätten die einschlägigen Bestimmungen nicht gekannt, weil sie sich durch das vorgesehene Veröffentlichungs- und Dokumentationsverfahren hinreichend informieren können (BVerfG, B. v. 10.09.1991 - [1 BvR 561/89](#) Juris). Die Wirksamkeit einer AVE eines Tarifvertrages, also das Vorliegen der Voraussetzungen des [§ 5 TVG](#) und die Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht, ist jedoch von Amts wegen zu prüfen, wenn -wie hier- ein tariflicher Anspruch gegenüber jemandem geltend gemacht wird, der aus dem fraglichen Tarifvertrag selbst weder kraft Tarifbindung noch aufgrund einzelvertraglicher Vereinbarung verpflichtet ist ([BVerfGE 55, 7](#), 27; Bundesarbeitsgericht [BAGE 74, 226](#), 230; ErfK/Schaub/Franzen [§ 5 TVG](#) Rn. 45). Davon ist auch der 24. Senat des LSG Berlin-Brandenburg in seinem Urteil vom 20.09.2005 - [L 24 KR 19/05](#)- ausgegangen. Er hat im dort entschiedenen Fall (lediglich) mangels substantiierten Vortrages keinen Anlass zu Ermittlungen ins Blaue hinein gesehen.

Der Beweis des ersten Anscheins, welcher eine AVE zukommen mag, ist hier erschüttert. Maßgeblicher Zeitpunkt, an welchem die Voraussetzungen des [§ 5 Abs. 1 Satz 1 TVG](#) erfüllt sein müssen, ist - wie sich bereits aus dem Wortlaut ergibt - der zum Zeitpunkt des In Kraft Treten der Allgemeinverbindlichkeit. Anderes kann nur gelten, wenn die Allgemeinverbindlichkeit erst in Zukunft hätte in Kraft treten sollen. Die AVE hier ist rückwirkend erlassen worden.

Die Annahme des MASGF, es seien rund 52 %, genauer 2615 von 5048 der gewerblichen Arbeitnehmer, solche tarifgebundenen Arbeitgeber, ist sehr wahrscheinlich falsch und jedenfalls angreifbar. Es bestehen erhebliche Zweifel daran, dass die Voraussetzungen des [§ 5 Abs. 1 TVG](#) hinsichtlich des hier einschlägigen Tarifvertrages für das Maler- und Lackiererhandwerk (Lohnabelle vom 1. Oktober 1997 für die gewerblichen Arbeitnehmer im Maler- und Lackiererhandwerk im Lande Brandenburg) vom 18. August 1998 (nachfolgend nur: TV) vorgelegen haben.

Die erforderliche so genannte 50%-Klausel nach [§ 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG](#) ist bereits nach den Ermittlungen des zuständigen MASGF (nur) recht knapp erreicht gewesen. Die tarifgebundenen Arbeitgeber sollen rund 52%, genauer 2615 von 5048 der gewerblichen Arbeitnehmer beschäftigt haben. Bei nur 2615 - 5048: 2+1 = 92 tarifgebundenen Arbeitnehmern weniger wäre das Erfordernis bereits nicht mehr erfüllt. Wäre ein einziger größerer Arbeitgeber fälschlicherweise als tarifgebunden angesehen worden, genügte dies, um die Voraussetzung entfallen zu lassen. Das MASGF hat sich nach Aktenlage einzig auf die eingeholten Angaben der Zusatzversorgungskasse

verlassen, weil aufgrund der Allgemeinverbindlichkeit des bundesweit geltenden Rahmen- und des maßgeblichen Verfahrenstarifvertrages alle Betriebe des Maler- und Lackiererhandwerks dort ihre Beschäftigten hätten melden müssen (Vorgang des MASGF Bl. 41). Die Zusatzversorgungskasse hält ihre Zahlen zwar für valide, weil sie laufend aktualisiert würden. Unberücksichtigt ist aber geblieben, dass die Zahlen für 1997 nicht einfach für den maßgeblichen Zeitraum ab 1998 haben übernommen werden können: Die Angaben über die Arbeitnehmerzahl der tarifgebundenen Arbeitgeber sind nach Aktenlage ungeprüft vom antragstellenden Landesinnungsverband übernommen worden. Die –ser selbst hat allerdings seinen Antrag u. a. damit begründet, für 1997 hätten drei Innungen mit über 100 Betrieben ihren Austritt aus dem Verband angekündigt. Wie die weiteren Ermittlungen ergeben haben, sank in der Tat die Zahl der Mitglieder in Brandenburg von 397 im Jahr 1997 auf 283 im Jahr 1998 und ist dann 1999 mit 274 erneut abgefallen. So waren die örtlichen Innungen Fürstenwalde/Oder Spree und Jüterbog, Luckenwalde/Teltow Fläming jeweils zum 31. Dezember 1997 aus dem tarifschließenden Landesverband ausgetreten.

Zum maßgeblichen Stichtag 01. Januar 1998 spricht deshalb alles dafür, dass die verbliebenen Arbeitgeber nicht mehr mindestens 50 % der Arbeitnehmer beschäftigt haben, insbesondere auch deshalb, weil der Landesinnungsverband selbst den Antrag auf AVE unter Bezugnahme auf deutlichen Zahlen des nachfolgenden Jahres 1999 für den Folgetarifvertrag zurückgenommen hat, da nur noch 34% der Arbeitnehmer bei tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigt waren. Der Mittelwert aus 52% im Jahr 1997 und 34% im Jahr 1999 ergäbe für 1998 43%.

Ob die Angabe 52% für das Jahr 1997 auch deshalb zweifelhaft ist, weil die zugrunde gelegte Zahl von 5048 Arbeitnehmern nach Aktenlage aus dem Durchschnitt der Zahlen für Februar 1997 und Juni 1997 gebildet worden zu sein scheint, kann dahingestellt bleiben.

Nachdem somit der erste Anschein der Gültigkeit der AVE erschüttert ist, musste die Beklagte darlegen und beweisen, dass die Voraussetzungen des [§ 5 TVG](#) erfüllt sind. Weitere Aufklärungsmöglichkeiten sieht der Senat nicht, nachdem die Zusatzversorgungskasse erklärt hat, die alten Zahlen nicht mehr nennen zu können. Insbesondere sind die Sachbearbeiter im MASGF keine Zeugen.

Die Kostenentscheidung nach [§ 193 SGG](#) entspricht dem Ergebnis in der Hauptsache.

Gründe für die Zulassung der Revision gemäß [§ 160 Abs. 2 SGG](#) liegen nicht vor. Dass eine AVE keine Rechtsnorm darstellt, ist bereits geklärt. Die von der Beklagten aufgeworfene Grundsatzfrage stellt sich deshalb nicht. Es handelt sich um eine Einzelfallprüfung, die einen lange zurückliegenden Zeitraum betrifft. Die inzident zu überprüfende AVE betrifft zudem nur das Land Brandenburg.

Rechtskraft

Aus

Login

BRB

Saved

2010-08-12