

---

# Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht

Zweiwochenschrift für die betriebliche Praxis

## NZA Online Aufsatz 4/2012

27. August 2012 · 29. Jahrgang · Seite 1–10

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift herausgegeben von:

Prof. Dr. Jobst-Hubertus Bauer, Rechtsanwalt, Stuttgart – Prof. Dr. Johannes Peter Francken, Präsident des LAG Baden-Württemberg a. D., Freiburg – Edith Gräfl, Vorsitzende Richterin am BAG, Erfurt – Dr. Thomas Klebe, Justitiar der IG Metall, Frankfurt a. M. – Wolfgang Koberski, Vorstand bei den Sozialkassen des Baugewerbes, Wiesbaden – Prof. Dr. Eckhard Krebel, Leiter Personal- und Arbeitspolitik der Daimler AG, Stuttgart – Prof. Dr. Klaus Neef, Rechtsanwalt, Hannover – Prof. Dr. Ulrich Preis, Universität zu Köln – Prof. Dr. Reinhard Richardi, Universität Regensburg – Prof. Dr. Rainer Schlegel, Abteilungsleiter im Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Berlin – Ingrid Schmidt, Präsidentin des BAG, Erfurt – Prof. Dr. Klaus Schmidt, Präsident des LAG Rheinland-Pfalz a. D., Heidelberg – Prof. Dr. Achim Schunder, Rechtsanwalt, Frankfurt a. M. – Prof. Dr. Ulrike Wendeling-Schröder, Universität Hannover – Prof. Dr. Hellmut Wißmann, Präsident des BAG a. D., Erfurt

Schriftleitung: Prof. Dr. Klaus Schmidt, Prof. Dr. Achim Schunder und Dr. Jochen Wallisch  
Beethovenstr. 7b, 60325 Frankfurt a. M.

---

---

### Online-Aufsatz

---

Rechtsanwälte Jörg Steinheimer und Dr. Stefan Haeder\*

### Erdbeben in der Zeitarbeitsbranche

Nach den jüngsten Beschlüssen des BAG vom 22. und vom 23. 5. 2012 (letzte NZA 2012, 623 [625]) steht es nun fest: die „Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP)“ war „nie tariffähig“<sup>1</sup> und zwar weder als Spitzenorganisation noch als Gewerkschaft. Damit konnte sie keine wirksamen Tarifverträge abschließen. Da mit der CGZP ausgehandelte Tarifverträge bislang eine Ungleichbehandlung von Leiharbeitnehmern und festangestellten Arbeitnehmern des Entleiherbetriebs ermöglichten, hat das Schlusswort des BAG in der Zeitarbeitsbranche erhebliche Konsequenzen:

- Die Zeitarbeitnehmer fordern den Differenzlohn zu „Equal Pay“, wobei sich ein erstes Bild hinsichtlich der Ausschluss- und Verjährungsfristen abzeichnet;
- Die Deutsche Rentenversicherung (DRV) hat flächendeckend die Anwender des CGZP-Tarifwerks geprüft und reklamiert nun – unabhängig davon, ob die Arbeitnehmer Differenzlohn fordern – im Ergebnis Sozialversicherungsbeiträge auf „Phantomlöhne“;
- Die Regionaldirektionen der Bundesagentur für Arbeit fordern von den Zeitarbeitsunternehmen den Nachweis der Nachmeldung und Abführung der entsprechenden Sozialversicherungsbeiträge, wohl mit Blick auf die nach § 3 I Nr. 1 AÜG erforderliche Zuverlässigkeit.

#### I. Ausgangssituation

Zeitarbeit ist ein „Motor“ unserer mittelständisch geprägten Wirtschaftsstruktur in Deutschland. Sie wird gebraucht, um kurzfristigen Personalbedarf zu decken und ist aus dem Wirtschaftsleben schlicht nicht mehr wegzudenken. Für die Leih-

arbeitnehmer hat sie die Funktion einer „Brücke in die Arbeit“ – 56,3% der Zeitarbeitsverhältnisse im 2. Halbjahr 2009 wurden von vorher nicht Beschäftigten aufgenommen, darunter 8,5% Langzeitarbeitslose und 7,6%, die vorher noch nie eine Beschäftigung hatten<sup>2</sup>.

Seit Anfang 2003 sind die ursprünglichen Restriktionen in der Zeitarbeit (Synchronisationsverbot, Höchstüberlassungsdauer etc.) entfallen<sup>3</sup>. Dafür wurde der Gleichbehandlungsgrundsatz „equal pay and equal treatment“ statuiert. Danach muss der Leiharbeitnehmer zu den beim Entleiher gültigen Konditionen vergütet werden. Abweichungen davon zu Lasten der Leiharbeitnehmer sind jedoch durch oder auf Grund eines Tarifvertrags möglich (§§ 3 I Nr. 3, 9 Nr. 2 AÜG)<sup>4</sup>.

Seither ist umstritten, ob die christlichen Gewerkschaften, die für die Verleiher günstige Tarifverträge abgeschlossen haben, überhaupt richtige Gewerkschaften sind bzw. die für eine Gewerkschaftseigenschaft nötige „soziale Mächtigkeit“ besitzen. Der juristische Streit hat einen handfesten wirtschaftspolitischen Hintergrund. Bis zu 300 000 der mehr als 900 000

---

\* Der Autor *Steinheimer* ist Fachanwalt für Arbeitsrecht bei LIEB.Rechtsanwälte in Nürnberg. Der Autor *Haeder* ist Rechtsanwalt bei LIEB.Rechtsanwälte in Berlin. Unser Dank gilt unserem Kollegen Rechtsanwalt *Dr. Christopher Lieb*, LL. M. Eur. für seine wertvollen Anregungen.

1 Pressemit. des BAG Nr. 39/12 v. 25. 5. 2012.

2 Vgl. Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Pressemit. v. 15. 12. 2010.

3 Vgl. Art. 6 und 14 des Ersten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23. 12. 2002 (BGBl I, 4607).

4 Vgl. Art. 6 Nrn. 3 und 4 des Ersten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23. 12. 2002 (BGBl I, 4617f.).

Zeitarbeiter in Deutschland, die vor allem bei kleineren Verleihern beschäftigt sind, sollen unter den Tarif der CGZP fallen. Es wird geschätzt, dass bis zu 1 600 Zeitarbeitsfirmen betroffen sein sollen<sup>5</sup>. In der CGZP haben sich verschiedene Gewerkschaften zusammengeschlossen, unter anderem die Christliche Gewerkschaft Metall (CGM), die DHV – Die Berufsgewerkschaft e. V. (DHV) sowie die Gewerkschaft Öffentlicher Dienst und Dienstleistungen (GÖD). Nach der Satzung der CGZP hatten die einzelnen Gewerkschaften der CGZP nur insofern zu ihrer Interessenvertreterin berufen, als es um den Abschluss von Tarifverträgen in der Zeitarbeitsbranche ging. Die Satzung der CGZP ermächtigte diese, auch in Wirtschaftszweigen, die von keiner ihrer Mitglieder abgedeckt wurden, Tarifverträge mit Arbeitgebern oder Arbeitgeberverbänden der Zeitarbeitsbranche abzuschließen. Die christlichen Gewerkschaften werden durch die etablierten Gewerkschaften vorgeblich wegen ihrer besagten Praxis angegriffen, wenngleich auch Letztere selbst Tarifverträge nach dem gleichen Muster abgeschlossen haben, die für die Zeitarbeiter nur unwesentlich günstiger sind. Letztlich sind die etablierten DGB-Gewerkschaften an Tarifwerken, die eine Abweichung von „*equal pay and equal treatment*“ vorsehen, nicht interessiert<sup>6</sup>.

Unter anderem die Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di) und das Land Berlin hatten die CGZP daher bereits in 2008 verklagt und begehrt festzustellen, dass diese nicht tariffähig ist. Das *ArbG Berlin* hatte unter anderem dem Antrag von ver.di zurückgewiesen und dem Antrag des Landes Berlin entsprochen. Gegen diesen Beschluss haben sowohl ver.di als auch die CGZP Beschwerde eingelegt. Das *LAG Berlin-Brandenburg* hat sodann der Beschwerde von ver.di am 7. 12. 2009 stattgegeben und die Beschwerde der CGZP zurückgewiesen<sup>7</sup>. Hiergegen richtete sich die Rechtsbeschwerde der CGZP zum BAG.

## II. Die Entscheidung des BAG vom 14. 12. 2010

### 1. Inhalt

Das BAG stellte mit Beschluss vom 14. 12. 2010 fest, dass die CGZP nicht „tariffähig“ sei<sup>8</sup>. Die CGZP sei keine Arbeitnehmervereinigung i. S. von § 2 I TVG, d. h. keine Gewerkschaft, da sie nach ihrer Satzung keine Arbeitnehmer organisiere<sup>9</sup>. Sie sei zudem keine „Spitzenorganisation“ i. S. von § 2 III TVG. Letzteres begründet das BAG damit, dass die Mitglieder der CGZP ihre „Tariffähigkeit“ der CGZP nicht vollständig vermittelt hätten. Zudem gehe der Organisationsbereich der CGZP über den ihrer Mitglieder hinaus<sup>10</sup>. Der Organisationsbereich der CGM, der DHV und der GÖD erfasse weder für sich allein noch bei einer Gesamtschau sämtliche Arbeitsverhältnisse im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung i. S. von § 1 I der CGZP-Satzung 2009<sup>11</sup>.

Kernstück der Entscheidung des BAG war die Auseinandersetzung mit der Tariffähigkeit einer Spitzenorganisation i. S. von § 2 III TVG. Dabei leitete das BAG das Erfordernis der „Tariffähigkeit“, das im TVG nicht ausdrücklich normiert ist, aus dem Sinn und Zweck des Gesetzes<sup>12</sup> und aus der Gesetzesgeschichte<sup>13</sup> her. Daraus folgerte das BAG, dass sämtliche das Tarifgeschehen der Spitzenorganisation bestimmenden Gewerkschaften selbst tariffähig sein müssen, da die Spitzenorganisation von diesen ihre Tariffähigkeit ableite<sup>14</sup>. Zudem müssten die zu einer Spitzenorganisation zusammengeschlossenen Gewerkschaften dieser ihre Tariffähigkeit vollständig vermitteln<sup>15</sup>. Damit solle unter anderem vermieden werden, dass die einer Spitzenorganisation angeschlossenen Gewerkschaften dieser nur die Bereiche übertragen, in denen

sie selbst nur über eine unzureichende Durchsetzungskraft verfügen und somit die Tariffähigkeit insofern erst auf der Ebene der Spitzenorganisation entstünde<sup>16</sup>. Anschließend rechtfertigte das BAG die mit seiner Rechtsprechung einhergehenden Eingriffe in die verfassungsrechtlich garantierte Koalitionsfreiheit gem. Art. 9 III GG<sup>17</sup>. Die zur Rechtssicherheit gebotene umfassende Übertragung des Organisationsbereichs auf die Spitzenorganisation schränke die Handlungsmöglichkeiten der ihr angeschlossenen Mitgliedsgewerkschaften nicht nennenswert ein. Ihre Fähigkeit, selbst Tarifverträge für die von ihnen repräsentierten Arbeitnehmer abzuschließen, werde durch den Zusammenschluss nicht berührt, weil die Tariffähigkeit einer Spitzenorganisation neben die ihrer Mitglieder trete<sup>18</sup>. Darüber hinaus könnten Gewerkschaften mit unterschiedlichen Organisationsbereichen ohne die Bildung einer Spitzenorganisation jeweils im Rahmen ihrer Tarifzuständigkeit einen einheitlichen Tarifvertrag mit einem Arbeitgeber oder einem Arbeitgeberverband im Wege einer Tarifgemeinschaft abschließen, bei der sie entweder gemeinsam oder einzeln Vertragspartei würden<sup>19</sup>. Zudem sei es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, das Vorliegen einer Spitzenorganisation gem. § 2 III TVG von der Begrenzung ihrer Zuständigkeit auf die Organisationsbereiche ihrer Mitgliedsgewerkschaften abhängig zu machen. Es sei fraglich, ob insofern überhaupt die durch Art. 9 III GG geschützte Betätigungsfreiheit der Mitgliedsgewerkschaften berührt werde, weil sich diese auf den von ihnen selbst gewählten Organisationsbereich beschränkt. Jedenfalls sei es nicht unverhältnismäßig, einem Verband von Gewerkschaften die Tariffähigkeit nach § 2 III TVG zu versagen, wenn (!) dieser auch außerhalb des Zuständigkeitsbereichs seiner Mitglieder Tarifverträge abschließen soll. Die Tariffähigkeit einer von Gewerkschaften gebildeten Spitzenorganisation beruhe auf der sozialen Mächtigkeit der von ihren Mitgliedern repräsentierten Arbeitnehmer. Dass es bei einem Tarifvertragsabschluss außerhalb der Organisationsbereiche der Mitgliedsgewerkschaften an einer solchen Durchsetzungskraft fehle, sei offensichtlich<sup>20</sup>.

### 2. Rechtliche Bewertung

Quintessenz der schriftlichen Entscheidungsgründe des Beschlusses vom 14. 12. 2010 war, dass die CGZP und ihre Mitgliedsgewerkschaften letztlich an einer unzureichenden wechselseitigen Abstimmung ihrer Satzungen gescheitert waren. Zum einen hatte die CGZP in ihrer Satzung ihre Befugnis punktuell auf einen Teil des Zuständigkeitsbereichs der Mitgliedsgewerkschaften beschränkt, nämlich alleine auf die Arbeitnehmerüberlassung. Zum anderen hatte sich die CGZP satzungsmäßig die Zuständigkeit für die Arbeitnehmerüberlassung in allen Wirtschaftszweigen zugewiesen, während

5 So Beck aktuell vom 16. 12. 2010, becklink 1008338.

6 S. z. B. Vorstandsbeschluss des DGB-Bundesvorstands vom 5. 2. 2008, via www.infocenter-personal.de (abgerufen am 29. 3. 2011).

7 *LAG Berlin-Brandenburg*, Beschl. v. 7. 12. 2009 – 23 TaBV 1016/09, BeckRS 2009, 74516.

8 BAG, NZA 2011, 289 Rdnrn. 63 ff. = NJW 2011, 1534 L u. Os.

9 BAG, NZA 2011, 289 Rdnr. 93 = NJW 2011, 1534 L u. Os.

10 BAG, NZA 2011, 289 Rdnr. 94 = NJW 2011, 1534 L u. Os.

11 BAG, NZA 2011, 289 Rdnr. 96 = NJW 2011, 1534 L u. Os.

12 BAG, NZA 2011, 289 Rdnrn. 74 ff. = NJW 2011, 1534 L u. Os.

13 BAG, NZA 2011, 289 Rdnrn. 78 ff. = NJW 2011, 1534 L u. Os.

14 BAG, NZA 2011, 289 Rdnrn. 71 f. = NJW 2011, 1534 L u. Os.

15 BAG, NZA 2011, 289 Rdnr. 76 = NJW 2011, 1534 L u. Os.

16 BAG, NZA 2011, 289 Rdnr. 83 = NJW 2011, 1534 L u. Os.

17 BAG, NZA 2011, 289 Rdnrn. 88 ff. = NJW 2011, 1534 L u. Os.

18 BAG, NZA 2011, 289 Rdnr. 91 = NJW 2011, 1534 L u. Os.

19 BAG, NZA 2007, 576 Rdnr. 22; BAG, NZA 2005, 600 Os. = NJOZ 2005, 1844 (zu III 4 a) m. w. Nachw.

20 BAG, NZA 2011, 289 Rdnr. 92 = NJW 2011, 1534 L u. Os.

ihre Mitgliedsgewerkschaften nach ihren Satzungen lediglich für bestimmte Branchen zuständig waren (Metall, Elektro, kaufmännische Berufe, öffentlicher Dienst). Diese Inkongruenz führte dazu, dass die CGZP vom BAG nicht als Spitzenorganisation i. S. des § 2 III. TVG anerkannt wurde.

Dagegen ließ das BAG ausdrücklich offen, ob der CGZP die Tariffähigkeit unter Umständen auch unter dem Gesichtspunkt mangelnder sozialer Mächtigkeit hätte abgesprochen werden können. In diese Richtung deutete immerhin die Bemerkung in den Entscheidungsgründen, dass nicht zu klären gewesen sei, ob Tarifverträge, deren Gegenstand allein darauf gerichtet sei, unter Nutzung der Tariföffnungsklausel in § 9 Nr. 2 AÜG von dem gesetzlichen Gleichstellungsgebot (§§ 3 I Nr. 3, 10 IV AÜG) abzuweichen, die soziale Mächtigkeit einer neu gegründeten Arbeitnehmervereinigung belegen könnten<sup>21</sup>.

Methodisch stützte sich das BAG bei der Herleitung des Rechtsbegriffs der „Tariffähigkeit“ auf die einschränkende Auslegung der Tatbestandsmerkmale „Gewerkschaft“ und „Spitzenorganisation“ gemäß der mit § 2 I und III TVG verfolgten Zielsetzung des Gesetzgebers. Es konnte sich insofern auf gefestigte Rechtsprechung stützen<sup>22</sup>.

Dem Gericht ist zu folgen, wenn es darauf abstellt, dass Spitzenorganisationen ihre Tariffähigkeit von ihren Mitgliedern herleiten müssen und keine darüber hinausgehende originäre Tariffähigkeit haben. Zuzustimmen ist dem BAG, wenn es eine nur teilweise Übertragung der Tariffähigkeit für unzulässig erklärt, um Umgehungskonstruktionen zu vermeiden.

Dagegen können die Ausführungen des BAG nicht überzeugen, soweit diese die Frage betreffen, weshalb einem Verband von Gewerkschaften die Tariffähigkeit nach § 2 III TVG insgesamt zu versagen sein soll, „wenn“ dieser auch außerhalb des Zuständigkeitsbereichs seiner Mitglieder Tarifverträge abschließt<sup>23</sup>. Dies liefe darauf hinaus, einem solchen Verband, selbst wenn dieser die Voraussetzungen der Tariffähigkeit im Übrigen erfüllte, dieses Merkmal auch dann vollkommen abzuspochen, wenn er nur zu einem geringen Teil außerhalb des Zuständigkeitsbereichs seiner Mitglieder tätig wäre. Das BAG begründete seine Entscheidung insoweit mit dem Argument, dass es der Spitzenorganisation außerhalb des Zuständigkeitsbereichs seiner Mitglieder jedenfalls an der für die Tariffähigkeit erforderlichen sozialen Mächtigkeit fehle. Diese Erwägung trägt die Begründung des BAG zur Versagung der Tariffähigkeit jedoch nur, „soweit“ der Verband außerhalb des Zuständigkeitsbereichs seiner Mitglieder agiert. Weshalb ein Verband im Zuständigkeitsbereich seiner Mitglieder im Übrigen nicht tariffähig sein soll, ist aus der Entscheidungsbegründung des BAG nicht ersichtlich.

Ob die Mitglieder der CGZP tariffähig sind, war nicht unmittelbar Gegenstand des Verfahrens und wurde nicht entschieden. Darüber hinaus warf die Entscheidung für die Praxis bedauerlicher Weise mehr Fragen auf, als sie beantwortete:

Keine ausdrücklichen Feststellungen enthielt die Entscheidung über die Tariffähigkeit der CGZP in der Vergangenheit. Dies war das Grundproblem der Entscheidung.

„Rechtstechnisch“, d. h. aus prozessrechtlicher Sicht, verwundert dies nicht, da die auf die Tariffähigkeit der CGZP gerichteten verfahrensgegenständlichen Feststellungsanträge beim BAG gegenwartsbezogen waren. Damit konnte das BAG im Rahmen der Rechtsbeschwerde auch nur über eine „Momentaufnahme zum Zeitpunkt des 7.12. 2009“, dem

Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem LAG Berlin-Brandenburg, urteilen, also über diejenige Satzung, die ab dem 8.10. 2009 galt.

Soweit die Zeitarbeitsbranche seit dem 14.12. 2010 darauf gehofft hatte<sup>24</sup>, das BAG würde ihr den Gefallen tun, in den schriftlichen Entscheidungsgründen eine „*ex-nunc*“ (= ab jetzt)Wirkung“ des Verdikts „Tariffähigkeit“ festzuschreiben, ist sie nachhaltig enttäuscht worden. Wäre der erkennende Senat der Meinung gewesen, die Tariffähigkeit der CGZP trete erst mit der jetzigen Rechtskraft ihrer Feststellung ein, hätte er dies im Rahmen eines „*obiter dictum*“ (lat. für nebenbei Gesagtes) durchaus äußern können, um einen sauberen Schlussstrich zu ziehen und die diesbezüglichen Diskussionen ein für alle Mal zu beenden.

Allerdings ließ sich bereits damals aus einem kleinen Halbsatz am Ende der Begründung entnehmen, dass die streitgegenständliche Satzung der CGZP aus dem Jahre 2009 in entscheidenden Passagen identisch sei mit deren Satzung aus dem Jahre 2005. Durch diesen Hinweis darauf, dass satzungstechnisch bei der CGZP 2005 bereits das Gleiche galt wie in 2009, brachte das BAG bereits in seiner Entscheidung vom 14.12. 2010 zum Ausdruck, dass die CGZP auch in der Vergangenheit nicht tariffähig war, ohne dies jedoch rechtskräftig festzustellen<sup>25</sup>.

### III. Die Entscheidungen des BAG vom 22./23. 5. 2012

Anstelle jedoch bereits am 14.12. 2010 oder wenigstens mit den Entscheidungsgründen im März 2011 via „*obiter dictum*“ Klarheit – und damit Rechtssicherheit – zu schaffen, zog es der 1. Senat des BAG vor abzuwarten bis die Thematik wieder an ihn herangetragen wurde, und platzierte dann einen „Dreifachschlag“:

– am 22. 5. 2012<sup>26</sup> verwarf er die arbeitgeberseits eingelegten Nichtzulassungsbeschwerden gegen den Beschluss des LAG Berlin-Brandenburg vom 9.1. 2012<sup>27</sup>; damit wurde dessen Judikat rechtskräftig, das die Tariffähigkeit der CGZP auch für den 29.11. 2004, 16.6. 2006 und 9.7. 2008 feststellte;

– am 23.5. 2012 entschied er im Rahmen zweier Rechtsbeschwerdeverfahren, dass eine Aussetzung nach § 97 V ArbGG nicht (mehr) in Betracht komme, und zwar wegen der (am Vortrag eingetretenen, siehe oben) Rechtskraft der Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg vom 9.1. 2012 zur Tariffähigkeit der CGZP auch im zeitlichen Geltungsbereich ihrer Satzungen vom 11.12. 2002 und 5.12. 2005<sup>28</sup> bzw. wegen seiner eigenen Entscheidung vom 14.10. 2010 betreffend die Tariffähigkeit der CGZP im zeitlichen Geltungsbereich ihrer Satzung ab dem 8.10. 2009.<sup>29</sup>

Spätestens jetzt ist deutlich geworden, dass die betroffenen Zeitarbeitsunternehmen die Hoffnung auf eine irgend gearte-

21 BAG, NZA 2011, 289 Rdnr. 112 = NJW 2011, 1534 L u. Os.

22 BVerfG, NJW 1966, 2305 (insb. [zu C I 1]); BAG, NZA 2006, 1112 Rdnr. 35 = NJW 2006, 3742 L.

23 BAG, NZA 2011, 289 Rdnr. 92 = NJW 2011, 1534 L u. Os.

24 Möglicherweise genährt durch verschiedene Berichte über die mündliche Begründung des Beschlusses durch die Vorsitzende des 1. Senats des BAG, Ingrid Schmidt, die schriftlichen Entscheidungsgründe würden weitere Klarheit bringen.

25 So auch Neef, NZA 2011, 615 (618); im Ergebnis auch, wenn gleich ohne Begründung: Zimmermann, AuA 2011, 242.

26 BAG, Beschl. v. 22. 5. 2012 – 1 ABN 27/12, BeckRS 2012, 70480 (mit Anm. Schindele, ArbRAktuell 2012, 179).

27 LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 9. 1. 2012 – 24 TaBV 1285/11 u. a., BeckRS 2012, 67523 (mit Anm. Schindele, ArbRAktuell 2012, 179).

28 BAG, NZA 2012, 623.

29 BAG, NZA 2012, 625.

te „punktueller“ Tarifunfähigkeit der CGZP leider begraben müssen.

### 3. Bedeutung der Tariffähigkeit des CGZP für die von ihr abgeschlossenen Tarifverträge

Rechtlich zu trennen sind zum einen die Frage der Tariffähigkeit des CGZP, zum anderen die Frage der (Un-)Wirksamkeit der von ihr abgeschlossenen Tarifverträge. Denn nur zu ersterem hat das BAG am 14.12.2010 sowie am 22./23.5.2012 entschieden. Die Frage der Wirksamkeit des Tarifvertrags ist von denjenigen Gerichten zu beantworten, die im Urteilsverfahren inzident, z.B. wegen geltend gemachter Lohnansprüche, über die Wirksamkeit der Tarifverträge entscheiden müssen (und mit Blick auf die vorgreifliche Frage der Tariffähigkeit bis jetzt ausgesetzt hatten, §§ 97 V, 2 a I Nr.4 ArbGG<sup>30</sup>). Fest steht, dass die Beschlüsse des BAG insoweit keine Vorentscheidung für jene Fälle trifft, in denen die CGZP-Tarifverträge nur als Vertreterin der Mitgliedsgewerkschaften abgeschlossen hat. Es ist auch zu kurz gesprungen, die beiden Fragen in den Fällen zwingend gleich zu beantworten, in denen die CGZP die Tarifverträge nur als Spitzenorganisation im eigenen Namen abgeschlossen hat.

### 4. Weitergeltung der Tarifverträge aus der Zeit vor 2005?

Denn bei Tarifunfähigkeit der CGZP in den Jahren 2005 – 2009 würden die von der CGZP vor 2005 als Vertreterin der Mitgliedsgewerkschaften abgeschlossenen Tarifverträge weitergelten<sup>31</sup>. Für die Rechtswirksamkeit von Tarifverträgen, die die CGZP in fremdem Namen für ihre Mitglieder abgeschlossen hat, ist es ohne Belang, ob sie selbst jemals tariffähig war. Dies könnte im Einzelfall ein „Auffangnetz“ sein. Dann wäre der alte Tarifvertrag noch gültig, mit dem – entsprechende Tariffähigkeit der vertretenen Einzelgewerkschaft vorausgesetzt – vom Grundsatz „equal pay“ wirksam nach § 9 Nr.2 AÜG abgewichen worden ist.

### 5. Auswirkungen der BAG-Beschlüsse für die Zeit nach dem 7.12.2009?

Ab dem 1.1.2010 galt ein neuer mehrgliedriger Tarifvertrag „nach dem Vorbild der Zeitarbeitsabschlüsse der DGB-Tarifgemeinschaft“<sup>32</sup>, den nicht nur die CGZP, sondern auch ihre Mitgliedsgewerkschaften abgeschlossen haben. Dieser Tarifvertrag ist damit jedenfalls nicht mit dem für das BAG maßgeblichen Mangel behaftet<sup>33</sup>.

## IV. Konsequenzen für die Praxis

Die Konsequenzen der BAG-Entscheidungen für die betroffenen Zeitarbeitsunternehmen sind heute noch immer nicht vollständig absehbar. Aus dem Lager der etablierten Gewerkschaften wurde die Deutsche Rentenversicherung (DRV) aufgefordert, Beitragsnachzahlungen beizutreiben. Die Prüfungen mündeten in erhebliche Beitragsnachforderungen. Zeitarbeiter in den betroffenen Unternehmen wurden angestachelt, Nachzahlungsansprüche zu realisieren.

### 1. Vertrauensschutz in die Tariffähigkeit?

Die Frage nach einem Vertrauensschutz für die Verleiher in die Tariffähigkeit der CGZP – und damit in die Gültigkeit der von ihr abgeschlossenen Tarifverträge – wird von einigen Stimmen in der juristischen Literatur unter Verweis auf ein Urteil des BAG<sup>34</sup> abschlägig beantwortet<sup>35</sup>. Auch in den Entscheidungsgründen der Beschlüsse vom 14.12.2010 und vom 22./23.5.2012 sucht man vergebens nach Ausführungen zum Vertrauensschutz. Das Schweigen des 1. Senats zu

dieser außerordentlich wichtigen Frage kann nach allem wohl nur so gedeutet werden, dass er einen Vertrauensschutz nicht sieht.

Dabei erscheint dieses Ergebnis bei näherer Prüfung für die vorliegende konkrete Konstellation nicht zwingend. Vielmehr sprechen gute Gründe dafür, ausnahmsweise einen Vertrauensschutz der Verleihunternehmen zu bejahen. Denn der Umstand, dass die CGZP nicht tariffähig war, war für die Rechtsanwender nicht ohne Weiteres erkennbar.

Zum einen hatte das BAG in seiner Entscheidung vom 15.11.2006 nur über die Tariffähigkeit einer Gewerkschaft, nicht jedoch über die einer Spitzenorganisation zu entscheiden<sup>36</sup>. Zudem musste das BAG in jener Entscheidung den Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes deshalb nicht thematisieren, weil es in dem betreffenden Fall – anders als in der Konstellation, welche den Beschlüssen vom 14.12.2010 und vom 22./23.5.2012 zu Grunde lag – nicht um den Austausch von Leistungen ging. Daher lässt die Entscheidung vom 15.11.2006 nicht den Schluss zu, dass das BAG Vertrauensschutzaspekte im Zusammenhang mit der Tariffähigkeit schlechterdings für deplatziert hält.

Des Weiteren wurde in der juristischen Literatur bis zu dem Beschluss des BAG vom 14.12.2010 durchaus die Auffassung vertreten, dass die CGZP tariffähig sei<sup>37</sup>. Daher war es keinesfalls abwegig, bis zu jenem Beschluss auf deren Tariffähigkeit zu vertrauen.

Wie hätte schließlich ein Verleiher erkennen sollen, dass „sein“ Tarifpartner, die Gewerkschaft, einen „Webfehler“<sup>38</sup> in der Satzung bzw. bei ihrer Tarifzuständigkeit begangen hat? Legt man die vom BAG in seiner besagten Entscheidung vom 14.12.2010 aufgestellten Kriterien zu Grunde, so ergäbe sich folgende Konsequenz: Der Verleiher, der über seinen Verband (oder sogar nur via Bezugnahme auf das betreffende Tarifwerk) mit einer Spitzenorganisation wie der CGZP verbunden ist, müsste nicht nur die Satzungsregelungen seiner unmittelbaren „Vertragspartnerin“, der CGZP, „mit der Lupe“ untersuchen, sondern darüber hinaus die Satzungen von sämtlichen maßgeblichen Mitgliedsgewerkschaften. Er müsste die Organisationsbereiche bildlich gesprochen „übereinanderlegen“, um zu überprüfen, ob der Organisationsbereich der Mitgliedsgewerkschaften mit dem des Spitzenverbands übereinstimmt, also ob diese „kongruent“ sind. Diese Arbeit hat sich das BAG gemacht und führt hierzu akribisch über mehrere Seiten in der Begründung des Beschlusses vom 14.12.2010 aus. Wie jedoch soll ein typisches mittelständisches Verleihunternehmen eine solche Arbeit stemmen? Abgesehen davon, dass dies die Verleiher regelmäßig praktisch und fachlich überfordern würde, gab es bisher für die betroffenen Verleiher gar keinen Anlass, diese Punkte eigenständig

30 Für die Aussetzung von „Equal pay“-Klagen: LAG Baden-Württemberg, Beschl. v. 21.6.2011 – 11 Ta 10/11, BeckRS 2011, 74933, und LAG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 15.6.2011 – 6 Ta 99/11, BeckRS 2011, 74068. Dagegen: ArbG Frankfurt/Oder, Urt. v. 9.6.2011 – 3 Ca 422/11, BeckRS 2011, 76368. Dagegen hielt Brors (vgl. Brors, AuR 2011, 138 [139]) die Aussetzung für entbehrlich, da die Arbeitsgerichte die Frage der Tariffähigkeit nach dem besagten Beschluss des BAG vom 14.12.2011 selbst entscheiden könnten.

31 So zutreffend Neef, NZA 2011, 615 (618).

32 Vgl. Pressemittd. des AMP v. 14.12.2010.

33 A. A. Brors, AuR 2011, 138 (140 f.).

34 BAGE 120, 182 = NZA 2007, 448 Rdnr. 23.

35 Schüren, in: Schüren, AÜG, 4. Aufl. (2010), § 9 AÜG Rdnr. 115; Zimmermann, AuA 2011, 242.

36 BAGE 120, 182 = NZA 2007, 448.

37 Vgl. Jacobs, ZfA 2010, 27; Franzen, BB 2009, 1472.

38 Ein „Webfehler“ mit dem übrigens auch ver.di bzw. die DGB-Gewerkschaften behaftet sein dürften!

zu prüfen. Man muss sich in diesem Zusammenhang vor Augen halten, dass der Gesetzgeber eine Tariföffnung beim Gleichbehandlungsgrundsatz explizit vorgesehen hat und eine vom Gleichbehandlungsgrundsatz nach unten abweichende Vergütungsstruktur per se kein „Missbrauch des tarifdispositiven Arbeitsrechts“ sein kann. Man wird also nicht argumentieren können, die Tarifvertragsparteien seien wegen vermeintlich offensichtlicher Mängel der Tarifverträge insofern nicht schutzwürdig. Gerade weil die Wirksamkeit der betreffenden Tarifverträge nicht von den Vertragsparteien, sondern von dritter Seite infrage gestellt wurde, dürfte Vertrauensschutz zwingend geboten sein.

Es wäre daher sachgerecht, die Rechtswirkungen der Entscheidung des BAG vom 14. 12. 2010 erst vom Tag der Entscheidung an eingreifen zu lassen.

## 2. Nachzahlung der Differenz bis zu „equal pay“?

Unter den Voraussetzungen von § 10 IV AÜG hat ein Leiharbeiter Anspruch auf Nachzahlung der Differenz seiner Vergütung zu jener eines vergleichbaren Arbeitnehmers im Entleihbetrieb<sup>39</sup>.

a) *Voraussetzungen des Anspruchs auf Gewährung vergleichbarer Arbeitsbedingungen.* aa) *Schuldner des Vergütungsanspruchs.* Der Anspruch des Leiharbeitnehmers nach § 10 IV AÜG richtet sich nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut ausschließlich gegen den Verleiher (Arbeitgeber), nicht jedoch gegen den Entleihbetrieb<sup>40</sup>.

bb) *Unwirksamkeit der Vereinbarungen zwischen Leiharbeiter und Verleiher gem. § 9 Nr. 2 AÜG.* § 10 IV AÜG ergänzt § 9 Nr. 2 AÜG, indem er für den Fall einer unwirksamen vertraglichen oder tarifvertraglichen Schlechterstellung des Leiharbeitnehmers Letzterem ermöglicht, die Gewährung vergleichbarer Arbeitsbedingungen zu verlangen. In den Fällen, welche in den Anwendungsbereich des CGZP-Tarifwerks fallen, führt die Feststellung der Tarifunfähigkeit der CGZP regelmäßig dazu, dass keine wirksame tarifvertraglich begründete Schlechterstellung des Leiharbeitnehmers besteht und somit die Rechtsfolge des § 9 Nr. 2 AÜG eingreift. Ausnahmsweise wird man zu einem anderen Ergebnis kommen, wenn die Unwirksamkeit des CGZP-Tarifwerks im Einzelfall dazu führt, dass ein zuvor geltender wirksamer Tarifvertrag gewissermaßen wiederaufgelebt ist<sup>41</sup>.

cc) *Wortlaut des § 10 IV AÜG a.F. bis 29. 4. 2011 – das „Verlangen“ des Leiharbeitnehmers.* Die Vorschrift des § 10 IV a.F. AÜG lautete bis 29. 4. 2011 wie folgt:

„Der Leiharbeiter kann im Falle der Unwirksamkeit der Vereinbarung mit dem Verleiher nach § 9 Nr. 2 von diesem die Gewährung der im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts verlangen.“

Der Anspruch nach § 10 IV AÜG a.F. war nach dem bisherigen Gesetzeswortlaut weder unmittelbar auf Zahlung noch unmittelbar auf Gewährung gleicher Arbeitsbedingungen wie im Entleihbetrieb gerichtet<sup>42</sup>. Das „Verlangen“ i. S. von § 10 IV AÜG a.F. war bis dato ausdrücklich eine materiellrechtliche Anspruchsvoraussetzung, somit „*condicio sine qua non*“ für sein Entstehen. Der Gläubiger – der Leiharbeiter – ist zwar jederzeit befugt, Leistung zu verlangen, der Schuldner – der Verleiher (Arbeitgeber) – ist vorher aber zur Leistung nicht verpflichtet.

Von der Formulierung her gleicht der Zahlungs- bzw. Gleichbehandlungsanspruch des § 10 IV AÜG a.F. einem „verhaltenen Anspruch“, der jederzeit, aber eben nur auf Verlangen

des Berechtigten zu erfüllen ist<sup>43</sup>. Ein verhaltener Anspruch wird erst „durch ein deutliches Zahlungsverlangen aktualisiert“<sup>44</sup>. Allerdings ist ein Charakteristikum des verhaltenen Anspruchs, dass er nicht gegen den Willen des Gläubigers erfüllt werden kann<sup>45</sup>. Das wird man bei § 10 IV AÜG a.F. nicht annehmen können, insoweit handelt es sich um einen „atypisch verhaltenen Anspruch“<sup>46</sup>.

§ 10 IV AÜG a.F. war insofern eine Spezialregelung zu § 612 II BGB, als der Anspruch auf „*equal pay*“ nicht von Gesetzes wegen automatisch entsteht, sondern ausdrücklich von einer Mitwirkungshandlung des Leiharbeitnehmers abhängig gemacht wird. Die Worte „*kann ... verlangen*“ waren bis dato wesentliches Tatbestandsmerkmal des § 10 IV AÜG a.F.<sup>47</sup>.

Das hat auch der Gesetzgeber erkannt. In seiner seit dem 30. 4. 2011 geltenden Neufassung lautet der maßgebliche Passus in dem erweiterten § 10 IV n.F. in S. 4 AÜG nämlich:

„Im Falle der Unwirksamkeit der Vereinbarung zwischen Verleiher und Leiharbeiter nach § 9 Nr. 2 hat der Verleiher dem Leiharbeiter die im Betrieb des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren.“

Grund hierfür ist, dass der Gesetzgeber für den Fall der Zuwiderhandlung hiergegen mit Wirkung ab 1. 12. 2011 in § 16 VII a AÜG n.F. einen Ordnungswidrigkeitstatbestand vorgesehen hat. In der Gesetzesbegründung<sup>48</sup> heißt es hierzu:

„Um bestimmte Verpflichtungen mit einem Bußgeld ahnden zu können, bedarf es einer ausdrücklichen Verpflichtung des Verleihers im Gesetz. Mit der Änderung in § 10 IV wird daher die Verpflichtung des Verleihers ... geregelt. Damit ist der Anknüpfungspunkt für einen Ordnungswidrigkeitstatbestand ... gegeben.“

Im Umkehrschluss bedeutet dies: vorher gab es eine solche ausdrückliche automatische Verpflichtung nicht, sondern nur eine, die von der ausdrücklichen Geltendmachung des Leiharbeitnehmers abhing<sup>49</sup>.

dd) *Rechtsfolge: Gewährung der „wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts“.* Seinem Wortlaut nach ist der Anspruch nach § 10 IV AÜG in der Rechtsfolge auf die Gewährung von bestimmten Arbeitsbedingungen gerichtet, wobei der Gesetzgeber den Begriff der Arbeitsbedingungen durch ausdrückliche Erwähnung des Arbeitsentgelts konkretisiert hat. Der Begriff der „wesentlichen Arbeitsbedingungen“ ist nicht zu verwechseln mit den wesentlichen Vertragsbestandteilen, den *essentialia negotii*, welche die vertragstypischen wechselseitigen Pflichten der Parteien aus dem

39 Sachlich ungenau wird die Grundlage des Anspruchs auf gleiche Arbeitsbedingungen und gleiches Arbeitsentgelt von einigen Autoren auf § 9 Nr. 2 AÜG gestützt, vgl. *Reiserer*, DB 2011, 764; *Plagemann/Brand*, NJW 2011, 1488.

40 Anders im Fall der Haftung des Entleihers für Sozialversicherungsbeiträge (vgl. hierzu unten IV 4).

41 S. hierzu oben III 4.

42 Dies scheinen *Zimmermann* (AuA 2011, 242) und *Schüren* (o. Fußn. 36), § 10 Rdnr. 9 bei der Kommentierung der Altfassung des § 10 IV AÜG zu übersehen, wenn sie aus § 10 IV AÜG einen unmittelbaren Vergütungsanspruch herleiten.

43 *Palandt/Heinrichs*, BGB, 70. Aufl. (2011), § 199 Rdnr. 8.

44 *OLG Düsseldorf*, FPR 2010, 586.

45 *Staudinger/Bittner*, BGB, Neubearb. 2009, § 271 BGB Rdnr. 27; *Palandt/Heinrichs* (o. Fußn. 43), § 271 Rdnr. 1; Beispiele für verhaltene Ansprüche nach *Bittner*: §§ 259 II, 260 II, 629, 630 S. 2, 2217, 2314 BGB („auf Verlangen“), 285, 368, 696 BGB („kann...verlangen“).

46 Etwa vergleichbar mit § 630 S. 2 BGB.

47 Andernfalls wäre die Vorschrift bisher überflüssig gewesen, denn die Unwirksamkeit nach § 9 Nr. 2 AÜG hätte ohne Weiteres zur Folge gehabt, dass der Anspruch auf „*equal pay*“ auf § 612 II BGB hätte gestützt werden können.

48 BT-Dr 17/4804, S. 10 und BR-Dr 847/10, S. 10.

49 Und damit dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot nicht genügt hätte, Art. 103 II GG („*nulla poena sine lege*“).

Vertrag betreffen. Die Arbeitsbedingungen konkretisieren vielmehr nur die Rechte und Pflichten des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis, lassen jedoch zwingende und nicht abbedingene dispositive Gesetzesvorschriften unberührt. Aus dem systematischen Zusammenhang mit § 9 Nr. 2 AÜG ergibt sich im Übrigen, dass § 10 IV AÜG lediglich die in § 9 Nr. 2 AÜG angesprochenen Schlechterstellungen des Arbeitnehmers ausgleichen soll; dagegen ist die Vorschrift nicht in dem Sinne zu verstehen, dass der Leiharbeiter daraus einen Anspruch herleiten könnte, besser gestellt zu werden als ein vergleichbarer Arbeitnehmer in dem Entleihunternehmen. Dies spielt vor allem bei der Verjährungsfrage eine Rolle<sup>50</sup>.

b) *Auskunftsansprüche der Leiharbeiter gegen den Entleiher.* Arbeitnehmer können Differenzlohnansprüche gegen ihre Arbeitgeber überhaupt nur dann geltend machen, wenn sie die Differenz ihrer bisherigen Vergütung zu jener der festangestellten Beschäftigten beziffern können. Aus § 13 AÜG ergibt sich ein entsprechender Auskunftsanspruch der Leiharbeiter gegen den Entleiher. Wenn der Arbeitnehmer diesen Anspruch geltend macht, so muss der Entleiher über die Lohnhöhe hinaus auch weitere wesentliche Arbeitsbedingungen in seinem Betrieb nennen, die dort für vergleichbare Arbeitnehmer gelten. Denn für die Durchsetzung des Gleichbehandlungsanspruchs sind auch etwa die Aufschlüsselung des Arbeitsentgelts mit Angaben zum Abrechnungszeitraum und der Zusammensetzung der Zahlungen, die Gründe für die Vergleichbarkeit sowie sonstige wesentliche Arbeitsbedingungen erforderlich<sup>51</sup>. Gibt es im Entleiherbetrieb keine vergleichbaren festangestellten Arbeitnehmer, so ist der Leiharbeiter fiktiv in die Vergütungsstrukturen des Entleihers einzuordnen<sup>52</sup>. Eine Form ist für die Auskunft nicht vorgeschrieben. Erteilt der Entleiher pflichtwidrig die geforderte Auskunft nicht, so kann der Leiharbeiter etwaige daraus resultierende Schadensersatzansprüche bzw. ein Zurückbehaltungsrecht gegen den Entleiher geltend machen.

c) *„Rettung“ durch so genannte gestaffelte Bezugnahme?* Fraglich ist, ob die Anspruchshöhe maßgeblich dadurch beeinflusst werden konnte, dass – wie vereinzelt der Fall – im Arbeitsvertrag „gestaffelt“ vorrangig auf das CGZP-Tarifwerk, für den Fall von dessen Unwirksamkeit jedoch auf das von der DGB-Tarifgemeinschaft vereinbarte Tarifwerk Bezug genommen wurde, das dann rückwirkend gelten sollte. Solche Klauseln sind wohl wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot des § 307 I BGB unwirksam<sup>53</sup>.

d) *Grenzen des Nachzahlungszeitraums?* Mit Blick auf § 10 IV AÜG ist zunächst zu unterscheiden zwischen Einwendungen und Einreden gegenüber dem aus § 10 IV AÜG herzuleitenden Anspruch und jenen Einwendungen und Einreden, die dem Anspruch des vergleichbaren Arbeitnehmers gegenüber dem Entleiher entgegenstehen oder entgegeng gehalten werden könnten. Der Anspruch aus § 10 IV AÜG verjährt mangels anderweitiger Bestimmung nach der Regel des § 195 BGB in drei Jahren ab Ablauf seines Entstehungsjahres. Der Anspruch aus § 10 IV AÜG a.F. entstand, wenn seine Voraussetzungen vorlagen, so dass es neben der Unwirksamkeit i.S. von § 9 Nr. 2 AÜG unter anderem auch auf die Geltendmachung des „Equal pay“-Anspruchs durch den Leiharbeiter ankam.

Eine andere Frage ist jedoch, ob der Leiharbeiter im Rahmen der Verfolgung seines Anspruchs aus § 10 IV AÜG a.F. Differenzlohn ungeachtet der sich aus den vergleichbaren Arbeitsbedingungen ergebenden Einwendungen bzw. sogar noch für solche Zeiträume geltend machen könnte, für

die der Entleiher gegenüber einem vergleichbaren Arbeitnehmer i.S. von § 10 IV AÜG Einreden geltend machen könnte.

Dies betrifft insbesondere die Fragen nach der Einschlägigkeit von Ausschlussfristen und dem Durchgreifen der Verjährungseinrede gegenüber dem Entgeltanspruch.

aa) *Ausschlussfristen.* Mit Ablauf einer wirksam vereinbarten Ausschlussfrist geht der Lohnanspruch unter („materielle Ausschlussfrist“). Ausschlussfristen kennzeichnen das Arbeitsrecht. Sie zielen auf schnelle Rechtssicherheit ab.

Eine Gewissheit gibt es: die im CGZP-Tarifwerk bis 2009 enthaltenen Ausschlussfristen teilen das Schicksal des Tarifwerks selbst; sie sind unwirksam.

Die Entscheidung des LAG München<sup>54</sup>, dass bei „equal pay“ solche Ansprüche nur mit der Beschränkung einer tariflich im Entleiherbetrieb geltenden Ausschlussfrist erwachsen würden (d. h. man könnte dem Zeitarbeiter dann die dort geltende Ausschlussfrist entgegenhalten), wurde vom BAG am 23. 3. 2011 aufgehoben. Bei unionskonformer Auslegung gehörten im Entleiherbetrieb geltende Ausschlussfristen nicht zu den wesentlichen Arbeitsbedingungen<sup>55</sup>.

Soweit der Verleiher im Arbeitsvertrag individualvertraglich eine zulässige Ausschlussfrist vereinbart hat, kann er dem Zeitarbeiter auch diese entgegenhalten. Das BAG hatte eine für beide Parteien greifende Ausschlussfrist für alle Ansprüche aus und im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis von mindestens drei Monaten für wirksam erachtet<sup>56</sup>.

Fraglich ist, wie das Nebeneinander einer tarifvertraglichen und vorsorglich zusätzlich noch arbeitsvertraglich vereinbarter Ausschlussfrist zu beurteilen ist. Hierzu vertritt etwa Brors<sup>57</sup> die Ansicht, dass das Nebeneinander einer (unwirksamen) tariflichen Ausschlussfrist und einer (gegebenenfalls wirksamen) arbeitsvertraglichen Ausschlussfrist den Arbeitnehmer verwirre, da aus der ex ante-Sicht nicht klar sei, was gelten solle. Deshalb unterfalle die arbeitsvertraglich vereinbarte Ausschlussfrist dem Verdikt der Intransparenz und sei damit gem. § 307 I 2 BGB wegen unangemessener Benachteiligung unwirksam.

Der Ansicht von Brors ist entgegenzuhalten, dass es Ausschlussfristen der schnellen Rechtssicherheit dienen und im Arbeitsrecht üblich und anerkannt sind. Ein Nebeneinander gegebenenfalls sich auch überlappenden Regelungen in Tarifverträgen und Arbeitsverträgen ist „normal“. Hier gelten die allgemeinen Grundsätze.

Es dürfte Konsens herrschen, dass die Ausschlussfrist mit der Fälligkeit des Nachzahlungsanspruchs zu laufen beginnt. Die Fälligkeit bezeichnet den Zeitpunkt, ab dem der Gläubiger die Leistung verlangen kann<sup>58</sup>.

50 S. unten lit. d.

51 So auch Brors, in: Schüren (o. Fußn. 35), § 13 Rdnr. 4. In Betracht kommen insofern Sonderzahlungen, Überstundenvergütung, Urlaubsgeld und betriebliche Sozialleistungen, aber auch Arbeitszeitregelungen.

52 So auch Riedemann, haufe.personal v. 16. 2. 2011 unter <http://www.haufe.de> (abgerufen am 29. 3. 2011).

53 ArbG Bielefeld, Urt. v. 9. 2. 2010 – 5 Ca 2730/09, BeckRS 2010, 73035 mit ausführlicher Begr., a.A. mit dem Versuch einer Differenzierung Schlegel, NZA 2011, 380 (381).

54 LAG München, Urt. v. 12. 11. 2009 – 3 Sa 579/09, BeckRS 2010, 65908.

55 BAG, NZA 2011, 850.

56 BAG, NZA 2008, 699.

57 Vgl. Brors, NZA 2010, 1385.

58 Palandt/Heinrichs (o. Fußn. 43), § 271 Rdnr. 1, insoweit keine Besonderheiten beim atypisch verhaltenen Anspruch des § 10 IV AÜG a.F.

Der Fälligkeitszeitpunkt wird derzeit von den Instanzgerichten völlig unterschiedlich verortet. Die Judikate reichten zunächst von der Kalenderfälligkeit des § 614 BGB über den Zeitpunkt der Verkündung des ersten Beschlusses des BAG am 14. 12. 2010 bis zu dessen Veröffentlichung in der Fachpresse im März 2011<sup>59</sup>.

Die Fälligkeit wird im Arbeitsrecht unter Einbeziehung des Kenntnisstandes des Gläubigers und subjektiver Zurechnungsgesichtspunkte interessengerecht bestimmt sie tritt erst ein, wenn der Gläubiger des Anspruchs diesen annähernd beziffern kann.<sup>60</sup> Richtiger Weise kann die rechtliche Unsicherheit in Bezug auf die Tariffähigkeit der CGZP vor der Entscheidung des BAG vom 14. 12. 2010 nicht dazu führen, dass die Fälligkeit der Differenzlohnansprüche einseitig zu Lasten der Zeitarbeitsunternehmen nach hinten verschoben wird, bis irgendwann Rechtssicherheit besteht.<sup>61</sup> Andernfalls würde das Institut der Ausschlussfrist schlichtweg ad absurdum geführt.

bb) *Verjährung von Lohnansprüchen.* Lohnansprüche verjähren nach §§ 195, 199 I BGB drei Jahre nach dem Ende des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Anspruchsinhaber von den anspruchsbegründenden Umständen Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen.

Da er durch § 10 IV AÜG a.F. nicht besser, sondern nur einem Stammarbeitnehmer gleich gestellt werden sollte, darf das Leistungsverlangen des Leiharbeitnehmers nach § 10 IV AÜG a.F. für den Verjährungsbeginn nicht ausschlaggebend sein. Andernfalls hätte damit ausschließlich der Leiharbeitnehmer den Verjährungsbeginn in der Hand. Richtigerweise muss das Entstehen des Anspruchs nach § 10 IV AÜG a.F. verjährungsrechtlich zu dem Zeitpunkt festgemacht werden, in dem er erstmals geltend gemacht und notfalls im Wege der Klage durchgesetzt werden konnte<sup>62</sup>.

Auf die rechtliche Würdigung der Umstände kommt es nicht an; eine unzutreffende rechtliche Würdigung hindert den Verjährungsbeginn nicht – sobald der Arbeitnehmer seine Arbeit erbracht hat, sind dies bereits die „anspruchsbegründenden Umstände“ und Kenntnis bezogen auf den Lohnanspruch ist gegeben<sup>63</sup>. In einer Notarhaftungssache hat der BGH wegen besonders unübersichtlicher Rechtslage einmalig und ausnahmsweise auch erhebliche rechtliche Zweifel ausreichen lassen, um den Verjährungsbeginn bis zur Klärung auszuschließen<sup>64</sup>. Diesen Ausnahmefall hier annehmen zu wollen, wäre aber nur dann konsequent, wenn man auch den Vertrauensschutz der Verleiher in die Gültigkeit des CGZP-Tarifwerks bejahen würde<sup>65</sup>. Andernfalls würde hier mit zweierlei Maß gemessen. Es ist unlauter, die Beurteilungsriskien hinsichtlich der Tariffähigkeit einer Spitzenorganisation einerseits aus Sicht des Arbeitgebers gewissermaßen unter dem Gesichtspunkt eines Rechtsfolgenirrtums als unbeachtlich und aus Sicht des Arbeitnehmers als Tatbestandsirrtum als beachtlich anzusehen. Nach der – letztlich nicht folgerichtig hergeleiteten – Auffassung von *Schüren* jedoch soll sich der Verleiher nicht auf den Schutz seines Vertrauens in die Tariffähigkeit der CGZP und damit die Wirksamkeit des CGZP-Tarifwerks berufen können und damit das Risiko der Unwirksamkeit dieses Tarifwerks von Beginn an tragen. Dagegen billigt *Schüren* den Zeitarbeitnehmern zu, sich auf die Unkenntnis oder Fehleinschätzung der Tariffähigkeit der CGZP zu berufen, um sie auf diese Weise von dem Verjährungsrisiko zu entlasten.

Unserer Ansicht nach muss jedoch bei der Einschätzung der Tariffähigkeit der CGZP sowohl aus Sicht des Arbeitnehmers

als auch des Arbeitgebers mit demselben Maß gemessen werden. Wenn man also das – irrtümliche – Vertrauen der Verleihunternehmer in die Tariffähigkeit der CGZP als nicht schützenswert erachtet, so wird man auch den Verleiharbeitnehmern nicht zubilligen können, sich auf die irrtümliche Fehleinschätzung oder die Unkenntnis der betreffenden Voraussetzungen eines Differenzlohnanspruchs zu berufen. Daher ist nach unserer Auffassung der Verjährungsbeginn der betreffenden Lohnforderungen nicht bis zum 14. 12. 2010 hinausgeschoben.<sup>66</sup> Alle anderen Meinungen<sup>67</sup> überstrapazieren den Grundgedanken der Verjährung über die Schmerzgrenze hinaus: Verjährung will Rechtssicherheit schaffen<sup>68</sup>. Daher sind Ansprüche aus den Jahren bis einschließlich 2007 damit bei Erhebung der Verjährungseinrede nicht mehr durchsetzbar.

### 3. Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen

Fraglich ist, ob wegen der besagten Beschlüsse des BAG hinsichtlich der Differenzlohnansprüche von Zeitarbeitnehmern Beitragsansprüche der Sozialversicherungsträger bestehen.

a) *Entstehung des Beitragsanspruchs?* Der aus dem Lohn resultierende Beitragsanspruch steht per Gesetz den Sozialversicherungsträgern zu (§ 23 I SGB IV). Relevant sind vorliegend zum einen der Gesamtsozialversicherungsbeitrag (§ 28 d SGB IV)<sup>69</sup>, zum anderen der (nur vom Arbeitgeber zu entrichtende) Beitrag zur Unfallversicherung (§ 150 SGB VII).

Das BSG folgt grundsätzlich dem so genannten Entstehungsprinzip<sup>70</sup>. Die Geltendmachung des Lohnanspruchs durch den Arbeitnehmer oder sogar der Zufluss des Entgelts ist für den Beitragsanspruch irrelevant, § 22 I 1 SGB IV. Folgerichtig sind z. B. arbeitsrechtliche Ausschlussfristen mit Blick auf die Sozialversicherungsbeiträge unbehelflich<sup>71</sup>. Das BSG hat

59 Vgl. *ArbG Heilbronn*, UrT. v. 5. 8. 2011 – 7 Ca 148/11, 2012, 67287, BeckRS 2012, 67287 und *LAG Berlin-Brandenburg*, DB 2012, 119 = BeckRS 2011, 76625: Beginn des Laufs der Ausschlussfrist am 14. 12. 2010 sowie passim gemäß diverser Mitteilungen unter [www.cgzp-tariffaehigkeit.de](http://www.cgzp-tariffaehigkeit.de) (abgerufen am 25. 8. 2011).

60 *BAG*, NZA 2006, 149, 153 und *BAG*, NZA 2006, 783 (784).

61 *LAG Sachsen*, UrT. v. 23. 8. 2011 – 1 Sa 322/11, BeckRS 2011, 76556 (mit Anm. *Steiner*, *ArbRAktuell* 2011, 544); *ArbG Nürnberg*, UrT. v. 30. 3. 2012 – 12 Ca 5614/11, unveröff.

62 Vgl. *BGH*, NJW 1981, 814. Das „Verlangenkönnen“ ist das Recht i. S. des § 194 BGB. Im Ergebnis so zu den echten verhaltenen Ansprüchen auch *Staudinger/Bittner* (o. Fußn. 45), § 271 BGB Rdnr. 27; *Palandt/Heinrichs* (o. Fußn. 43), § 199 Rdnr. 8 und § 285 Rdnr. 12 (Geltendmachung keine Voraussetzung für den Verjährungsbeginn); a. A. *Rieble*, NJW 2004, 2270; zur Vertragsstrafe, der ohne Stütze im Wortlaut des § 199 BGB zwischen der 3-Jahres-Frist (Beginn mit der Geltendmachung) und der 10-Jahres-Frist (Beginn mit der Möglichkeit der Geltendmachung) unterscheidet.

63 Vgl. *ErfK/Preis*, 11. Aufl. (2011), §§ 194 – 218 Rdnr. 9.

64 *BGH*, NJW 1999, 2041. Das BAG folgte diesem Gedanken in der einzigen insoweit ersichtlichen Entscheidung nicht, vgl. *BAG*, NZA 2002, 209 = NJW 2002, 1066.

65 Dies verkennen *Zimmermann* (AuA 2011, 242) und *Schüren* (AuR 2011, 142 [143]), wobei Letzterer unter Berufung auf *BAGE* 120, 182 = NZA 2007, 448 die These aufstellt, es gebe keinen Vertrauensschutz in die Wirksamkeit von Tarifverträgen, und dies lapidar damit begründet, es sei für den Arbeitgeber völlig klar, dass er nachzahlen müsse, wenn die Tarifverträge unwirksam seien.

66 So auch nun auch *LAG Hamm*, UrT. v. 21. 3. 2012 – 3 Sa 1526/11.

67 Vgl. insbesondere *Schüren*, AuR 2011, 142; *Schüren/Wilde*, NZS 2009, 303, die meinen, der einzelne Arbeitnehmer dürfe warten, bis die Frage rechtskräftig geklärt sei, ohne einen Anspruchsverlust befürchten zu müssen.

68 Daher zieht *Reiserer* eine vertragliche Verkürzung von Verjährungsfristen in Betracht (*Reiserer*, DB 2011, 764 [765]).

69 Beiträge zur Kranken-, Renten- und Arbeitslosenversicherung.

70 Verfassungsrechtlich unbedenklich, *BVerfGE* 14, 266 = NZA 2009, 44 = NJW 2008, 3698 = NZS 2009, 379.

71 *BSGE* 75, 61 = NZA 1995, 701.

der Sozialversicherung verschiedentlich sogar Beitragsansprüche mit Blick auf so genannte „Phantomlöhne“ zugestanden<sup>72</sup>.

Bei einmalig gezahltem Arbeitsentgelt gilt dagegen das Zufussprinzip, § 22 I 2 SGB IV. Nach § 23 a I 1 SGB IV ist einmalig gezahltes Arbeitsentgelt eine Zuwendung, die dem Arbeitsentgelt zuzurechnen ist und nicht für die Arbeit in einem einzelnen Entgeltabrechnungszeitraum gezahlt wird.

Maßgeblich ist also, ob der Anspruch arbeitsrechtlich entstanden ist. Wie bereits vorstehend ausgeführt, entstand der Anspruch aus § 10 IV AÜG a.F. frühestens mit seiner Geltendmachung, jedoch nicht periodisch in den einzelnen Entgeltzeiträumen des Vergleichsarbeitsverhältnisses i.S. von § 10 IV AÜG. Damit erweisen sich die Zeiträume und die Konditionen des Vergleichsarbeitsverhältnisses lediglich als Berechnungsfaktoren des „Equal Pay“-Anspruchs. Damit ist der Nachzahlungsanspruch des Zeitarbeitnehmers auf eine Einmalzahlung i.S. von § 22 I 2 SGB IV gerichtet<sup>73</sup>. Dies verkennt die DRV bei ihren nunmehrigen flächendeckenden „Prüfwellen“ und bei der Festsetzung von Beitragsnachforderungen: nur dort, wo ein Arbeitnehmer erfolgreich nachfordert können auch Beitragsansprüche entstehen.

b) *Verjährung*. Folgt man dem nicht, sondern legt man – so wie die DRV – das Entstehungsprinzip zu Grunde, stellt sich die Frage nach der sozialversicherungsrechtlichen Verjährung.

Ansprüche auf Beiträge verjähren – unabhängig von der Kenntnis der Einzugsstelle – in vier Jahren nach Ablauf des Kalenderjahrs, in dem sie fällig geworden sind, bei Vorsatz in 30 Jahren (§ 25 I SGB IV).

Damit wären derzeit nur noch Beitragsansprüche aus den Jahren ab einschließlich 2007 realisierbar, allerdings – weil der Abzug zunächst unterblieben ist – jeweils die Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteile (vgl. § 28 g S. 3 SGB IV). Der Säumniszuschlag beträgt monatlich 1% und entfällt nur, wenn der Arbeitgeber seiner Beitragspflicht unverschuldet nicht nachgekommen ist (§ 24 I und II SGB IV). Die Einzugsstelle kann nur unter engen Voraussetzungen zur Sicherung der Liquidität des Zeitarbeitsunternehmens Beitragsschulden stunden oder gar erlassen (§ 76 II Nrn. 1 und 3 SGB IV). Eine Stundung soll verzinslich erfolgen (§ 76 II 2 SGB IV). In der Regel wird aber wohl eine Ratenzahlung mit Zinsen verlangt.

c) *Verjährungshemmung*. Die Verjährung ist allerdings für die Dauer einer Prüfung beim Arbeitgeber gehemmt (§ 25 II 2 SGB IV).

Augenscheinlich auf politischen Druck aus dem DGB-Lager hin hatte die DRV, um sich nicht dem Vorwurf der Untätigkeit aussetzen zu müssen, noch vor dem Jahreswechsel 2010/2011, Schreiben versandt, in denen sie die Meldung und Abführung von Beiträgen für die Zeit ab Januar 2006 verlangte und mit den Worten schloss: „Wir beabsichtigen, im Jahr 2011 eine Betriebsprüfung im Ihrem Unternehmen durchzuführen.“ Verschiedentlich wurde diese pauschale Ankündigung als verjährungshemmender Tatbestand beschrieben<sup>74</sup>, mit der Folge, dass damit die ab Januar 2006 fälligen Beitragsansprüche<sup>75</sup> gewahrt seien. Wir haben erhebliche Zweifel, dass alleine die Ankündigung einer Prüfung für die Verjährungshemmung ausreicht. Nach dem Gesetzeswortlaut hemmt alleine der Beginn der Prüfung die Verjährung bzw. beginnt gem. § 25 II 5 SGB IV eine Hemmung im Ausnahmefall ab dem angekündigten Beginn der Prüfung, wenn es aus Gründen, die die prüfende Stelle nicht zu vertreten hat, zu einem späteren Beginn der Prüfung kommt. Gerade Letzteres

zeigt deutlich, dass die Mitteilung über eine *beabsichtigte* Prüfung keine Hemmung entfalten kann.

Es ist wohl so, dass die DRV mit der „Anschreibeaktion“ bei den Adressaten vornehmlich mit Wirkung ab Zugang bedingten Vorsatz erzeugen wollte. Denn dann greift die 30-jährige Verjährung (s. oben).

d) *Bestandskräftige „Prüfbescheide“*? Fraglich ist, ob ein auf einer Betriebsprüfung eines Sozialversicherungsträgers basierender, den Prüfzeitraum abschließender und bestandskräftiger Nachforderungsbescheid Nachforderungen wegen der Thematik „CGZP“ ausschließt.

Festzuhalten ist zunächst, dass Arbeitgeberprüfungen im Interesse der Versicherten stattfinden und nicht den Schutz des Arbeitgebers als Beitragsschuldner bezwecken sollen. Der aus einer Betriebsprüfung resultierende Nachforderungsbescheid hat keine Funktion eines Entlastungsnachweises mit Außenwirkung<sup>76</sup>.

Im Ausnahmefall kann er aber als (anfänglich) rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakt i.S. des § 45 SGB X einzustufen sein<sup>77</sup>. Ein solcher darf nach § 45 II SGB X nicht zurückgenommen werden, soweit der Begünstigte auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut hat und sein Vertrauen unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an einer Rücknahme schutzwürdig ist<sup>78</sup>. Dies ist unseres Erachtens jedenfalls bei einem vorbehaltlosen Nachforderungsbescheid in Betracht zu ziehen. Die Sozialversicherungsträger kannten die Diskussion um die Tariffähigkeit der CGZP und die anhängigen Verfahren und hätten daher mit einem Vorbehalt arbeiten können, wie es in der Praxis dem Vernehmen nach vereinzelt geschehen sein soll.

e) *Vertrauensschutz im Beitragsrecht*? Unabhängig von eventuellen bestandskräftigen Nachforderungsbescheiden lässt sich gut begründen, dass sich die Zeitarbeitsunternehmen gegenüber der rückwirkenden Beitragsforderung auf Vertrauensschutz berufen können.<sup>79</sup> Denn mit der Überwachungspflicht in § 28 h SGB IV korrelieren, eingebettet in ein öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis, Fürsorgepflichten der Einzugsstelle<sup>80</sup>. So ist die Einzugsstelle gem. § 13 f. SGB I verpflichtet, aufzuklären und zu beraten<sup>81</sup>. Bei ungeklärter

72 Vgl. *Plagemann/Brand*, NJW 2011, 1488 (1489) m. w. Nachw.

73 So im Ergebnis auch *Plagemann/Brand*, NJW 2011, 1488 (1490, 1491), die jedoch unzutreffend darauf abstellen, dass „Equal Pay“-Ansprüche bis zum Beschluss des BAG vom 14.12.2010 noch nicht entstanden seien, weil diese Ansprüche zwingend einen Beschluss über die Tariffähigkeit voraussetzen. *Plagemann/Brand* sprechen dogmatisch unsauber von „Ansprüchen(n) auf Lohnnachzahlung...“, die ihren Rechtsgrund in dem § 9 Nr.2 AÜG in Verbindung mit dem Beschluss des BAG vom 14.12.2010 haben“ und übersehen die eigentliche Anspruchsgrundlage des § 10 IV AÜG a.F.

74 *Schlegel*, NZA 2011, 380 (383).

75 Somit Beitragsansprüche bis einschließlich 12/2005, denn diese wurden nach § 23 I 2 SGB IV a.F. in 01/2006 fällig. Diese Auffassung vertritt ohne nähere Begründung auch die DRV in den Gesprächen über die anstehenden Prüfungen.

76 Z. B. *BSG*, Urt. v. 29.7.2003 – B 12 AL 1/02 R, BeckRS 2003, 41703 und *BSG*, NZS 2005, 433 L.

77 Dessen frühere Unrichtigkeit erst jetzt erkannt wird, vgl. hierzu *Hefse*, BeckOK-ArBR, Stand: 1.12.2011, § 45 SGB X Rdnr. 11.

78 So *LSG Bayern*, Urt. v. 18.1.2011 – L 5 R 752/08, BeckRS 2011, 70342 zu einer Beitragsnachforderung bei Verpflegungsmehraufwendungen, die geprüfte Zeiträume betraf, für die bereits ein bestandskräftiger Nachforderungsbescheid existierte.

79 So ausdrücklich jüngst *LSG Schleswig-Holstein*, Beschl. v. 25.6.2012 – L 5 KR 81/12 B ER, BeckRS 2012, 70843, in einem Eilverfahren nach § 86 b I Nr. 2 SGG.

80 Beratung, Unterstützung, Bewahrung von vermeidbarem Schaden, *See-wald*, in: KassKomm SozialversicherungsR, 67. Erg.-Lfg. (2010), § 28 h SGB IV Rdnr. 4.

81 So auch *Zimmermann*, AuA 2011, 242 (243).



Rechtslage darf das Risiko einer rückwirkenden Korrektur entgegen der bisherigen Praxis nicht dem Arbeitgeber aufgelegt werden<sup>82</sup>.

Im Einzelfall mag eventuell sogar eine Verwirkung der Beitragsansprüche in Betracht kommen. Dies setzt auf Seiten des Sozialversicherungsträgers eine „Verwirkungsverhalten“ und auf Seiten des Verpflichteten voraus, dass er auf Grund eines konkreten Verhaltens des forderungsberechtigten Sozialversicherungsträgers darauf vertrauen durfte und vertraut hat, dass die Beiträge nicht mehr geltend gemacht würden<sup>83</sup>.

f) *Keine aufschiebende Wirkung des Beitragsbescheids.* Widerspruch und Klage gegen einen Beitragsbescheid haben grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung, § 86 a II Nr. 1 SGG. Eventuell kann jedoch erreicht werden, dass das SG gem. § 86 b I Nr. 2 SGG die aufschiebende Wirkung anordnet; Beschwerdeentscheidungen der zuständigen Landessozialgerichte sind unanfechtbar, § 177 SGG.

Hier zeugt das Bild derzeit von großer Uneinigkeit.

Das *LSG Bayern* stellt jedenfalls soweit aufschiebende Wirkung her, als die DRV einen vorausgehenden, auf einer Betriebsprüfung basierenden Nachforderungsbescheid vor Erlass einer Beitragsnachforderung aufgrund von Differenzlohnansprüchen im Zusammenhang mit der Tarifunfähigkeit der CGZP nicht nach § 45 SGB X aufhebt.<sup>84</sup>

Das *LSG Hessen* dagegen meint, ein vorgängiger Beitragsbescheid müsse nicht aufgehoben werden, jedenfalls soweit die Bescheide unterschiedliche Sach- bzw. Rechtsfragen betreffen.<sup>85</sup>

Das *LSG Schleswig-Holstein* stellte unlängst aufschiebende Wirkung her, weil es – auch in Ansehung der Entscheidungen des BAG vom 23. 5. 2012 – „erhebliche Gründe“ sieht, rückwirkende Beitragsnachforderungen aus Vertrauensgesichtspunkten auszuschließen.<sup>86</sup>

Das *LSG Nordrhein-Westfalen* dagegen ordnete dagegen keine aufschiebende Wirkung an und ließ das betroffene Zeitarbeitsunternehmen komplett zahlen.<sup>87</sup>

Die DRV Bund stellt übrigens zwischenzeitlich freiwillig im Rahmen des Widerspruchverfahrens bzw. nachfolgend mit der Klageerhebung aufschiebende Wirkung nach § 86 a III 1 SGG her.<sup>88</sup>

#### 4. Subsidiärhaftung der Entleiher

Kann der Verleiher nicht mehr zahlen, haftet der Entleiher für nicht abgeführte Sozialversicherungsbeiträge (§ 28 e II SGB IV) – nicht auf den Lohn – wie ein selbstschuldnerischer Bürge<sup>89</sup>, unter strengeren Voraussetzungen auch für nicht abgeführte Lohnsteuer (§ 42 d VI EStG). Kann ein Zeitarbeitsunternehmen also die Sozialversicherungsbeiträge nicht bezahlen, kann – ohne dass der Entleiher Vorausklage gegen den Verleiher einwenden könnte – der Entleiher in Anspruch genommen werden.

Der Entleiher kann die Zahlung allerdings verweigern, solange die Einzugsstelle den Verleiher nicht gemahnt hat und die Mahnfrist noch nicht abgelaufen ist, vgl. § 28 e II 2 SGB IV. Jedoch muss nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Verleihunternehmen dieses nicht mehr gemahnt werden<sup>90</sup>.

Nach einer Entscheidung des *LSG Schleswig-Holstein* sei die Mitursächlichkeit für die Beitragsrückstände der gesetzgeberische Anknüpfungspunkt für die Entleiherhaftung<sup>91</sup>. Nach Auffassung des *BSG*<sup>92</sup> soll das Risiko der Bürgenhaftung den

Entleiher dazu veranlassen, sich fortlaufend über die Seriosität des Verleihers zu informieren. Eine Möglichkeit hierzu könnte die Anforderung einer so genannten Unbedenklichkeitsbescheinigung der Krankenkasse(n) sein.

#### 5. Bildung von Rückstellungen

Seit Vorliegen der schriftlichen Entscheidungsgründe waren sowohl Verleiher als auch die Entleiher mit Blick auf den Jahresabschluss gehalten, Rückstellungen für eine drohende Inanspruchnahme bilden (§ 249 I 1 HGB, R 5.7 II EStR). Allgemeingültige Aussagen zur Höhe der Rückstellungen sind nicht möglich. Vielmehr muss in jedem Einzelfall unter Berücksichtigung aller Besonderheiten sorgfältig beurteilt werden, in welcher Höhe und mit welchem Grad der Wahrscheinlichkeit sich die vorstehend angesprochenen Nachzahlungsansprüche realisieren werden. Hierzu müssen die in diesem Aufsatz unter IV 2 und 3 abgehandelten Aspekte geprüft und das verbleibende Risiko ordnungsgemäß bewertet werden. Soweit hohe Rückstellungen gebildet werden müssen, drohen die bilanzielle Überschuldung und in der Folge Insolvenzantragspflicht für die Geschäftsführung.

#### 6. Strafbare Beitragshinterziehung?

Für den besonders krassen Fall eines vom Zeitarbeitsunternehmer initiierten maßgeschneiderten Haustarifvertrags mit einer „Pseudogewerkschaft“ zwecks Erhalt von Niedriglöhnen stellt *Wilde* sogar die Strafbarkeit nach § 266 a StGB (Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt) in den Raum und bejaht den hierfür nötigen bedingten Vorsatz<sup>93</sup>. Soweit mittelständische Zeitarbeitsunternehmen den nunmehr aus rein satzungstechnischen Gründen für unwirksam erklärten CGZP-Tarif angewendet haben, ist der Vorwurf strafrechtlich relevanten Verhaltens aber eindeutig fehl am Platz. Hier kann kein anderer Maßstab gelten als bei der gleichgelagerten Diskussion um die Strafbarkeit des „Auf-

82 *Seewald*, in: KassKomm SozialversicherungsR (o. Fußn. 80), § 28 h SGB IV Rdnr. 4, unter Verw. auf *BSGE* 55, 297 = *NZA* 1984, 334.

83 Vgl. *BSGE* 47, 194 und *BSG*, NZS 2005, 433 L; *LSG Hessen*, Urt. v. 3. 3. 2005 – L 1 KR 976/00, BeckRS 2008, 55111. Für das *LSG Hessen* ist übrigens maßgeblich entscheidend, dass der Arbeitgeber den Anspruch auf den Arbeitnehmeranteil am Gesamtsozialversicherungsbeitrag im Wege des Abzugs vom Arbeitsentgelt nicht mehr geltend machen kann.

84 *LSG Bayern*, Beschl. v. 22. 3. 2012 – L 5 R 138/12 B ER, BeckRS 2012, 68047 und *LSG Bayern*, Beschl. v. 20. 4. 2012 – L 5 R 246/12 B ER, BeckRS 2012, 69399: die Bestandskraft eines Nachforderungsbescheids aus einer vorgängigen Betriebsprüfung sperrt eine nachfolgende weitere Beitragsforderung, es sei denn die DRV geht nach § 45 SGB X vor, denn die Stichprobenhaftigkeit der Betriebsprüfung könne die Bescheidsrücknahme nach § 45 SGB X zwar erleichtern, aber nicht ersetzen (detailliert setzt sich der Senatsvorsitzende, *Rittweger*, übrigens in DB 2011, 2147 mit den Rechtsfolgen von vorgängigen Prüfbescheiden auseinander). A. A. die Sozialversicherungsträger, siehe Niederschrift über die Besprechung des GKV-Spitzenverbandes, der DRV Bund und der BA über Fragen des gemeinsamen Beitragseinzugs am 23./24. 11. 2011, Nr. 12, S. 29.

85 *LSG Hessen*, Beschl. v. 23. 4. 2012 – L 1 KR 95/12 B ER, BeckRS 2012, 69203.

86 *LSG Schleswig-Holstein*, Beschl. v. 25. 6. 2012 – L 5 KR 81/12 B ER, BeckRS 2012, 70843.

87 *LSG Nordrhein-Westfalen*, Beschl. v. 11. 5. 2012 – L 8 164/12 B ER, BeckRS 2012, 69541.

88 So jüngst geschehen in einem vom Autor *Steinheimer* geführten Verfahren.

89 Identisches gilt für die Beiträge zur Unfallversicherung, § 150 SGB VII.

90 So *BSG*, Urt. v. 7. 3. 2007 – B 12 KR 11/06 R, BeckRS 2007, 45269; *Zimmermann*, AuA 2011, 242 (243).

91 Vgl. *LSG Schleswig-Holstein*, Urt. v. 28. 11. 2007 – L 5 KR 33/07, BeckRS 2008, 50599.

92 Vgl. *BSG*, Urt. v. 7. 3. 2007 – B 12 KR 11/06 R, BeckRS 2007, 45269 Rdnr. 21.

93 So *Schüren/Wilde*, NZS 2009, 303. Grundsätzlich zur Strafbarkeit nach § 266 a StGB instruktiv *Metz*, *NZA* 2011, 782.

traggebers“ eines scheinselfständigen „Auftragnehmers“<sup>94</sup>. Bei einem rechtsunkundigen Unternehmer kann angesichts der zu bewältigenden komplexen Rechtsfragen (s. nur die Erwägungen unter IV 1) ein (bedingter) Vorsatz nicht ohne Weiteres angenommen werden.

## 7. Auswirkungen auf die Verleiherlaubnis?

Vermehrt festzustellen, dass die für die Verleiherlaubnis nach § 1 AÜG zuständigen Regionaldirektionen der Bundesagentur für Arbeit unter kurzer Fristsetzung von den Zeitarbeitsunternehmen Nachweise über Nachberechnung und Abführung der Sozialversicherungsbeiträge anfordern, wohl mit Fokus auf die Zuverlässigkeit nach § 3 I Nr. 1 AÜG. Das ist deshalb bedenklich, weil die Frage der Rechtmäßigkeit der diesbezüglichen Aufforderung der DRV buchstäblich noch in den Sternen steht. An einer aus Rechtsgründen erfolgten Verweigerung, Sozialversicherungsbeiträge nachzuberechnen und abzuführen, kann eine Unzuverlässigkeit nicht geschlossen werden.

## V. Ausblick

Die DGB-Gewerkschaften und die Gegner der Zeitarbeit sind sehr gut organisiert. Dies ist im Zusammenhang mit der Thematik „CGZP“ deutlich festzustellen.

Das Zeitarbeitsunternehmen, das für die Vergangenheit nicht zahlen will, muss dafür mit den hier dargestellten Argumenten um sein Recht kämpfen. Denn es spricht nichts dafür, dass die Politik wie ein „deus ex machina“ in das Geschehen eingreifen wird bzw. dass der Zeitarbeitsbranche vorliegend über die gesetzlichen Rahmenbedingungen hinaus mit einer Gesetzesänderung oder gar einer Verordnung beigesprungen wird. Es spricht auch nichts dafür, dass es kurzfristig eine Lösung der Problematik auf höchster politischer Ebene geben wird.

Das Bundesarbeitsministerium hatte nach der Verkündung des Beschlusses im Dezember 2010 verlautbart, man habe die „Problematik im Blick“. Man sehe „rechtliche und technische Möglichkeiten, die Ansprüche der Solidargemeinschaft zu sichern, ohne dabei die betroffenen Unternehmen wirtschaftlich zu überfordern.“<sup>95</sup> Seitdem ward nichts Substantielles mehr vernommen. Der GKV-Spitzenverband wollte keine generellen Festlegungen treffen, sondern nur im Einzelfall entscheiden<sup>96</sup>. Tatsächlich ist das Thema „Sozialversicherungsbeiträge“ der DRV bzw. den Einzugsstellen der Krankenkas-

sen überlassen, die große Welle vor den Sozialgerichten ist gerade am Laufen.

Ob die „Flucht“ in ein anderes Tarifwerk etwas bringt, ist jedenfalls fraglich. Es spricht viel dafür, dass die satzungstechnische Konstruktion auf Seiten der DGB-Gewerkschaften an dem gleichen Konstruktionsmangel leidet. Damit gäbe es keinen „sicheren“ Tarifvertrag, auf den ausgewichen werden kann. Die DGB-Gewerkschaften haben hieran augenscheinlich auch gar kein Interesse. Sie wollen keinen Tarifvertrag, sondern sie wollen den Grundsatz „equal pay“ durchsetzen.

## 1. Staatshaftung der DRV?

Die DRV hat – nach anfänglichem Zögern – in ihrer „Stabstelle“ in Berlin die für das CGZP-Tarifwerk anwendenden Zeitarbeitsunternehmen höchst unangenehme Linie festgelegt, flächendeckend bis rückwirkend 12/2005 zu prüfen und die auf den Differenzlohn anfallenden Sozialversicherungsbeiträge zu reklamieren.

Die Vehemenz, mit der die DRV in der Anfangszeit ans Werk ging, wirft nach wie vor die Frage auf, ob diese denn im Vorfeld alles richtig gemacht hat oder ob sie nicht im Rahmen der so genannten Staatshaftung nach § 839 BGB, Art. 34 GG wegen einer Verletzung ihrer Beratungspflichten in der Vergangenheit in Regress genommen werden kann. Das ist grundsätzlich denkbar<sup>97</sup>, bedarf aber der gesonderte Betrachtung.

## 2. Hilfe durch das Kartellrecht?

Der besonderen Betrachtung bedarf auch die kartellrechtliche Seite der aktuellen Situation in der Zeitarbeit. Soweit die DGB-Gewerkschaften eine marktbeherrschende Stellung innehaben und diese dazu missbrauchen, um unliebsame Zeitarbeitsunternehmen bzw. die Zeitarbeit als solche vom Markt zu verdrängen, ist an § 19 I GWB zu denken. Allerdings wird die Anwendung von Kartellrecht auf Gewerkschaften wegen der Tarifautonomie des Art. 9 III GG prinzipiell verneint. Das BAG hat für den Fall die Anwendung des GWB nicht ausgeschlossen, dass eine Gewerkschaft im Überschreitung ihrer arbeitsrechtlichen Befugnisse einen marktregulierenden Tarifvertrag abschließt<sup>98</sup>. Auf diesen Gedanken könnte man eventuell zurückgreifen, wenn man argumentiert, dass die DGB-Gewerkschaften im Ergebnis „Kunden“ von „Konkurrenzwirtschaften“ schädigen wollen. ■

94 Vgl. hierzu z. B. *LG Ravensburg*, Urt. v. 26.9.2006 – 4 Ns 24 Js 22865/03, BeckRS 2007, 10684.

95 Vgl. Handelsblatt v. 28.12.2010.

96 Vgl. Handelsblatt v. 29.12.2010.

97 *Seewald*, in: *KassKomm SozialversicherungsR* (o. Fußn. 80), § 28 h SGB IV Rdnr. 4.

98 *BAG*, NZA 1989, 969, s. II 3 d der Gründe: wenn der Tarifvertrag „allein in wettbewerbsregelnder Absicht abgeschlossen würde, die Form des Tarifvertrags somit rechtsmissbräuchlich zur Verdeckung eines nach § 1 GWB unzulässigen Vertrags oder Beschlusses benutzt würde.“