Fragen und Antworten zum Beschluss des Bundesarbeitsgerichts vom 14. Dezember 2010 zur Tarifunfähigkeit der CGZP

I. Ausgangslage

1. Was hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts genau entschieden?

Der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts (BAG) hat am 14. Dezember 2010 die Rechtsbeschwerden des Arbeitgeberverbandes Mittelständischer Personaldienstleister (AMP), der Bundesvereinigung Deutscher Dienstleistungsunternehmen (BVD) und der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP) gegen den Beschluss des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg zurückgewiesen und damit dessen Feststellung rechtskräftig bestätigt, dass die CGZP nicht tariffähig ist.

2a. Was ist die CGZP/Wie ist die CGZP beschaffen?

Die CGZP wurde am 11. Dezember 2002 gegründet. Nach Ziffer 3 der damaligen Satzung hatte sie die tariflichen Interessen ihrer Mitgliedsgewerkschaften zu vertreten und für deren Mitglieder Tarifverträge abzuschließen. Mit Anfang September 2005 in Kraft getretener Satzung vertritt sie „die tariflichen Interessen ihrer Mitgliedsgewerkschaften als Spitzenorganisation nach § 2 Abs. 3 TVG und schließt für deren Mitglieder Tarifverträge mit Arbeitgebern oder Arbeitgeberverbänden ab, die als Verleiher Dritten ..... Arbeitnehmer ..... gewerbsmäßig ..... überlassen wollen". In § 7 der Satzung war vorgesehen, dass die Mitgliedsgewerkschaften durch den Beitritt zur CGZP „ihre Tarifhoheit für die Branche Zeitarbeit an die Tarifgemeinschaft abgetreten haben". Ferner war geregelt, dass die einzelnen Gewerkschaften ohne Beschluss des Vorstandes nicht eigenständig als Tarifpartner in der Zeitarbeitsbranche auftreten konnten.

Die Satzung der CGZP wurde am 8. Oktober 2009 erneut geändert. Danach blieb das Recht der Mitgliedsgewerkschaften, im Rahmen ihrer Zuständigkeit selbst Tarifverträge mit Unternehmen oder Verbänden zu schließen, die Arbeitnehmer an Dritte zur Dienstleistung überlassen, nunmehr unberührt. Bevor eine Mitgliedsgewerkschaft einen Tarifvertrag für Arbeitnehmer abschließt, die an Dritte zur Arbeitsleistung überlassen werden, ist sie allerdings zur Vermeidung von Tarifkollisionen verpflichtet, die Zustimmung der CGZP einzuholen.

Im Oktober 2009 waren die Christlichen Gewerkschaften Metall (CGM), die DHV – die Berufsgewerkschaft e. V. (DHV) und die Gewerkschaft Öffentlicher Dienst und Dienstleistungen (GÖD) Mitglied der CGZP. Die Christliche Gewerkschaft Postservice und Telekommunikation (CGPT) hatte mit Wirkung zum 30. Juni 2009 ihren Austritt erklärt.

§ 7 im Wortlaut: *„(1) … Das Recht der Mitgliedsgewerkschaften, im Rahmen ihrer Zuständigkeit selbst Tarifverträge mit Unternehmen oder Verbänden zu schließen, die Arbeitnehmer an Dritte zur Dienstleistung überlassen, bleibt unberührt. Bevor eine Mitgliedsgewerkschaft einen Tarifvertrag für Arbeitnehmer abschließt, die an Dritte zur Arbeitsleistung überlassen werden, ist sie zur Vermeidung von Tarifkollisionen verpflichtet, die Zustimmung der CGZP einzuholen.*

(2) Tarifverträge werden für die Tarifgemeinschaft grundsätzlich von mindestens zwei Personen unterzeichnet. Dabei muss eine der unterzeichnenden Personen Vorstandsmitglied der Tarifgemeinschaft sein. Die zweite unterzeichnende Person muss vom Vorstand bevollmächtigt sein.“

2b. Wie hat sich die CGZP tarifpolitisch engagiert?

Am 24. Februar 2003 hat die CGZP den ersten Flächentarifvertrag mit INZ (Interessengemeinschaft Nordbayerischer Zeitarbeitsunternehmen) abgeschlossen und am 24. Juni 2003 den Flächentarifvertrag mit MVZ (Mittelstandsvereinigung Zeitarbeit) vereinbart. Nach der Fusion von

INZ mit MVZ zum AMP schloss die CGZP die Tarifverträge mit diesem ab. Auch mit BVD und Mercedarius hat die CGZP Branchentarifverträge abgeschlossen.

Laut Antwort der Bundesregierung auf eine kleine Anfrage der Fraktion DIE LINKE (BT-Drs 17/1121) hatte die CGZP (Stand: 8. März 2010) 122 Haustarifverträge abgeschlossen.

3. Wie kam es zum Verfahren und wie entschieden die Instanzgerichte?

Antragsteller im Verfahren zur Feststellung der Tarifunfähigkeit der CGZP nach § 97 Abs. 1 ArbGG waren die Vereinte Dienstleistungsgewerschaft (ver.di) und die Senatsverwaltung für Integration, Arbeit und Soziales des Landes Berlin. Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg (23 TaBV 1016/09) hatte am 7. Dezember 2009 die Tarifunfähigkeit der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP) festgestellt und somit die Entscheidung des Arbeitsgerichts Berlin vom 1. April 2009 (35 BV 17008/08) bestätigt.

4. Wie lautet die bisherige Begründung des BAG zur Tarifunfähigkeit der CGZP?

Bisher liegt nur die Pressemitteilung des BAG vor. Danach stützt sich das BAG im Wesentlichen auf zwei Aspekte:

- Die Tariffähigkeit einer Spitzenorganisation sei nur gegeben, wenn die sich zusammenschließenden Gewerkschaften ihrerseits tariffähig sind und der Spitzenorganisation ihre Tariffähigkeit vollständig vermitteln. Dies sei nicht der Fall, wenn die Befugnis zum Abschluss von Tarifverträgen durch die Spitzenorganisation auf einen Teil des Organisationsbereichs der Mitgliedsgewerkschaften beschränkt wird. Die in der CGZP zusammengeschlossenen Gewerkschaften (CGM, DHV, GÖD) hätten der CGZP ihre Tariffähigkeit nicht vollständig vermittelt, sondern nur für den Bereich der Zeitarbeit. Damit hätten die Einzelgewerkschaften die Befugnis zum Abschluss von Tarifverträgen durch die CGZP als tarifrechtliche Spitzenorganisation auf einen Teil ihres Organisationsbereichs beschränkt. Die CGZP sei infolge dessen keine Spitzenorganisation dieser drei Einzelgewerkschaften geworden, sondern lediglich – so in der mündlichen Verhandlung wörtlich – eine „tarifrechtliche Bad Bank“ für Teile des Organisationsbereichs der einzelnen Gewerkschaften.

Der Organisationsbereich einer Spitzenorganisation dürfe nicht über den ihrer Mitglieder hinausgehen. Der in der Satzung der CGZP festgelegte Organisationsbereich für die gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung gehe jedoch deutlich über den ihrer Mitgliedsgewerkschaften hinaus. So habe die CGZP für sich in Anspruch genommen, für Zeitarbeitseinsätze in allen denkbaren Kundenbetrieben gleichermaßen eine von dem gesetzlichen Prinzip des „Equal Pay/Treatment“ abweichende tarifrechtliche Regelung treffen zu können. Der Organisationsbereich der drei Mitgliedsgewerkschaften der CGZP (CGM, DHV, GÖD) deckt jedoch z. B. Zeitarbeitseinsätze in Unternehmen der Chemischen Industrie, der Gastronomie oder in Logistikbetrieben nicht ab. Folgleich sei die CGZP über diejenigen Regelungsbereiche hinausgegangen, für welche die Mitgliedsgewerkschaften ihrerseits tarifbefugt seien.

Eine abschließende Bewertung der BAG-Entscheidung kann erst nach Vorlage der schriftlichen Entscheidungsgründe vorgenommen werden.

Pressemitteilung des BAG Nr. 93/10 vom 14. Dezember 2010 (Auszug):

„Die Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP) ist keine Spitzenorganisation, die in eigenem Namen Tarifverträge abschließen kann. Sie erfüllt die hierfür erforderlichen tarifrechtlichen Voraussetzungen nicht. Tarifverträge können auf Arbeitnehmerseite nur von einer tariffähigen Gewerkschaft oder einem Zusammenschluss solcher Gewerkschaften (Spitzenorganisation) abgeschlossen werden. Soll eine Spitzenorganisation selbst als Partei Tarifverträge abschließen, muss das zu ihren satzungsmäßigen Aufgaben gehören (§ 2 Abs. 3 TVG). Dazu müssen die sich zusam-

menschließenden Gewerkschaften ihrerseits tariffähig sein und der Spitzenorganisation ihre Tariffähigkeit vollständig vermitteln. Dies ist nicht der Fall, wenn die Befugnis zum Abschluss von Tarifverträgen durch die Spitzenorganisation auf einen Teil des Organisationsbereichs der Mitgliedsgewerkschaften beschränkt wird. Zudem darf der Organisationsbereich einer Spitzenorganisation nicht über den ihrer Mitgliedsgewerkschaften hinausgehen. … Die CGZP ist keine Spitzenorganisation nach § 2 Abs. 3 TVG, weil sich ihre Mitgliedsgewerkschaften (CGB, DHV und GÖD) nicht im Umfang ihrer Tariffähigkeit zusammengeschlossen haben. Außerdem geht der in der Satzung der CGZP festgelegte Organisationsbereich für die gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung über den ihrer Mitgliedsgewerkschaften hinaus."

II. Folgen der Entscheidung

1. Führt die Entscheidung zur rückwirkenden (ex-tunc) Unwirksamkeit der abgeschlossenen Tarifverträge?

Welche Folgen die fehlende Tariffähigkeit der CGZP auf die von der CGZP abgeschlossenen Tarifverträge hat, ist noch offen. Das Bundesarbeitsgericht hat in seinem Beschluss vom 14. Dezember 2010 nach eigenen Angaben „Neuland" beschritten. Schon deshalb kann ohne die schriftlichen Entscheidungsgründe nicht zwingend davon ausgegangen werden, dass die abgeschlossenen Tarifverträge ex-tunc unwirksam sind, wie dies teilweise anknüpfend an die BAG-Entscheidung vom 15. November 2006 (10 AZR 665/05) behauptet wird.

Gegen eine ex-tunc-Unwirksamkeit der Tarifverträge sprechen zudem folgende Erwägungen:

- **Praktische Unmöglichkeit der rückwirkenden Abwicklung:**
  Seit 1957 erkennt das BAG (1 AZR 594/56) an, dass die Anfechtung eines Arbeitsverhältnisses nur ex-nunc-Wirkung entfalten kann. Wenn aber bereits bei einem fehlerhaft zustande gekommenen Arbeitsverhältnis die Unmöglichkeit der Rückabwicklung einmal erbrachter Leistungen anerkannt und die Nichtigkeitswirkung begrenzt wird, kann für unwirksame Tarifverträge nichts anderes gelten. Dieser Rechtsgedanke lässt sich auch aus der Lehre zur fehlerhaften Gesellschaft, wonach die Anfechtung der Willenserklärung zum Abschluss des Gesellschaftsvertrags nur ex-nunc-Wirkung entfaltet, ableiten. Bei über 73.000 gültigen Tarifverträgen und vielen Unternehmen ohne Tarifbindung ist die konkrete Bestimmung der wesentlichen Arbeitsbedingungen des vergleichbaren Arbeitnehmers fast unmöglich. Dies gilt insbesondere dann, wenn eine so große Zahl von Arbeitsverhältnissen nach Equal Pay/Treatment abgewickelt werden müssen.
- **Richtigkeitsgewähr von Tarifverträgen:**
  Tarifverträgen kommt eine allgemein anerkannte und von Art. 9 GG vorausgesetzte Richtigkeitsgewähr zu. Daher kann die Unwirksamkeit nur ex-nunc greifen.
- **Gesichtspunkte des Vertrauensschutzes:**
  Die rückwirkende Nichtigkeit von Tarifverträgen würde dazu führen, dass den Arbeitnehmern alle aus dem nichtigen Tarifvertrag erworbenen Ansprüche, Anwartschaften und Rechtspositionen rückwirkend wieder entzogen werden müssen (Dunker, SAE 2008, 133 ff.; Thüsing/Mengel, AÜG, § 9 Rn. 46a).

Im vorliegenden Fall sprechen auch folgende Gründe gegen eine ex-tunc-Unwirksamkeit:

- **Keine Entscheidung über die Tarifunfähigkeit der CGZP für rückwirkende Zeiträume:**
  Der 1. Senat des BAG hat ausdrücklich nicht für die Vergangenheit entschieden, sondern nur über den gegenwartsbezogenen Antrag. Der zur Vergangenheit gestellte Hilfsantrag, nämlich festzustellen, dass die CGZP bis zum Wirksamwerden der Satzungsänderung vom 8. Oktober 2009 tarifunfähig war und seit dem Wirksamwerden der Satzungsänderung vom 8. Oktober 2009 tarifunfähig ist, wurde vom Gericht als unzulässig zurückgewiesen.

- **Abschluss im Namen für Mitgliedsgewerkschaft:**
  Es bleibt offen, ob die CGZP nicht nur als Spitzenorganisation, sondern auch als Tarifgemeinschaft Tarifverträge abschließen konnte. Es könnte möglich sein, dass die CGZP ihre Tarifverträge nicht nur im eigenen Namen - nur hierzu hat das BAG entschieden -, sondern konkludent auch im Namen für ihre jeweiligen Mitgliedsgewerkschaften vereinbart hat. Es wäre dann eine Tarifgemeinschaft entstanden, die einen mehrgliedrigen Tarifvertrag abschließt, der seine Wirksamkeit nicht aus einer Tariffähigkeit nach § 2 Abs. 3 TVG erhält, sondern aus § 2 Abs. 1 TVG.

Auch in der Literatur sprechen sich eine Vielzahl von Stimmen gegen die ex-tunc-Unwirksamkeit der Tarifverträge für die Zeitarbeit aus (vgl. Schöne, DB 2004, 136 ff.; Dunker, SAE 2008, 133 ff.; Boemke/Lembke, § 9 Rn. 132; Buchner DB 2004, 1042; Franzen in: ErfK, § 2 TVG Rn. 5 zum nachträglichen Entfallen der Tariffähigkeit; Schüren/Hamann, AÜG, 3. Aufl., § 9 Rn. 124 („denkbar"); Brors, AuR 2010, 406 ff.).

2. Sind die neuen AMP/BVD-Tarifverträge von der Entscheidung betroffen?

Die insbesondere vom LAG Berlin-Brandenburg vorgebrachten Bedenken wurden bereits zu Beginn des Jahres 2010 bei den neuen zwischen dem Arbeitgeberverband Mittelständischer Personaldienstleister (AMP) bzw. dem Bundesverband Deutscher Dienstleistungsunternehmen (BVD) und den Christlichen Gewerkschaften abgeschlossenen Tarifverträgen berücksichtigt.Tarifpartner ist nun ausdrücklich nicht mehr nur die CGZP, sondern auch die wichtigsten Einzelgewerkschaften des Christlichen Gewerkschaftsbundes. Das neue Tarifvertragsmodell entspricht insofern den Tarifverträgen, welche von der DGB-Tarifgemeinschaft mit den Zeitarbeitsverbänden BZA und iGZ abgeschlossen wurden. Bei einem solchen mehrgliedrigen Tarifvertrag hat die Feststellung der Tarifunfähigkeit der CGZP durch das BAG keine Auswirkungen auf die mit den anderen beteiligten Christlichen Gewerkschaften abgeschlossenen Tarifverträge (vgl. BAG, 15. November 2006 - 10 AZR 665/05, Rn. 24). Juristische Bedenken zu den neuen Tarifverträgen sind - soweit ersichtlich - bislang nicht erhoben worden.

Der neue Manteltarifvertrag und der Entgeltrahmentarifvertrag haben eine Laufzeit bis zum 31. Dezember 2014, ebenso der Beschäftigungssicherungstarifvertrag und der Manteltarifvertrag für die Auszubildenden. Die Tarifverträge enthalten neue Regelungen zu Arbeitszeitkonten, Nachtarbeit und Mehrarbeitszuschlag und eine Klausel, welche die Anwendung des Tarifvertrags bei konzerninterner Arbeitnehmerüberlassung wie im Fall Schlecker ausschließt. Die neuen Entgelttarifverträge (West und Ost) mit einer Laufzeit bis Ende Juni 2012 sind insbesondere durch höhere Entgelte von 7,60 € (E 1 West) - 17,11 € (E 9 West) und einen Verzicht auf die bisherige Absenkungsmöglichkeit gekennzeichnet. Hinzu kommt ein Mindestlohntarifvertrag, den AMP und BVD inzwischen mit den Christlichen Gewerkschaften abgeschlossen hat. Damit wird ab dem 1. Mai 2011 das unterste Entgelt an das Niveau des BZA/DGB-Tarifvertrags (ab Mai 2011 von 7,79 € (West) und 6,89 € (Ost), stufenweise ansteigend auf 8,19 € (West) und 7,50 € (Ost) ab November 2012), angelichen. Damit wird zugleich die Voraussetzung für eine Erstreckung des untersten Lohnes auf ausländische Zeitarbeitnehmer und deren ab 1. Mai 2011 in Deutschland eingesetzten Zeitarbeitnehmer geschaffen, was mit Blick auf die Herstellung der vollen Arbeitnehmerfreizügigkeit ab dem 1. Mai 2011 notwendig ist.

3. Was geschieht mit den anhängigen Klageverfahren von Zeitarbeitnehmern?

Vor dem Arbeitsgericht Berlin sind einige auf Nachzahlungen für die Jahre ab 2004 gerichtete Klagen anhängig. Diese wurden ausgesetzt, um die Entscheidung des BAG in Sachen CGZP abzuwarten. Die BAG-Entscheidung birgt demnach mittelbar auch Risiken für die Vergangenheit. Es ist möglich ist, dass die Instanzgerichte das Ergebnis und die inhaltlichen Erwägungen aus der BAG-Entscheidung auf die noch offenen, die Vergangenheit betreffenden Verfahren überträgt. So könnte dann ggf. auch für die Vergangenheit die Tariffähigkeit der CGZP und ggf. sogar die Wirksamkeit der in der Vergangenheit von der CGZP geschlossenen Tarifverträge verneint werden. Ob es allerdings zu entsprechenden Entscheidungen kommt, ist offen.

4. Was wären die Rechtsfolgen bei rechtskräftig festgestellter Tarifunfähigkeit der CGZP und ex-tunc-Unwirksamkeit der Tarifverträge?

Ansprüche aus der festgestellten Tarifunfähigkeit der CGZP können dann in Betracht kommen, wenn die abgeschlossenen Tarifverträge ex-tunc unwirksam sind und Vertrauensschutz nicht gewährt wurde (dies ist aber strittig, s. o.).

a. Ansprüche des Zeitarbeitnehmers

Gleichstellungs-/Differenzlohnanspruch:

- Zeitarbeitnehmer (ZAN) hat einen eigenständigen gesetzlichen Gleichstellungs-/Differenzlohnanspruch (Lohndifferenz zwischen der tatsächlich geleisteten und der gesetzlich geschuldeten Vergütung) gem. § 10 Abs. 4, 9 Nr. 2 AÜG gegen das Zeitarbeitsunternehmen (ZU). Gesetzlich geschuldet sind „wesentliche Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Einsatzbetriebes". Tarifvertragliche Ausschlussfristen sind mit der unwirksamen Tarifregelung ebenfalls unwirksam. Hier können aber arbeitsvertragliche Ausschlussfristen greifen.
- ZAN hat keinen Differenzlohnanspruch gegen Einsatzbetrieb (EB) (a. A. nur Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl., § 10 Rn. 259 ff., der die Unterbezahlung des ZAN als Indiz für die Arbeitsvermittlung gem. § 3 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 1 Abs. 2 AÜG ansieht und Differenzlohnanspruch des ZAN gegen EB wegen des entstandenen Arbeitverhältnisses annimmt; diese Auffassung ist abzulehnen, da die Abgrenzung zur Arbeitsvermittlung anhand der in § 1 Abs. 2 AÜG dargelegten gesetzlichen Kriterien erfolgt und nach dem BAG (28. Juni 2000, 7 AZR 100/99) selbst bei vermuteter Arbeitsvermittlung zwischen ZAN und EB kein Arbeitsverhältnis entsteht).

Auskunftsansprüche:

- Auskunftsanspruch ZAN gegen EB gem. § 13 AÜG über die für einen vergleichbaren Arbeitnehmer geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich Arbeitsentgelt.
- Es wird vertreten, dass ZAN gegen ZU einen Auskunftsanspruch gem. §§ 242 BGB, 82 BetrVG über beim ZU vorhandenen Informationen hat (Schüren, AÜG, 4. Aufl., § 13 Rn. 3; Ulber, AÜG, § 13 Rn. 1 unter Bezugnahme auf BAG, 21. November 2000, 9 AZR 665/99. Dagegen spricht, dass ein solcher Anspruch bislang dem ZAN vom BAG nicht zugebilligt wurde und der Gesetzgeber durch § 13 AÜG gerade davon ausgeht, dass Auskunftsanspruch des ZAN nur gegen EB gegeben ist).

b. Ansprüche der Sozialversicherungsträger

Ansprüche gegen Zeitarbeitsunternehmen:

- Haftung ZU auf Gesamtsozialversicherungsbeitrag gem. § 28e Abs. 1 SGB IV, die auf Differenzlohnbetrag anfallen.
- Haftung ZU für Beiträge zur Unfallversicherung gem. § 150 Abs. 1 SGB VII.

Haftung des Einsatzbetriebs:

- Haftung für Gesamtsozialversicherungsbeiträge gem. § 28e Abs. 2 SGB IV, die auf Differenzbetrag anfallen: EB haftet wie ein selbstschuldnerischer Bürge für Gesamtsozialversicherungsbeiträge inklusive Säumniszuschläge und Zinsen. Leistungsverweigerungsrecht EB: Zahlungspflicht erst, wenn Einzugsstelle das ZU mit Fristsetzung gemahnt und nicht innerhalb der Frist geleistet wurde, § 28e Abs. 2 S. 2 SGB IV. Anspruch besteht ungeachtet der tatsächlich gezahlten Vergütung (Entstehungsprinzip, § 23 Abs. 1 SGB IV).

- Haftung für Beiträge zur Unfallversicherung gem. § 150 Abs. 3 SGB VII (wie bei § 28e Abs. 2 SGB IV).

Strafrechtliche Haftung ZU und EB, § 266a StGB:

Ansprüche der Sozialversicherungsträger sollten geprüft werden, da Verwirklichung des Tatbestands Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt gem. § 266a StGB in Betracht kommt (Park u. a., NJW 2008, 3670, 3674). Dagegen kann eingewendet werden, dass ZU (und erst recht EB) gar nicht weiß bzw. nicht wissen kann, welche Ansprüche er in welcher Höhe zahlen muss. Auch kann ein Irrtum (gem. § 16 StGB oder gem. § 17 StGB) vorliegen, wenn der Arbeitgeber rechtsirrig davon ausgeht, dass auch ein unwirksamer Tarifvertrag eine taugliche Bemessungsgrundlage für die Sozialversicherungsabgaben darstellt, etwa weil er ihn für wirksam hält oder weil er davon ausgeht, dass sich die Höhe der Sozialversicherungsabgaben auch bei einem unwirksamen Tarifvertrag am tatsächlich gezahlten Lohn orientiert.

c. Haftung auf Abführung von Lohnsteuer

- Haftung ZU auf Abführung der Lohnsteuer (§ 42d Abs. 1 EstG), die auf Differenzlohnbetrag anfällt.
- Keine Haftung des EB für Lohnsteuer neben dem ZU gem. § 42d Abs. 6 EStG, wenn ZU AÜ-Erlaubnis hat und EB Mitwirkungspflichten (§ 51 Abs. 1 Nr. 2 d EStG) nachgekommen ist oder EB über Vorliegen der Arbeitnehmerüberlassung ohne Verschulden irrte. EB darf erst dann auf Zahlung in Anspruch genommen werden, soweit die Vollstreckung in das Vermögen des ZU fehlgeschlagen ist oder keinen Erfolg verspricht.

d. Ansprüche des Zeitarbeitsunternehmens

- Es ist offen, ob ZU gemäß § 12 Abs. 1 S. 3 AÜG vom EB Auskunft verlangen kann über Arbeitsbedingungen vergleichbarer Arbeitnehmer im EB (so: Schüren, AÜG, 4. Aufl, § 10 Rn. 237, § 12 Rn. 24; Ulber, AÜG, § 12 Rn. 64. Dagegen spricht, dass der gesetzliche Auskunftsanspruch gegen den EB abschließend in § 13 AÜG geregelt ist und sich unmittelbar aus § 12 Abs. 1 S. 3 AÜG ein solcher Anspruch nicht ergibt.). Ebenso offen ist, ob daran anknüpfend das ZU gegen EB bei Nicht- oder Schlechterfüllung der Verpflichtung aus § 12 Abs. 1 S. 3 AÜG Regress gem. § 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB nehmen kann (so: Schüren/Hamann, AÜG, § 10 Rn. 237).

5. Welche wirtschaftliche Bedeutung haben die Ansprüche?

Die Entscheidung des BAG wird nach ersten Einschätzungen wohl weniger zur Folge haben, dass eine sehr große Zahl der betroffenen Zeitarbeitnehmer gegen ihr Zeitarbeitsunternehmen geltend machen, der auf ihr Arbeitsverhältnis angewandte CGZP-Tarifvertrag sei unwirksam gewesen. Eine Klagewelle ist – zumindest bislang – nicht ersichtlich. Bei diesen Ansprüchen ist zudem zu beachten, dass arbeitsvertragliche Ausschlussklauseln greifen können. Von großem wirtschaftlichem Gewicht hingegen sind die drohenden selbständigen Beitragsansprüche der Sozialversicherungsträger in Form von Beitragsnachforderungen. Der Sozialversicherungsträger hat den Anspruch auf die ihm zustehenden Beiträge, gleichgültig ob die Lohnansprüche der Arbeitnehmer tatsächlich geltend gemacht und befriedigt werden oder nicht.

6. Welche Verjährungsfristen bestehen?

a. Gleichstellungs-/Differenzlohnansprüche

Der Anspruch des einzelnen Zeitarbeitnehmer gem. §§ 10 Abs. 4, 9 Nr. 2 AÜG unterliegt der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren gemäß § 195 BGB (Schüren/Wilde, NZS 2009, 303, 305; Schüren, AÜG, 4. Aufl. § 10 Rn. 245; Park u.a., NJW 2008, 3670, 3673). Allerdings können bereits vorher arbeitsvertragliche Ausschlussfristen greifen.

b. Ansprüche der Sozialversicherungsträger gegen ZU und EB

Gem. § 25 Abs. 1 Satz 1 SGB IV verjähren Ansprüche auf Beiträge in vier Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem sie fällig geworden sind. Danach sind grundsätzlich Ansprüche für den Zeitraum vor dem 1. Januar 2006 bereits verjährt Bei vorsätzlich vorenthaltenen Beiträgen greift § 25 Abs. 1 S. 2 SGB IV, wonach die Beiträge in dreißig Jahren nach Ablauf des Kalenderjahrs verjähren, in dem sie fällig geworden sind. Die 30 jährige Verjährungsfrist kann greifen, wenn ein Sozialversicherungsträger z. B. im Rahmen eines Abschlussprotokolls über eine Betriebsprüfung darauf hingewiesen hat, dass sich wegen mangelnder Tariffähigkeit der CGZP aus dem gesetzlichen Prinzip des „Equal Pay“ noch Nachzahlungsansprüche ergeben können. Dagegen kann argumentiert werden, dass die Beitragshöhe gar nicht bekannt ist und das Zeitarbeitsunternehmen und der Einsatzbetrieb gar nicht wissen bzw. nicht wissen können, welche Ansprüche in welcher Höhe zu entrichten sind, was gegen die Annahme des Vorsatzes spricht.

7. Wie hat die Deutsche Rentenversicherung Bund auf den Beschluss reagiert?

a. Anschreibeaktion der Deutsche Rentenversicherung Bund

Die Träger der Rentenversicherung haben ein Musterschreiben verfasst, mit dem diejenigen Unternehmen angeschrieben wurden, bei denen Anhaltspunkte für die Anwendung von CGZP-Tarifverträgen bestehen. Damit soll die Verjährung der ggf. nachzuentrichtenden Sozialversicherungsbeiträge für das Jahr 2006 verhindert werden. Die Unternehmen werden in dem Schreiben konkret zur Beitragsnachberechnung aufgefordert. Dort heißt es: Wir sehen uns „verpflichtet, hiermit fristwahrend die Ansprüche auf entgangene Sozialversicherungsbeiträge noch im Jahr 2010 geltend zu machen." Die Träger der Rentenversicherung und auch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) sehen diese Formulierung als notwendig an, um eine etwaige Verjährung der Beiträge für das Jahr 2006 zu verhindern.

Bewertung:

Vorsorgliche Maßnahmen zur Sicherung möglicher Beitragsansprüche der Sozialversicherung können grundsätzlich sinnvoll sein. Dabei dürfen jedoch keine Rechtsauslegungen zugrunde gelegt werden, die nicht belastbar sind. Nach der Entscheidung des BAG ist weiter unklar, ob tatsächlich rückwirkend Beitragsansprüche der Sozialversicherung bestehen. Daher ist es verfehlt, dass die Träger der Rentenversicherung dennoch im Rahmen der von ihnen geplanten Anschreibaktion „Ansprüche auf entgangene Sozialversicherungsbeiträge ... geltend ... machen", obwohl sie selbst einräumen, dass „nicht mit letzter Sicherheit" beantwortet werden kann, ob Beitragsansprüche tatsächlich bestehen.

Soweit es den Sozialversicherungsträgern überhaupt möglich ist, mit einer Anschreibaktion die Verjährung von Beitragsansprüchen für das Jahr 2006 dadurch zu verhindern, indem sie bei den betroffenen Unternehmen für Vorsatz hinsichtlich ihrer Beitragszahlungspflicht für das Jahr 2006 sorgen (§ 25 Abs. 1 Satz 2 SGB IV), hätte es genügt, sie über die Möglichkeit bestehender Zahlungsansprüche zu informieren. Für den angestrebten Vorsatz der betroffenen Unternehmen reicht es schließlich - ausweislich der diesbezüglichen Kommentierung der Deutschen Rentenversicherung - aus, „wenn der Zahlungspflichtige die Beiträge mit bedingtem Vorsatz vorenthalten hat, er seine Beitragspflicht nur für möglich gehalten [...] hat". Es wäre also nicht notwendig gewesen, gegenüber den betroffenen Unternehmen Zahlungsansprüche zu behaupten und diese geltend zu machen, der Hinweis auf die Möglichkeit einer Zahlungsverpflichtung hätte genügt.

Die BDA hat ihre Kritik an dem jetzt geplanten Vorgehen der Rentenversicherungsträger mehrfach deutlich gegenüber dem BMAS und der Deutschen Rentenversicherung Bund vorgetragen und dabei insbesondere auf die gravierenden Folgen für die betroffenen Unternehmen - Ver- und Entleiher - hingewiesen.

b. Verjährungshemmung durch Anschreibeaktion?

Hinsichtlich des Anschreibens der Deutsche Rentenversicherung Bund wird vertreten, dass der bedingte Vorsatz durch das Informationsschreiben herbeigeführt wurde. Ab Kenntnis davon, dass die Tarifverträge von Anfang an unwirksam seien, greife für die zu diesem Zeitpunkt noch nicht nach § 25 Abs. 1 Satz 1 SGB IV verjährten Beiträge die dreißigjährige Verjährung nach § 25 Abs. 1 Satz 2 SGB IV. Der betroffene Arbeitgeber handele dann zumindest bedingt vorsätzlich, wenn er trotz Kenntnis von der Nichtigkeit der Tarifverträge nichts dahingehend unternimmt, die beitragsrechtlichen Auswirkungen, die sich aufgrund der nunmehr höheren Entgeltansprüche seiner Beschäftigten und damit Beitragsansprüche der Sozialversicherungsträger für die zurückliegenden Zeiträume ergeben, zu erfüllen.

Dagegen spricht, dass es eine Kenntnis von der rückwirkenden Nichtigkeit der Tarifverträge gerade eben nicht gibt, da das BAG hierzu keine explizite Aussage getroffen hat. Das LSG Mecklenburg-Vorpommern (9. Februar 2005, L 7 KR 28/03, Rn. 44) hat angenommen, dass es am Wissenselement des Vorsatzes im Sinne des § 25 Abs. 1 S. 2 SGB IV fehlt, wenn der Versicherte sich auf einen Rechtsstandpunkt stellt, laut dem Sozialversicherungsbeiträge nicht zu zahlen waren, weil er dann aus eigener Sicht nicht wusste, dass er Sozialversicherungsbeiträge entrichten muss. Des Weiteren dürfen die Vorschriften zur Hemmung der Verjährung, die im Gesetz aufgeführt sind (§ 25 Abs. 2 SGB IV, u. a Betriebsprüfung), nicht unterlaufen werden.

c. Was kann auf das Vorgehen der Deutsche Rentenversicherung Bund erwidert werden?

Gegen das Vorgehen der Deutsche Rentenversicherung Bund und der vertretenen Rechtsposition kann ein betroffenes Unternehmen mit folgenden Argumenten entgegentreten: Zunächst führt die Deutsche Rentenversicherung Bund in ihrem Anschreiben selbst aus, dass es sich derzeit nicht mit letzter Sicherheit sagen lässt, wie die Frage der Rückwirkung dieser Entscheidung auf Beitragsansprüche zu beantworten ist. Dies ist zutreffend, da das BAG ausdrücklich nicht für die Vergangenheit entschieden hat. Auch sprechen die besseren Argumente für eine ex-nunc-Unwirksamkeit der abgeschlossenen Tarifverträge (s. o.). Eine Rechtsgrundlage für die angesprochene selbständige und unverzügliche Überprüfung der Beitrags- und Meldepflichten im Nachgang zu diesem Urteil ist nicht ersichtlich. Auch wurde ein direkter Auskunftsanspruch des Zeitarbeitsunternehmens gegen den Einsatzbetrieb in dieser Konstellation bislang von den Gerichten nicht zugestanden. Zu beachten ist des Weiteren, dass die Einzugsstellen die Arbeitgeber in allen Fragen des Beitrags- und Meldeverfahrens zu beraten und unterstützen haben (§ 28 h SGB IV).

8. Was sind die bilanzrechtlichen Folgen?

a. Für die Zeitarbeitsunternehmen?

Gem. § 249 Handelsgesetzbuch (HGB) haben Unternehmen u. a. für ungewisse Verbindlichkeiten Rückstellungen zu bilden. Diese Rückstellungen sind dann zu bilden, wenn eine Verbindlichkeit dem Grunde nach entweder bereits bestanden ist oder aber mit großer Wahrscheinlichkeit entsteht oder entstehen wird oder wenn allein oder zusätzlich bezüglich der Höhe dieser Verbindlichkeit noch Ungewissheit besteht.

Generell hat jedes Unternehmen dabei eine Risikoabwägung bezüglich der Realisierung einer Verbindlichkeit vorzunehmen. Im vorliegenden Fall besteht durch die Anschreibeaktion der Sozialversicherungsträger eine große Wahrscheinlichkeit für das Entstehen einer Verbindlichkeit. Jedes betroffene Zeitarbeitsunternehmen hat daher eine gewissenhafte, kaufmännische Schätzung bezüglich der Höhe der Rückstellungen – die selbstverständlich nicht Euro-genau erfolgen kann – vorzunehmen. Rückstellungen ist es dabei eigen, dass ihr Eintritt zwar wahrscheinlich ist, jedoch die konkrete Höhe nicht von vornherein genau bestimmt werden kann. Grundsätzlich sind die Rückstellungen in dem letzten noch offenen bzw. nicht geschlossenen Jahresabschluss zu verbuchen.

Zwar darf nach § 4 Abs. 2 EStG ein Steuerpflichtiger die Vermögensübersicht (Bilanz) auch nach der Einreichung beim Finanzamt ändern, soweit die Bilanz gravierende Fehler enthält und damit den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung nicht entspricht. Ein Bilanzansatz ist dabei fehlerhaft, wenn er objektiv gegen ein handelsrechtliches oder steuerrechtliches Bilanzierungsgebot oder –verbot verstößt und der Steuerpflichtige diesen Verstoß nach den im Zeitpunkt der Bilanzerstellung bestehenden Erkenntnismöglichkeiten über die zum Bilanzstichtag gegebenen objektiven Verhältnisse bei pflichtgemäßer und gewissenhafter Prüfung erkennen konnte. Dies wird im vorliegenden Fall nicht gegeben sein, da bis zum 14. Dezember 2010 die Tarifunfähigkeit der CGZP nicht feststand.

Auch kann unter Umständen eine Geschäftsführerhaftung eintreten, wenn entsprechende Rückstellungen versäumt wurden. Zu berücksichtigen ist auch der Straftatbestand der Insolvenzverschleppung gem. § 15a InsO.

b. Für die Einsatzunternehmen?

Aufgrund der gesetzlichen Haftung gem. § 28e Abs. 2 SGB IV können auch beim Entleiher die Voraussetzungen zur Bildung von Rückstellungen nach § 249 HGB gegeben sein. Dies ist insbesondere dann angebracht, wenn mit hinreichend hoher Wahrscheinlichkeit beim Verleihunternehmen die Bildung von Rückstellungen zur Nachentrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen im Ergebnis zu negativem Eigenkapital führt und zudem eine negative Geschäftsfortführungsperspektive besteht, die zur Insolvenz des Verleihers führt.

Zu prüfen wäre daher von Entleihunternehmen, ob und in welchem Ausmaß mit durch den BAG-Beschluss betroffenen Verleihfirmen Verträge abgeschlossen wurden und wie wahrscheinlich der Eintritt der Haftung nach § 28e Abs. 2 SGB IV ist. Sofern dies mit großer Wahrscheinlichkeit der Fall ist, sind Rückstellungen auf Basis einer gewissenhaften, kaufmännischen Schätzung auch beim Entleihunternehmen zu bilden.

III. Hat das Verfahren Auswirkungen auf die Diskussion zur Tarifeinheit?

Nein, die Entscheidung zur Tariffähigkeit der CGZP hat erwartungsgemäß keine Auswirkung auf die Diskussion zur Tarifeinheit. Die Entscheidung betrifft ausschließlich die Frage, unter welchen Bedingungen die Tariffähigkeit einer Spitzenorganisation gegeben ist und berührt nicht die Frage der Sozialmächtigkeit. Der Beschluss ist für die Diskussion über die Tarifeinheit daher nicht relevant.