

Prof. Dr. Volker Rieble

CGZP-Tarifunfähigkeit und Vertrauensschutz

CGZP-Tarifverträge sind von Anfang an unwirksam. Sagt das BAG im Mai 2012. In vielen vor allem sozialrechtlichen Verfahren wird nun um Vertrauensschutz für die Anwender der CGZP-Tarifverträge gestritten, die jedenfalls vor dem 14.10.2010 nicht wussten, dass ihr Tarifvertrag „schon immer“ unwirksam gewesen sei und sie deshalb auf der Basis der Einsatzentgelte („equal pay“) hätten entlohnen und verbeitragen müssen. Schon deutschrechtlich ist Vertrauensschutz auf mehreren Ebenen separat zu prüfen. Hinzu kommt eine neue und europäische Dimension, weil die Leiharbeitsrichtlinie die Zeitarbeit als Branche insbesondere mit einem rückwirkungsfeindlichen Transparenzgebot schützt.

I. Rückwirkende Verschärfung der Tariffähigkeitsanforderungen

Das BAG hat am 14.10.2010 neue Anforderungen an die Tariffähigkeit eines Spitzenverbandes entwickelt und daran die CGZP scheitern lassen.¹ Es meint, Spitzenverbände (auf Gewerkschaftsseite) müssten ihre „Tarifmacht“ stets unbeschränkt auf den Spitzenverband delegieren. Das steht nicht im TVG und ist nie zuvor diskutiert worden. Auch hat das BAG die Frage, wofür denn die Mitgliedsgewerkschaften tarifzuständig sind, in eigener Analyse beantwortet und nicht – wie dies § 97 Abs. 5 S. 1 ArbGG verlangt – ausgesetzt. Die Tarifzuständigkeit der Mitgliedsgewerkschaften ist nach dem BAG entscheidungserhebliche Vorfrage. Aber das war dem BAG „wurscht“; die CGZP sollte weg – irgendwie, auch auf krummen Wegen.² Wer einen Willen hat, findet einen Weg. Tarifrechtlich ist diese „Neuerung“ nicht durchdacht,³ nicht zuletzt weil das BAG Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit vermengt. Das LAG Berlin-Brandenburg hat diese „Erkenntnis“ auf die Vergangenheit erstreckt⁴ und jeden Vertrauens- und Rückwirkungsschutz verworfen:

„Soweit die Beschwerdeführer vortragen, sie hätten auf die bisherige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts vertraut, liegt ebenfalls kein Verstoß gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes aus Art. 20 Abs. 3 GG vor. Abgesehen davon, dass sogar die Änderung einer ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes grundsätzlich dann unbedenklich ist, wenn sie hinreichend begründet ist [...] und sich im Rahmen einer vorhersehbaren Entwicklung hält [...], hat das Bundesarbeitsgericht mit seinem Beschluss vom 14.12.2010 seine Rechtsprechung nicht geändert. (aa) Die hier aufgeworfene Frage der Ableitung der Tariffähigkeit einer Spitzenorganisation von der Tariffähigkeit ihrer Mitgliedsverbände war bis zum Beschluss des BAG vom 14.12.2010 noch nicht Gegenstand höchstrichterlicher Entscheidungen. Von einer bislang ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung zu dieser Frage ist das Bundesarbeitsgericht in seinem Beschluss vom 14.12.2010 deshalb nicht abgewichen. [...] (cc) Die Feststellung der Tarifunfähigkeit zu den hier verfahrensgegenständlichen Zeitpunkten ist daher ein reiner Anwendungsfall der Auslegung des § 2 TVG, kein rückwirkender Eingriff in abgeschlossene Lebenssachverhalte.“

Das BAG hat die Nichtzulassungsbeschwerde gegen diesen Entscheid am 22.5.2012 zurückgewiesen⁵ und einen Tag später, in einem Individualstreit um eine Aussetzung „erkannt“, dass die auf drei benannte Tage der Vergangenheit beschränkte Entscheidung des LAG nun auch rechtskräftig für einen umfassenden Vergangenheitszeitraum wirke: „Der vom Landesarbeitsgericht entschiedene Streitgegenstand geht über die drei konkreten Zeitpunkte hinaus, für die es das Fehlen der Tariffähigkeit der CGZP festgestellt hat.“⁶ Das ist erstaunlich, weil der den Verfahrensgegenstand definierende Antrag auf diese drei Tage beschränkt gewesen ist, womit das BAG die Antragsbindung (ne ultra petita, §§ 80 Abs. 2, 46 Abs. 2 ArbGG, § 308 ZPO) ignoriert. Überdies konnte das LAG Berlin-Brandenburg nicht umfassend über jenen Vergangenheitszeitraum entscheiden, weil zuvor schon ein anderes Verfahren für andere punktuelle Tage eingeleitet worden war – auch vor dem ArbG Berlin und dem LAG Berlin-Brandenburg. Auf das Problem anderweitiger Rechtshängigkeit hat das LAG explizit hingewiesen:

„Die Streitgegenstände des vorliegenden und des anderen Verfahrens 63 BV 9415/08 sind nicht identisch. [...] Streitgegenstand des Verfahrens 63 BV 9415/08 ist (nur noch) die Tariffähigkeit der CGZP bei Abschluss des „Entgelttarifvertrages West“ mit der Tarifgemeinschaft für Zeitarbeitsunternehmen in der BVD am 22.7.2003, nachdem die weiteren Anträge (rechtskräftig) zurückgewiesen worden sind. Im vorliegenden Verfahren geht es dagegen um die Tariffähigkeit zu den konkreten Zeitpunkten 29.11.2004, 19.6.2006 und 9.7.2008.“

Das BAG hat dies nicht interessiert. Noch erstaunlicher ist es, dass das BAG eine zeitliche Rechtskrafterweiterung in einem Individualverfahren erklärt, obschon dies dem Statusverfahren nach § 97 ArbGG unter Beteiligung der Betroffenen vorbehalten ist. Aber das erstaunt nur den Juristen. Wer sozialpolitisch denkt, dem ist jede Intervention recht.

Hier sollen uns nicht diese „Ungereimtheiten“ interessieren, sondern vor allem die entscheidende und komplizierte⁷ Frage: Durfte die Rechtsprechung nachträglich rückwirkend die Anforderungen an die Tariffähigkeit gewerkschaftlicher Spitzenorganisationen verschärfen, damit ebenso rückwirkend sämtliche CGZP-Tarifverträge vernichten, damit wiederum den Equal-pay-Grundsatz der Arbeitnehmerüberlassung aktivieren und so erhebliche Nachforderungen von Lohn und Sozialversicherungsbeiträgen auslösen. Zu den einfachrechtlichen Fragen solcher Nachforderungen (Ausschlussfristen, Beitragsermittlung⁸)

1 BAG, 14.12.2010 – 1 ABR 19/10, BB 2011, 827, NZA 2011, 289. Hiergegen ist Verfassungsbeschwerde eingelegt: 1 BvR 1104/11. Verfasser ist verfahrensbevollmächtigt.

2 Dazu Giesen, FAArbR 2012, 226.

3 Zur Kritik eingehend und m. w. N. Löwisch/Rieble, TVG, 3. Aufl. 2012 § 2 Rn. 295 ff.

4 LAG Berlin-Brandenburg, 9.1.2012 – 24 TaBV 1285/11 u. a., BB 2012, 1733.

5 1 ABN 27/12 – BB-Entscheidungsreport Bissels, BB 2012, 1471. Auch hiergegen ist Verfassungsbeschwerde eingelegt: 1 BVR 2314/12. Verfasser ist verfahrensbevollmächtigt.

6 BAG, 23.5.2012 – 1 AZB 58/11, NZA 2012, 623.

7 Erstaunlich schlicht in Verständnis und Zugriff die „Ausarbeitung“ des wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestags, Tariffähigkeit der CGZP und die Rechtsfolgen (Juli 2012), abrufbar unter: www.bundestag.de/dokumente/analysen/2012/CGZP.pdf (Abruf: 27.10.2012).

8 Dazu nur LSG Rheinland-Pfalz, 21.6.2012 – L 6 R 172/12 B ER – n. v.

soll hier nichts gesagt werden. Dazu laufen zahlreiche Rechtsstreitigkeiten vor den Arbeits- und den Sozialgerichten.⁹ Es geht um die Frage, ob eine nachträglich rückwirkende Rechtserkenntnis, die auf richterrechtlich geschaffenen neuen Rechtsregeln fußt, rückwirkende Entgelt erhöhungen für abgeschlossene Erwerbsvorgänge schaffen darf – die für die betroffenen Unternehmen in die Existenzvernichtung (Insolvenz) führen können, weil rückwirkend Entgelt- und Beitragsforderungen in beträchtlicher Höhe „geschaffen“ werden.¹⁰

II. Deutschrechtlicher Vertrauensschutz

1. Rückwirkendes Richterrecht und Art. 20 Abs. 3 GG

a) Grundsatz

Rechtsprechungsänderungen für die Zukunft sind weithin zulässig und beeinträchtigen den Vertrauensschutz nicht. Niemand darf darauf vertrauen, dass alles bleibt, wie es ist. Dementsprechend ist die Verschärfung der Tariffähigkeitsanforderungen für die Zukunft nicht unter Vertrauensschutzaspekten angreifbar. Das hat das BVerfG gerade anhand des richterlichen Arbeitskämpfrechts mit eher lauer Begründung entschieden¹¹ und 2009 für den scharfen Fall der strafrechtswirksamen Rügeverkümmung durch Protokollberichtigung betont:¹²

„Höchststrichterliche Rechtsprechung ist kein Gesetzesrecht und erzeugt keine damit vergleichbare Rechtsbindung. Eine in der Rechtsprechung bislang vertretene Gesetzesauslegung aufzugeben, verstößt nicht als solches gegen Art. 20 Abs. 3 GG. Die über den Einzelfall hinausreichende Geltung fachgerichtlicher Gesetzesauslegung beruht allein auf der Überzeugungskraft ihrer Gründe sowie der Autorität und den Kompetenzen des Gerichts. Es bedarf nicht des Nachweises wesentlicher Änderungen der Verhältnisse oder der allgemeinen Anschauungen, damit ein Gericht ohne Verstoß gegen Art. 20 Abs. 3 GG von seiner früheren Rechtsprechung abweichen kann. Die Änderung einer ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung ist auch unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes grundsätzlich dann unbedenklich, wenn sie hinreichend begründet ist und sich im Rahmen einer vorhersehbaren Entwicklung hält [...] Soweit durch gefestigte Rechtsprechung ein Vertrauenstatbestand begründet wurde, kann diesem erforderlichenfalls durch Bestimmungen zur zeitlichen Anwendbarkeit oder Billigkeitserwägungen im Einzelfall Rechnung getragen werden.“

Hier aber geht es um eine Rechtsprechungsänderung mit Wirkung für die Vergangenheit. Die CGZP soll ja „schon immer“ tarifunfähig gewesen sein, „auch im zeitlichen Geltungsbereich ihrer Satzungen vom 11.12.2002 und vom 5.12.2005“.¹³ Tarifdogmatisch müssten also ihre die Entgeltgleichstellung abbedingenden Tarifverträge ebenso immer schon unwirksam gewesen sein, weil jeder Tarifvertrag zu seiner Wirksamkeit die Tariffähigkeit seiner Tarifparteien im Abschlusszeitpunkt voraussetzt.

Nun kann man erwägen, Rückwirkungsschutz vor neuer Rechtsprechung prinzipiell zurückzufahren: Gerichte entscheiden typischerweise über vergangene Sachverhalte und hätten das von ihnen „erkannte“ richtige Recht schon wegen der Gesetzesbindung notwendig auch in der Vergangenheit anzuwenden.¹⁴ Auch ist jede Norm mit einer gewissen Unschärfe verbunden, so dass es kein Vertrauen in petrifizierte Rechtsprechung geben könne. Das ist freilich zirkulär, wenn das Richterrecht vorwiegend Willens- und nicht Erkenntnisakt ist – wenn es sich also um gesetzesvertretendes Richterrecht handelt. Auch wenn

höchststrichterliche Rechtsprechung schon aus formalen und legitimatorischen Gründen kein Gesetzesrecht sein kann, wirkt es doch auf den Norm- und Entscheidungsadressaten wie dieses. Erfindet der Richter neues Recht oder neue „Erkenntnis“, so schafft er selbst das Recht, an welches er nach Art. 20 Abs. 3 GG gebunden sein will.

Stellen wir uns umgekehrt vor, der Gesetzgeber schüfe ein Gesetz, das die Tariffähigkeit von Spitzenorganisationen so regelt, wie dies das BAG im Sinn hat. Dürfte dieses Gesetz rückwirkend die Anforderungen an die Tariffähigkeit verschärfen und dadurch Tarifverträge in der Vergangenheit ohne jeden Vertrauensschutz vernichten? Wohl kaum. Wenn nun das Richterrecht als weniger legitimierte Regelungsform darf, was dem Gesetz verwehrt ist, ist das nicht bloß widersprüchlich und funktionswidrig. Das schüfe vor allem einen Anreiz, Regelungsvorhaben in das Richterrecht zu verschieben. Im Arbeitsrecht als Recht gleich geordneter Grundrechtsträger greift ja praktisch ohnehin kein Parlamentsvorbehalt,¹⁵ so dass das BAG schalten und walten kann. Wenn man dann auch noch weiß, dass die Senate des BAG keineswegs in Klausur und intellektueller Unabhängigkeit tagen, sondern in sozialpolitischen Hintergrundzirkeln die Lösung wichtiger Gegenwartsfragen diskutieren, dann kann man *Rüthers*' wütendes Wort vom „oligarchischen Richterstaat“, der Gesetzen nicht dient, sondern diese überwindet¹⁶ – zumindest nachvollziehen. Für das BMAS jedenfalls ist es unter diesem Vorzeichen weitaus „praktischer“, kein Gesetzesvorhaben zu betreiben, das mühsam im Parlament diskutiert und mehrheitsfähig gemacht werden müsste, sondern „diskursiven Einfluss“ auf das Bundesarbeitsgericht zu nehmen und durch „Anregungen“ und „Verhaltensabstimmungen“ dafür zu sorgen, dass die richtigen Verfahren zum richtigen Gericht kommen und dort für neues und richtiges Recht sorgen. Mitunter sollen Richter gar selbst anregen, dass ihnen bestimmte Fragen unterbreitet werden, damit jene mit richterlicher Frischekompetenz entschieden werden können. Nur Demokratietheoretiker sehen hier ein Problem. Jeder Physiker bewundert das *perpetuum mobile*,¹⁷ welches selbst die intellektuelle Energie erzeugt, die es zu eigener Bewegung benötigt.

b) Hier: echte, harte Rückwirkung

Die unechte Rückwirkung zeitigt als tatbestandliche Rückanknüpfung Rechtsfolgen nur in Gegenwart und Zukunft und deshalb nur gemäßigten Vertrauensschutz (Dispositionsschutz für das eigene vergangene Verhalten). Das hat das BVerfG gerade für die „rückwirkende“ Neuregelung des versorgungsrechtlichen Ruhegehaltssatzes entschieden – mit der Fallbesonderheit, dass diese zuerst vom BVerwG richterrechtlich entwickelt und sodann vom Gesetzgeber rückwirkend auf

⁹ Statt vieler LAG Nürnberg, 2.5.2012 – 2 Sa 516/11 – juris, Revision 5 AZR 541/12; LAG Baden-Württemberg, 27.8.2012 – 9 Sa 187/11 – juris, Revision 5 AZR 832/12. SG Mainz, 22.3.2012 – 5 11 R 160/12 ER – juris; LSG Schleswig-Holstein, 20.4.2012 – L 5 KR 9/12 B ER – juris. Eine Übersicht findet der, der bei juris schaut, welche Entscheidungen die CGZP-Entscheidung des BAG zitieren. Allerdings haben manche Entscheidungen den Weg zu juris noch nicht gefunden.

¹⁰ *Giesen/Rieble*, Zeitarbeit im Zangengriff, FAZ v. 22.7.2011, S. 12 (Die Ordnung der Wirtschaft): Beitragsnachforderung als „staatlich organisierte Schutzgelderpressung“ abrufbar unter: www.faz.net/themenarchiv/wirtschaft/arbeitsmarkt-und-hartz-iv/gewerkschaften-zeitarbeit-im-zangengriff-11114149.html (Abruf: 28.10.2012).

¹¹ BVerfG, 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212, 227, BB 1991, 1565, NZA 1991, 809, 810.

¹² BVerfG, 15.1.2009 – 2 BvR 2044/07 – BVerfGE 122, 248, NJW 2009, 1469, Rn. 85.

¹³ BAG, 23.5.2012 – 1 AZB 58/11, NZA 2012, 623, Ls 2.

¹⁴ *Bracker*, NJW 2012, 2996.

¹⁵ BVerfG, 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212, BB 1991, 1565, NZA 1991, 809.

¹⁶ *Rüthers*, JZ 2002 365; später mehrfach aufgefrischt, etwa *Rüthers*, Fortgesetzter Blindflug oder Methodendämmerung der Justiz, JZ 2008, 446. Zur vermeintlichen Gesetzesbindung des BVerfG: *Rieble*, NJW 2011, 819.

¹⁷ *BlöBe* Metapher. Dass Richter nicht nur juristische, sondern auch ökonomische oder gar physikalische Gesetze wie den ersten Hauptsatz der Thermodynamik überwinden könnten, wird nicht behauptet.

die Richterrechtsänderung bezogen worden ist.¹⁸ Demgegenüber bewirkt die harte echte Rückwirkung Rechtsfolgenänderungen in der Vergangenheit und für abgeschlossene Tatbestände, auch wenn sich diese wegen der Rechtsänderung nur ex nunc auswirken können. Diese „Rückbewirkung von Rechtsfolgen“ ist nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG verfassungsrechtlich grundsätzlich unzulässig, wenn sie nicht ausnahmsweise durch zwingende Belange des Gemeinwohls gerechtfertigt werden können.¹⁹

Dass der rückwirkende Entzug der Tariffähigkeit eine Rechtsfolgenänderung in der Vergangenheit auslöst und in die bereits abgeschlossenen arbeitsvertraglichen Erwerbsvorgänge eingreift, lässt sich nicht bestreiten. Für die erstmalige Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags ist dementsprechend vom BAG anerkannt, dass sie nicht zurückwirken darf.²⁰ Darf das BAG intensiver in die Vergangenheit eingreifen als das BMAS? Man stelle sich den spiegelbildlichen Fall eines Tarifvertrages vor, der nicht besseres Gesetzesrecht zu Lasten der Arbeitnehmer abbedingt, sondern ihnen Rechte verschafft. Sollte eine neue Anforderung an die Tariffähigkeit dann Arbeitnehmer um den in der Vergangenheit bereits verdienten Lohn bringen und sie (wenigstens theoretisch) Rückzahlungsansprüchen aussetzen dürfen? Das widerstrebt jedem. Ein Unterschied lässt sich nur machen, wenn man die CGZP und ihre Mitgliedsgewerkschaften, aber auch die deren Tarifverträge anwendenden Arbeitgeber aus sozialpolitischen und gesinnungsethischen Gründen als Rechtsträger zweiter Klasse ohne vollwertigen Vertrauensschutz begreift.

c) Schutzwürdiges Vertrauen?

Die zentrale Frage sitzt anderswo: Durfte die CGZP und durften die deren Tarifverträge anwendenden Unternehmen auf die Tariffähigkeit der CGZP vertrauen? Vertrauensschutz kann es nur dort geben, wo Vertrauen existiert und dieses nicht „blind“, sondern schutzwürdig, also berechtigt ist. Wer die Frage so pauschal stellt, kann und muss jeden Vertrauensschutz verneinen: Die Tariffähigkeit der CGZP war umstritten – schon mit Blick auf die Mächtigkeit ihrer Mitgliedsgewerkschaften, die wegen geringer Mitgliederzahl angegriffen werden. Nur zur Erinnerung: Selbst die CGM als bedeutendste Mitgliedsgewerkschaft ist vom BAG 2006 bestätigt worden,²¹ so dass die CGZP zuvor schon deshalb auf wackeligen Füßen stand. Eng damit zusammen hängt der Satz des BAG, es gebe keinen guten Glauben in die Tariffähigkeit.²²

Nur: Vertrauensdefizite dürfen nicht pauschal diagnostiziert werden, sonst könnte jeder punktuelle Rechtsangriff dem Angegriffenen jedwede Vertrauensposition nehmen. Man muss also schutzzweckbezogen fragen: Mussten die Tarifbetroffenen damit rechnen, dass das BAG diese Tariffähigkeit durch eine völlig neue, von niemandem zuvor behauptete oder vorgeschlagene Anforderung (zur Erinnerung: Erfordernis vollständiger Delegation der Tarifmacht, die der Spitzenorganisation jedes Recht auf eine eigene satzungsautonom verengte Tarifzuständigkeit nimmt) beseitigt? So gestellt kann man die Frage nur verneinen. Dass es keinen guten Glauben in die Tariffähigkeit gibt, betrifft also nur die Faktizität ihrer Tatbestandsmerkmale (wie Mächtigkeit) – gilt aber nicht für diejenigen Rechtsregeln, die die Anforderungen an die Tariffähigkeit definieren.

Eben drum haben LAG und BAG eine andere Variante der Vertrauensverneinung gewählt: Das BAG habe zuvor in dieser speziellen Frage gar nichts entschieden. Also habe es kein Vertrauen in eine bestehende Rechtsprechung gegeben. Vertrauensschutz also nur vor Änderungen einer gefestigten Rechtsprechung – im Übrigen aber ein ver-

fassungsrechtlicher Kaperbrief zur echten Rückwirkung? Im Sinne dieses rabulistischen Kunstgriffes lässt sich in der Tat eine Sentenz des BVerfG verstehen: „Schutzwürdiges Vertrauen in eine bestimmte Rechtslage auf Grund höchstrichterlicher Entscheidungen kann daher in der Regel nur bei Hinzutreten weiterer Umstände, insbesondere bei einer gefestigten und langjährigen Rechtsprechung entstehen.“²³ Oder „Ein Vertrauenstatbestand lag bereits mangels gefestigter Rechtsprechung nicht vor.“²⁴

In den Bestand einer richterlichen Nichtregelung oder nur einer nur punktuellen Rechtsprechung kann es also kein Vertrauen geben? Methodisch ist dagegen einiges einzuwenden:

- Erstens disponiert der Normadressat auch mit Blick auf Nichtregelungen. Er vertraut also darauf, dass ein bestimmtes Verhalten erlaubt oder wirksam ist, weil es nicht verboten oder beanstandet ist. Niemand ist in der Lage, das umfassende Rechtsrisiko zu tragen, müsste er jedwede Innovationslust der Bundesgerichte in seine Rechnung einstellen. Kein Vertrag und keine Realhandlung wäre in ihrem rechtlichen Urteil auch nur annähernd vorhersehbar. Deshalb muss das Erfindungsrecht der Höchstgerichte auch hier seine Grenzen in der Vorhersehbarkeit finden.
- Zweitens erwächst dem Richter seine Rechtsänderungsmacht gerade dadurch, dass der Gesetzgeber schweigt. Jedenfalls elementare Änderungen, die von ihrem Bedeutungsgehalt ebenso gut durch Gesetz erfolgen könnten, dürfen nicht mit einem Minus an Vertrauensschutz verbunden sein.
- Drittens enthält jeder Tarifvertrag kraft einfach-rechtlicher Anordnung Rechtsnormen (§§ 1 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG), weswegen das Vertrauen in Normgeltung und Normbestand besonderen Schutz genießt. Arbeitnehmer und Arbeitgeber müssen sich darauf verlassen können, dass Tarifverträge nicht „einfach so“ durch richterlichen Meinungsumschwung entfallen können und dadurch die Bedingungen bereits geleisteter Arbeit umgewertet werden können. Während der Tarifvertrag als Rechtsnorm durchweg den Rückwirkungsgrenzen für Gesetze unterworfen ist,²⁵ soll also auf der Meta-Ebene des Tarifvertragsrechts und damit auch der Anforderungen an die Tariffähigkeit nahezu beliebige Rückwirkungskompetenz greifen? Das ist widersprüchlich, weil die Normadressaten der richterlichen Beseitigung eines Tarifwerks oder einer Tarifnorm stärker ausgeliefert sind, als der rückwirkenden Änderung des Tarifvertrags durch Tarifparteien.

2. Einfachrechtlicher Vertrauensschutz

Das BVerfG sagt selbst (und zu eigener Entlastung), dass Vertrauensschutz auch einfachrechtlich, insbesondere durch „Billigkeitserwägungen im Einzelfall“ erfolgen könne (und ggf. müsse).

a) Tarifrechtlicher Vertrauensschutz

Tarifrechtlicher Vertrauensschutz wird zuerst durch die erga-omnes-Wirkung rechtskräftiger Entscheidungen nach § 97 ArbGG gewährleistet: Wer fälschlich als tariffähig qualifiziert wurde, bleibt dies, bis die Rechtskraft endet.²⁶

18 BVerfG, 2.5.2012 – 2 BvL 5/10, NVwZ 2012, 876.

19 Nachweise bei BVerfG, 2.5.2012 – 2 BvL 5/10, NVwZ 2012, 876, Rn. 72.

20 BAG, 3.11.1982 – 4 AZR 1255/79, AP Nr. 18 zu § 5 TVG.

21 BAG, 28.3.2006 – 1 ABR 58/04, BB 2006, 2304, NZA 2006, 1112.

22 BAG, 15.11.2006 – 10 AZR 665/05, BB 2007, 268, NZA 2007, 448, Rn. 23.

23 BVerfG, 2.5.2012 – 2 BvL 5/10, NVwZ 2012, 876, Rn. 81.

24 BVerfG, (Kammer), 16.5.2011 – 2 BvR 1230/10 – juris, Rn. 17.

25 Dazu Löwisch/Rieble (Fn. 3), § 1 Rn. 870 ff. m. w. N.

26 Dazu m. w. N. Löwisch/Rieble (Fn. 3), § 2 Rn. 596 ff.

Eine Sonderform einfachrechtlichen Vertrauensschutzes schlägt *Henssler* vor: den fehlerhaften Tarifvertrag.²⁷ Gesellschaftsrecht und Arbeitsvertragsrecht lassen rechtsgeschäftliche Mängel der ursprünglichen Einigung nicht durchschlagen, wenn die „fehlerhafte Gesellschaft“ oder der „fehlerhafte Arbeitsvertrag“ in Vollzug gesetzt worden sind. Daraus entwickelt er ein Konzept des fehlerhaften Dauerschuldverhältnisses, das er auf den Tarifvertrag als Dauerregelungsverhältnis zum Vertrauensschutz der Normunterworfenen übertragen will. Mithin kann dessen Unwirksamkeit nurmehr für die Zukunft, also ex nunc geltend gemacht werden. Damit stellt sich *Henssler* (mit breiterem Ansatz) gegen den Satz des BAG, wonach die aus fehlender Tariffähigkeit erwachsenen Nichtigkeitsfolgen gerade nicht durch guten Glauben überwunden werden können.²⁸ Immerhin verfolgt das Tarifrecht dieses Konzept schon jetzt in einem singulären Punkt: Wird eine zum Tarifvertrag führende Willenserklärung angefochten, soll das entgegen § 142 Abs. 1 BGB nicht zurückwirken, sondern (wie im Arbeitsverhältnis) nur ex nunc möglich sein.²⁹

Gegen das umfassende Konzept *Henssler*s streiten ein formales und zwei materiale Argumente: Bezogen auf Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit setzt die Aussetzungspflicht des § 97 Abs. 5 S. 2 ArbGG gerade voraus, dass deren Fehlen und die dadurch bedingte Unwirksamkeit des Tarifvertrags eine vorgreifliche Rechtsfrage für den auszusetzenden Individualprozess ist. Griffe der „fehlerhafte Tarifvertrag“, wäre es um die Vorgreiflichkeit jedenfalls in den meisten Fällen geschehen: Trotz fehlender Tariffähigkeit wäre doch der Tarifvertrag zunächst wirksam, weswegen keine Aussetzung angezeigt ist.

Vor allem aber greifen die funktionalen Schutzzwecke der verwandten Rechtsfiguren nicht: Die fehlerhafte Gesellschaft reagiert vor allem darauf, dass Gesellschaftsrecht Organisationsrecht ist und eine in Vollzug gesetzte Organisation grundsätzlich nicht rückabgewickelt werden kann, sondern nur abzuwickeln ist. Das fehlerhafte Arbeitsverhältnis will den Arbeitnehmer davor bewahren, dass ihm in seiner faktischen Arbeitsleistung die rechtliche Grundlage insgesamt fehlt. Auf den Tarifvertrag lässt sich das nicht übertragen: Er schafft Organisationsrecht allenfalls für gemeinsame Einrichtungen (§ 4 Abs. 2 TVG) und er begründet selbst keine Arbeitsverhältnisse. Für das „Wie“ der Arbeitsbedingungen ist das fehlerhafte Arbeitsverhältnis grundsätzlich nicht gedacht. Der Tarifvertrag aber regelt Arbeitsbedingungen und bringt keine Arbeitsverhältnisse zustande. Ist er nichtig, bewendet es bei den arbeitsvertraglichen Regelungen, die durch das gesetzliche Arbeitnehmerschutzrecht korrigiert werden (etwa Lohnwucher, Arbeitszeitrecht, Mindesturlaub etc.).

Schließlich: Als Rechtsfortbildung dürfen die fehlerhaften Vertragsverhältnisse nicht entscheidend gegen zentrale Schutznormen verstoßen: Sie dürfen Minderjährige nicht verpflichten und keine sittenwidrigen oder gesetzwidrigen Inhalte zur Geltung bringen. Insofern ist zu bedenken: Die Anforderungen an die Tariffähigkeit schützen vor allem Arbeitnehmer davor, dass unzureichend „ausgestattete“ Arbeitnehmervereinigungen mit Tarifmacht ihre Arbeitsbedingungen prägen. Lässt man deren Tarifverträge auch nur zeitweise „gelten“, so könnten solche „Scheintarifverträge“ erstens tarifdispositives Gesetzesrecht abbedingen, die Arbeitnehmer zweitens mit unzureichenden materiellen Arbeitsbedingungen versorgen und sie drittens vom Eintritt in eine richtige Gewerkschaft abhalten. Man stelle sich nur etwa vor, eine „gelbe Gewerkschaft“, die vom Arbeitgeber finanziert und korrumpiert ist und der die Gegnerunabhängigkeit fehlt, würde in ihrem Tarifgebaren auf diese Weise „vorerst“

geschützt. Damit würde eine Elementarwertung des Tarifrechts außer Kraft gesetzt.

b) Individualrechtlicher Vertrauensschutz

Daneben gewährleisten die dreijährige Regelverjährung und deutlich kürzere Ausschlussfristen begrenzten Schutz vor Nachforderung; die Entreicherung des § 818 Abs. 3 BGB bewahrt weithin vor Rückforderungen.

c) Sozialrechtlicher Vertrauensschutz

Sozialrechtlich wird Vertrauensschutz auf drei Ebenen gewährt. Zuerst begrenzt die vierjährige Verjährung Beitragsnachforderungen; Ausschlussfristen im Tarifvertrag oder im Arbeitsvertrag haben dagegen keine Wirkung zu Lasten der Beitragsgläubiger.

Zweiter Ansatz ist die Bestandskraft vorbehaltloser Prüfbescheide als begünstigender Verwaltungsakt, der vor Nachforderungen im Prüfzeitraum bewahrt. Wenn die Betriebsprüfung in der Vergangenheit die Anwendung der CGZP-Tarife nicht beanstandet hat, bleiben die Beitragsgläubiger hieran gebunden, bis der Verwaltungsakt nach § 45 SGB X zurückgenommen ist.³⁰ Vertrauensschutz aber schließt die Rücknahme für die Vergangenheit ganz aus oder schränkt das Rücknahmeerlassen ein, § 45 Abs. 2 und 4 SGB X. Ist es denkbar, dass der Prüfbescheid „auf Angaben beruht, die der Begünstigte vorsätzlich oder grob fahrlässig in wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig gemacht hat“? Die Tariffähigkeit der CGZP ist Rechtsfrage, zu der man keine falsche tatsächliche Angabe machen kann.

Soweit die letzte Prüfung länger zurückliegt, kommt der allgemeine sozialrechtliche Vertrauensschutz in Betracht: Auch Beitragsnachforderungen werden durch Vertrauensschutz und das Prinzip von Treu und Glauben (§ 242 BGB) begrenzt. In den Worten des BSG:³¹

„Auch im Beitragsrecht der Sozialversicherung erfordert Treu und Glauben, daß die Beitragspflichtigen – hier in der Regel die für die Beitragsberechnung und -abführung „in Dienst genommenen“ Arbeitgeber (BSGE 41, 297) – nicht für eine zurückliegende Zeit mit einer Beitragsnachforderung überrascht werden, die in Widerspruch steht zu dem vorangegangenen Verhalten der Verwaltung, auf dessen Rechtmäßigkeit sie vertraut hatten und vertrauen durften. Das gleiche gilt bei Änderungen einer höchstrichterlichen Rechtsprechung, von deren Maßgeblichkeit bisher nicht nur die Einzugsstellen der Beiträge, sondern auch die Beitragspflichtigen, insbesondere die selbst abrechnenden Arbeitgeber, ausgegangen waren und die sie deshalb ihrer Beitragsentrichtung zugrunde gelegt hatten. [...] Aber auch wenn ein Wohnheitsrecht noch nicht entstanden war, kann die geänderte Rechtsprechung nicht ohne weiteres auch auf Sachverhalte und Rechtsverhältnisse angewendet werden, die abgeschlossen in der Vergangenheit liegen und daher noch nach den Grundsätzen der bisher maßgebend gewesenen Rechtsprechung abgewi-

27 *Henssler/Höpfner/Orlowski*, Der CGZP-Beschluss des Bundesarbeitsgerichts und seine tarifrechtlichen Folgen, 2012; *Henssler*, in: Brand/Lembke (Hrsg.) Der CGZP-Beschluss des Bundesarbeitsgerichts, 2012, 19 ff.

28 BAG, 15.11.2006 – 10 AZR 665/05, BB 2007, 268, NZA 2007, 448, Rn. 23.

29 *Löwisch/Rieble* (Fn. 3), § 1 Rn 1340 m. w. N.

30 Vor allem: Mehrere Entscheidungen des LSG Bayern, etwa 18.1.2011 – L 5 R 752/08 – juris und 22.3.2012 – L 5 R 138/12 B ER – juris; LSG Schleswig-Holstein, 25.6.2012 – L 5 KR 81/12 B ER – n. v.

31 BSG, 18.11.1980 – 12 RK 59/79, BSGE 51, 31, Hervorhebung von mir; bestätigt durch BSG, 27.9.1983 – 12 RK 10/82 – BSGE 55, 297; keine Beitragsnacherhebung durch Korrektur einer Pauschalhebungspraxis; dazu *Krauskopf*, Zum Vertrauensschutz des Arbeitgebers bei Beitragsnachforderungen der Einzugsstelle, Die Beiträge 1982, 193; *Giesen*, Arbeits- und beitragsrechtliche Folgen der CGZP-Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts, 2011, S. 76 ff.; *ders.*, in: Brand/Lembke (Hrsg.) Der CGZP-Beschluss des Bundesarbeitsgerichts, 2012, S. 13, 122 ff.

ckelt worden sind. [...] In diesem Konflikt zwischen der Forderung nach Gesetzmäßigkeit der Verwaltung auf der einen Seite und dem Bedürfnis nach Vertrauensschutz des Bürgers auf der anderen Seite verdient der Gedanke des Vertrauensschutzes jedenfalls dann den Vorzug, wenn die Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes für den Bürger mit Nachteilen verbunden wäre, die über die bloße Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes hinausgehen. Das wird aber in der Regel für einen Arbeitgeber zutreffen, der Beiträge für eine länger zurückliegende Zeit nachzuzahlen hätte. Da er dann den Beitragsanteil der Arbeitnehmer meist nicht mehr von deren Lohn einbehalten könnte, schon weil sie inzwischen häufig aus dem Betrieb ausgeschieden sein werden (vgl. §§ 394f., 1397 RVO), müsste er ihn aus eigenen Mitteln tragen.“

Dabei gilt es aber zu beachten: Solcher Vertrauensschutz ist Einzelfallentscheidung im sozialrechtlichen Beitragsschuldverhältnis. Der mit einer Beitragsnachforderung konfrontierte Arbeitgeber muss also seine individuelle Schutzbedürftigkeit darlegen³² und kann gerade nicht abstrakt geltend machen, dass die Rechtsprechungsinnovation des BAG für alle überraschend gekommen sei. Die Sozialgerichte sind nicht berufen, anstelle des BAG über abstrakt-generellen Vertrauensschutz vor dessen tarifrechtlicher Rechtsprechung zu entscheiden. Umgekehrt scheidet jede abstrakte Verneinung des Vertrauensschutzes aus.

III. Vertrauensschutz durch europarechtliches Transparenzgebot?

All diese Fragen bedürfen deutschrechtlicher Prüfung, die deutlich intensiv und dogmatisch verläuft. Bislang unbeachtet blieb die Frage nach dem europarechtlich gebotenen Vertrauens- und Transparenzschutz. Zeitarbeit ist europarechtlich durch die Richtlinie 2008/104/EG vom 19.11.2008 „über Leiharbeit“ geregelt – damit greifen europarechtliche Anforderungen jedenfalls mit Ablauf der Umsetzungsfrist am 5.12.2011.

1. Rechtssicherheit und Transparenz als allgemeine Gebote zur Richtlinienumsetzung

Art. 288 Abs. 3 AEUV überlässt den Mitgliedstaaten Form und Mittel der Richtlinienumsetzung. Doch ziehen *effet utile* (Art. 4 Abs. 3 EUV) und das unionsrechtliche Transparenzgebot dem Mitgliedstaat Grenzen: So betont der EuGH, die Umsetzung müsse eine so „bestimmte, klare und transparente Lage schaffen, dass der Einzelne seine Rechte in vollem Umfang erkennen und sich vor den nationalen Gerichten auf sie berufen kann“. Das gelte besonders, wenn Angehörige anderer Mitgliedstaaten die genaue Tragweite einer Rechtsänderung nicht erkennen können.³³ Eben deshalb ist eine nur richtlinienkonforme Auslegung nicht hinreichend bestimmt, klar und transparent.³⁴ Ebenso betont der EuGH, dass Rechtssicherheit, Rückwirkungsverbot und das Verbot der Auslegung *contra legem* allgemeine Rechtsgrundsätze der Union sind.³⁵

2. Anforderungen der Leiharbeitsrichtlinie?

a) Schutzdimension

Die Leiharbeitsrichtlinie konkretisiert nicht nur (aber auch) die Dienstleistungsfreiheit³⁶ und ist deshalb nicht auf die grenzüberschreitende Leiharbeit beschränkt. Vielmehr ist sie ausweislich der Einleitungsformel als harmonisierte gemeinschaftsweite Arbeitsbedin-

gung nach Art. 137 Abs. 2 EGV (jetzt Art. 153 Abs. 2 AEUV) konzipiert. Sie bezweckt nicht nur den Schutz der Leiharbeitnehmer, sondern steht auch im Dienst des Flexicurity-Konzeptes zur wirtschaftlichen Belebung (Erwägungsgrund 9), unterstützt durch Zulassung der Leiharbeit die Arbeitnehmer in ihren differenzierten Arbeitsmarktbedürfnissen (Erwägungsgrund 11) und begrenzt zu diesem Ziel „Verbote oder Einschränkungen“ der Leiharbeit, schützt also gerade auch die Unternehmen durch Gewährleistung prinzipieller Überlassungsfreiheit.³⁷

Insoweit ließe sich fragen, ob diese Schutzdimension von der Ermächtigungsgrundlage gedeckt ist. Art. 153 AEUV steht im Dienst des Arbeitnehmer- und nicht des Unternehmerschutzes. Das gilt gerade für die Arbeitsbedingungen in Buchst. b. Indes genügt europarechtlich, dass sich solcher Unternehmensschutz mittelbar zugunsten der Arbeitnehmer auswirkt – diese Zwecksetzung belegt Erwägungsgrund 11 und der Verweis auf Nr. 7 der Gemeinschaftscharta der Sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, die Leiharbeit als reguläre Beschäftigungsform neben Vollzeit, Teilzeit, befristeter und Saisonbeschäftigung anerkennt. Eben darum betont Art. 2, dass die „Schaffung von Arbeitsplätzen“ und die „Entwicklung flexibler Arbeitsformen“ Ziel der Richtlinie ist und dass es hierfür einen „angemessenen Rahmen“ braucht. Außerdem: Mit der Richtlinie ist die Anwendbarkeit der Grundrechtecharta und damit von deren Unternehmerfreiheit (Art. 16) eröffnet.³⁸

b) Rückwirkende Entgelterhöhung als Quasi-Verbot

Die rückwirkende Auferlegung von Lohn- und Beitragspflichten kann in den gar nicht so seltenen Exzessfällen zur Existenzvernichtung von Unternehmen führen und wirkt damit gleich einer Verbotsmaßnahme gem. Art. 4 Abs. 1 Richtlinie, letztlich mit der Zielrichtung solche Unternehmen vom Markt zu nehmen, die die CGZP-Tarife angewandt hatten. Die Beitragsnacherhebung wirkt gleich einer Sondersteuer mit Erdrosselungswirkung. Objektiv strebt sie nach Marktberreinigung. Art. 4 Abs. 4 Leiharbeitsrichtlinie nimmt zwar nationale Anforderungen für Eintragung, Zulassung, Zertifizierung, finanzielle Garantie und Überwachung der Leiharbeitsunternehmen aus („unbeschadet“), doch dürfen solche Instrumente eben nicht dazu genutzt oder missbraucht werden, um ein unsachgerechtes Verbot zu inszenieren (*effet utile*).³⁹

Ordnet man die Beitragsnacherhebung solchermaßen ein, ist sie nicht zu rechtfertigen. Der nachträglich rückwirkende Tarifentfall, die damit verbundene Entgeltanhebung auf *equal-pay* und die hieran anknüpfende Beitragsnacherhebung dient schon nicht primär und effektiv dem Schutz der Arbeitnehmer, die in ihrer überwiegenden Mehrzahl nicht in den Genuss des erhöhten Entgeltes gelangen und

32 So gewährte das SG Duisburg, 18.1.2012 – S 21 R 1564/11 ER – juris Vertrauensschutz vor der CGZP-induzierten Nachforderung.

33 EuGH, 18.1.2001 – C-162/99 – Kommission/Italien, EuZW 2001, 187, Rn. 22.

34 Streinz/Schroeder, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 288 AEUV Rn. 95 m.w.N.

35 EuGH, 4.7.2006 – C-212/04 – Adeneler, NJW 2006, 2465, Rn. 110, jetzt EuGH 6.11.2012 – C-286/12 „Kommission/Ungarn“; weiter Petersen, EG-Richtlinienumsetzung und Übergangsgerechtigkeit – Fragen der Rückwirkung, der Kontinuität und der Systemgerechtigkeit (2008) 332 ff., 368 ff.; besonders zur rückwirkenden Richtlinienumsetzung 338 f.

36 In diese Richtung aber Giesen, Vorübergehend unklar, FA 2012, 66. Dazu, dass die Leiharbeit unter den Schutz der Dienstleistungsfreiheit fällt: EuGH, 10.2.2011 – C-307-309/09 – Vicoplus, EuZW 2011, 348, Rn. 27; Rieble/Latzel, Wirtschaftsförderung nach sozialen Kriterien, 2012, Rn. 243 ff.

37 Dazu Rieble/Vielmeier, EuZA 2011, 474, 482 f.

38 Rieble/Latzel (Fn. 35), Rn. 154 – Grundrecht auf Leiharbeit.

39 Rieble/Latzel (Fn. 35), Rn. 156; ähnlich Expert Group, Transposition of Directive 2008/104/EC on Temporary agency work, 2011 S. 33 (abrufbar unter: ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=6998&langId=en [Abruf: 27.10.2012]): „This implies that in order to be compatible with prevailing Union law, the national rules concerned [...] must be justified and proportionate to the aim to be achieved.“

deren aktuelle Arbeitsplätze durch die Nacherhebung bedroht werden. Die Beitragsnacherhebung dient zwar dem kohärenten Schutz der Sozialsysteme – trägt aber als Gesichtspunkt nur, wenn jedenfalls in der Rentenversicherung auch individuelle Anwartschaften finanziert würden. Davon kann derzeit angesichts pauschal geschätzter Nachforderung ohne individuelle Beitragszuordnung keine Rede sein. Vor allem aber ist eine solche Beschränkung nicht von hinreichend gewichtigen Gründen des Allgemeininteresses gedeckt: Zwar verlangt Art. 4 Abs. 1 Richtlinie (anders als die Grundfreiheiten) keine „zwingenden“ Gründe des Allgemeininteresses, sondern nur einfache. Aber diese müssen hinreichendes Gewicht haben, darauf gestützte Beschränkungen also geeignet und erforderlich sein,⁴⁰ und auch verhältnismäßig i. S. v. angemessen.⁴¹ Dass die umfassende Rückwirkung einer „überraschenden“ Rechtsprechungsinnovation einseitig zu Lasten der Verleiher geht, die verschuldensunabhängig mit einem existenzbedrohenden Nachzahlungsrisiko belegt werden – das ist zur Durchsetzung des Arbeitnehmerschutzes oder der ihnen dienenden Sozialversicherung nicht erforderlich, jedenfalls aber unangemessen.

c) Transparenzgebot als Element des „angemessenen Rahmens“

Die materielle Mindestgarantie der Leiharbeitsrichtlinie (Art. 2 i.V.m. Art. 4 Abs. 1) verlangt von jedem Mitgliedstaat, dass er für Leiharbeit einen „angemessenen Rahmen“ schafft – mit dem Ziel „zur Schaffung von Arbeitsplätzen und zur Entwicklung flexibler Arbeitsformen beizutragen“.⁴² Europarechtlich muss ein solcher Rahmen vor allem das Transparenzgebot wahren, also so klar und bestimmt sein, dass die Adressaten des Rechtsrahmens – Verleiher, Entleiher und Leiharbeiter – ihre Rechte und Pflichten dem geschriebenen Recht entnehmen können. Die Leiharbeitsrichtlinie formuliert das explizit für den hier nicht einschlägigen Fall des Art. 5 Abs. 4: Wenn der Staat in Ermangelung eines effektiven Tarifsystems auf dem Verwaltungswege vom Gleichstellungsgebot des Abs. 1 abweichen will, besteht die Gefahr willkürlicher Handhabung. Deshalb betont Unterabs. 2 S. 1 besonders: „Die in diesem Absatz genannten Regelungen müssen mit den gemeinschaftlichen Bestimmungen in Einklang stehen und hinreichend präzise und leicht zugänglich sein, damit die betreffenden Sektoren und Firmen ihre Verpflichtungen bestimmen und einhalten können.“ Damit ist aber keine Sondertransparenz gefordert. Die Norm wiederholt nur das allgemeine Transparenzgebot wegen der besonderen Gefahrenlage. Die Richtlinie sieht das zentrale Problem, dass sich Verleiher und Entleiher auf abgemilderte Gleichstellung in den wesentlichen Arbeitsbedingungen verlassen und durch eine andere Rechtslage zu ihrem Nachteil überrascht werden, also Nachforderungen gewärtigen müssen – insbesondere, wenn und weil der staatliche Dispens die Grenze eines „angemessenen Schutzniveaus“ (Art. 5 Abs. 4 Unterabs. 1 S. 1) verfehlt.

Dieses Sonderrisiko ist nicht auf den Fall des Abs. 4 beschränkt: Wenn autonome Tarifverträge nach Abs. 3 von der Gleichstellung abweichen, ist nicht minder Rechtssicherheit erforderlich, um einen „angemessenen“ und also transparenten Rahmen zu gewährleisten. Intransparente staatliche Eingriffe in das Tarifvertragssystem, von dem die Wirksamkeit der dispensierenden Tarifverträge abhängt, wirken ebenso gefährdend wie der intransparente staatliche Dispens selbst. Deshalb ist aufgrund des allgemeinen Transparenzgebotes auch für die in Deutschland praktizierte Tarifabweichung nach Art. 5 Abs. 3 Richtlinie hinreichende Erkennbarkeit gefordert.

Das Transparenzgebot schließt zwar nicht jede Rückwirkung aus, wirkt aber anders und partiell schärfer als der deutschrechtliche Vertrauensschutz, der normativ nach der „Berechtigung“ von Vertrauen fragt. Rückwirkendes Recht kann der Adressat grundsätzlich nicht kennen – weil es zum Zeitpunkt seiner Rückbezogenheit noch nicht existent war. Wer heute handelt, kann sein Tun nicht an der Rechtsprechung von morgen oder übermorgen ausrichten. Gleichwohl ist jeder Rechtsprechung als nachträglicher Erkenntnis über vergangene Sachverhalte Rückwirkung immanent und diese damit als Prinzip auch europarechtlich immanent gerechtfertigt. Es kommt auf die Grenze an. Sie hat der europäische Gerichtshof bislang nicht ausgelotet. Unter dem Blickwinkel der Transparenz ist es meiner Meinung nach vernünftig, auf die notwendige Unschärfe von allgemeinen Normen abzustellen: Das normale Konkretisierungsrisiko durch Rechtsprechung mutet der Rechtsstaat jedermann zu, auch aus europäischer Sicht. „Überraschend“ aber darf neues und rückwirkendes Recht nicht sein, weil niemand sein Handeln auf künftige Rechtsüberraschungen ausrichten kann. Mithin muss europarechtlich eine Grenze zwischen immanenter Normunschärfe und unzulässiger Überraschung gefunden werden. Auch kann eine an sich intransparente Rückwirkung ausnahmsweise im Dienst des *effet utile* gerechtfertigt sein – so wie das Beihilfeverbot den rückwirkenden Entzug des gewährten Vorteils in Durchbrechung des allgemeinen Vertrauensschutzes erzwingt.⁴³ Andererseits ist der *effet utile* kein Grund, die Bestandskraft europarechtswidriger Verwaltungsakte zu durchbrechen.⁴⁴ Zur prinzipiellen Grenzziehung ist der EuGH berufen, nicht die nationalen Gerichte. Sie müssen vorlegen. Mir scheint aber, dass die freirechtliche Erfindung neuer Rechtsregeln durch das BAG jenseits dieser Grenze liegt.

Darin liegt auch kein bedenklicher „Übergriff“ in das deutsche (richter)autonome Tarifrecht: Der Gesetzgeber ist selbst schuld, wenn er – ohne von der Richtlinie hierzu verpflichtet zu sein⁴⁵ – erstens überhaupt zur Gleichstellung verpflichtet und diese dann tarifdispositiv stellt und insofern die Betroffenen dem unkalkulierbaren Erfurter Richterrecht ausliefert.

3. Keine Anwendungssperre durch Art. 153 Abs. 5 AEUV

Richtigerweise sperrt Art. 153 Abs. 5 AEUV mit dem Koalitions- und Arbeitskämpfrecht jede tarifvertragsrechtliche Kompetenz.⁴⁶ Dementsprechend betont das BAG in der CGM-Entscheidung, dass deutsche Anforderungen an die Tariffähigkeit als Frage des Koalitionsrechts nicht am Europäischen Recht zu messen seien.⁴⁷ Das bedeutet indes keinen Freibrief für das BAG und sein Richterarifrecht, in der Zeitarbeit beliebige Kollateralschäden anzurichten, indem Zeitarbeitsarbeitsverträge, die Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie nutzen, beliebig und rückwirkend beanstandet werden. Wie der EuGH in den Entscheidungen *Viking Line* und *Laval* deutlich gemacht hat, dürfen Kampfmaßnahmen nach autonomem Recht der Mitgliedstaaten nicht darauf zielen, Grundfreiheiten zu beschränken. Das gilt erst recht für Tarifverträge

40 EuGH, 3.4.2008 – C-346/06 – Ruffert, EuZA 2008, 526 mit Anm. Seifert.

41 Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2010, Art. 34 AEUV Rn. 19; Calliess/Ruffert/Kingreen, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 34–36 AEUV Rn. 98; Rieble/Latzel (Fn. 35), Rn. 162 f.

42 Rieble/Latzel (Fn. 35), Rn. 160.

43 EuGH, 12.2.2008 – C-199/06 – CELF, EuZW 2008, 145.

44 BFH, 16.9.2010 – V R 57/09, BFHE 230, 504, RIW 2011, 86.

45 Thüsing/Stiebert, ZESAR 2012, 199, 200.

46 Calliess/Ruffert/Kreber (Fn. 40), Art. 153 AEUV Rn. 12; M. Weiss, FS Birk, 2008, S. 957, 958 f.; Löwisch/Rieble (Fn. 3), Grundl. Rn. 421 m. w. N.; a. A. Deinert, Der europäische Kollektivvertrag, 1999, S. 454 ff.

47 BAG, 28.3.2006 – 1 ABR 58/04, NZA 2006, 1112, Rn. 50.

und nationale Tarifvertragssysteme.⁴⁸ Der EuGH darf zwar nicht nationales Tarifvertragsrecht als solches beanstanden, wohl aber dessen Störungswirkungen in europäisch normierte Bereiche. Nur Bereiche, die „keine Berührung mit irgendeinem der Sachverhalte aufweisen, auf die das Gemeinschaftsrecht abstellt, und die mit keinem relevanten Element über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinausweisen“, bleiben dem Unionsrecht und seinen allgemeinen Grundsätzen entzogen.⁴⁹

4. Zeitliche Dimension

Besondere Probleme macht hier (scheinbar) der Zeitablauf: Hat das BAG womöglich am 14.10.2010 noch rechtzeitig vor Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie am 5.12.2011 entschieden? Indes: Rückwirkung beanspruchen die Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg vom 9.1.2012 und die Folgeentscheidungen des BAG vom 22. und 23.5.2012, also nach Ablauf der Umsetzungsfrist. Die jetzt anhängigen Verfahren vor den Arbeits- und Sozialgerichten haben das Beschränkungsverbot und das Transparenzgebot zu achten, weil sie zur Gewährung von Vertrauensschutz berufen sind.

Hören lässt sich allerdings der Einwand, die Rückwirkung beziehe sich weit überwiegend auf Zeiträume vor dem Umsetzungsstichtag 5.12.2011, ja teilweise vor dem Inkrafttreten der Richtlinie am 5.12.2008. Für Art. 4 Abs. 1 und die Verbotswirkung einer erdrosselnden Maßnahme kommt es indes allein auf den Zeitpunkt der Belastung an. Das sind hier der jeweilige Beitragsbescheid und dessen richterliche Beurteilung. Andererseits schützt das europarechtliche Transparenzgebot die Rechtssicherheit in der Sekunde der maßgeblichen Handlung. Insofern kann die Richtlinie meines Erachtens eine Rückwirkung auf Zeiten vor ihrem Inkrafttreten am 5.12.2008 nicht mit Blick auf das Transparenzgebot beanstanden. Die Zeit bis zum Ablauf der Umsetzungspflicht am 5.12.2011 ist dagegen wegen des europarechtlichen Frustrationsverbots aus Art. 4 Abs. 3 EUV erfasst: Nationale Gerichte dürfen innerhalb der Umsetzungsfrist nicht aktiv den Richtlinienzielen zuwiderhandeln⁵⁰ sind also kraft Vorwirkung weich gebunden.⁵¹ Diese Pflicht trifft die deutschen Arbeits- und Sozialgerichte, die schon im Umsetzungszeitraum die Transparenzexpectation der Zeitarbeitsunternehmen nicht frustrieren dürfen.

5. Verhältnis zum deutschrechtlichen Vertrauensschutz

Schlussproblem ist das Verhältnis von deutschem und europäischem Rückwirkungsschutz. Grundsätzlich folgt aus der Solange-Doktrin des BVerfG, dass im Bereich europäisch induzierter Rechtsetzung – und also auch für die Zeitarbeit – europäisches Recht die nationale Grundrechtsgewährleistung verdrängt, weil ein doppelter Schutz dysfunktional erscheint. Das kann allerdings von vornherein nur für die Gesetzesbindung nach Art. 20 Abs. 3 GG gelten, nicht aber auf den einfachrechtlichen Vertrauensschutz durchschlagen. Namentlich der sozialrechtliche Vertrauensschutz ist Element deutscher Sozialpolitik, für die die Union vorbehaltlich des Äquivalenz- und Effektivitätsgebots nicht zuständig ist.

Meines Erachtens ist aber selbst der verfassungsrechtliche Rückwirkungsschutz nicht verdrängt: Er bezieht sich auf die Richterrechtsetzung im Tarifrecht, für das die Union keine Kompetenz hat (eben 3.). Die bloße Übergreifskontrolle des EuGH gegenüber nationalstaatlich autonomen Systemen kann deren systeminterne Begrenzung durch

deutsches Verfassungsrecht nicht sperren. Deutlich wird das an der „Erfindung“ des unionsrechtlichen Altersdiskriminierungsverbots (Mangold) durch den EuGH.⁵² Das BVerfG nimmt sich gegenüber diesem ausbrechenden Rechtsakt zurück – um nicht den EuGH kontrollieren zu müssen.⁵³ Ob das BAG bei seiner rückwirkenden Tarifrechtinnovation den im deutschen Rechtssystem gebotenen Vertrauensschutz innerhalb des unionsfreien Tarifrechtssystems geachtet hat, ist eine deutschrechtliche Frage, die vom EuGH gar nicht „umfassend“ beantwortet werden kann. Er ist „nur“ für die Fernwirkungen auf die europäisch geregelte Leiharbeit zuständig.

IV. Ergebnis

1. Die rückwirkende Aberkennung der Tariffähigkeit der CGZP ist überraschend, weil sie auf einem zuvor nie diskutierten und nicht erwarteten neuen Kriterium für die Tariffähigkeit gewerkschaftlicher Spitzenorganisationen fußt.
2. Vor den Folgen ist deutschrechtlich Vertrauensschutz zu gewähren. Das betrifft sowohl die Richterrechtsetzung selbst als auch den einfachrechtlichen, insbesondere sozialrechtlichen Vertrauensschutz vor überraschender Entgelt- und Beitragsnachforderung.
3. Daneben ist – bislang unbemerkt – der Schutz der Leiharbeit durch die europäische Richtlinie 2008/104/EG zu beachten: Nachträglich rückwirkende Beitragslasten können mit ihrer Erdrosselungswirkung wie ein Betätigungsverbot wirken und sind an Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie zu messen. Vor allem aber enthält das europarechtliche Transparenzgebot eine Schranke für rückwirkendes und überraschendes Recht – unabhängig davon, ob es sich um Richter- oder Gesetzesrecht handelt. Dessen Adressaten müssen ihr Rechtsrisiko kennen, damit sie danach handeln können. Mir scheint das BAG mit seiner rückwirkenden Anforderung an die Tariffähigkeit diese Schranke überschritten zu haben.
4. Zur Entscheidung berufen ist der EuGH, weil weder der Verbotschutz der Leiharbeitsrichtlinie noch der Transparenzschutz bei Richtlinienumsetzung in dessen Rechtsprechung präzisiert sind. Die mit Fragen des Vertrauensschutzes befassten Gerichte müssen also jedenfalls in letzter Instanz der Hauptsacheverfahren vorlegen, Art. 267 S. 3 AEUV.

// Autor

Prof. Dr. Volker Rieble lehrt Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht in München und ist Direktor des ZAAR.



48 Zwanziger, RdA-Beilage 2009, 10, 12; Löwisch/Rieble (Fn. 3), § 1 Rn. 596.

49 EuGH, 11.1.2007 – C-208/05 – ITC, EWS 2007, 83, RIW 2007, 218, EuZW 2007, 220, Rn. 29.

50 EuGH, 4.7.2006 – C-212/04 – Adeneler, NJW 2006, 2465, Rn. 123.

51 Calliess/Ruffert/Kahl (Fn. 40), Art. 4 EUV Rn. 97.

52 EuGH, 22.11.2005 – C-144/04, BB 2005, 2748, NZA 2005, 1345; bestätigt 19.1.2010 – C-555/07 – Kücükdeveci, BB 2010, 507, NZA 2010, 85

53 BVerfG, 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06 – Honeywell, EWS 2010, 368, RIW, 2010, 699, NJW 2010, 3422.