



**Arbeits- und beitragsrechtliche Folgen der
CGZP-Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts**

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von
Volker Rieble, Abbo Junker und Richard Giesen

Band 25

Richard Giesen

**Arbeits- und beitragsrechtliche Folgen der
CGCP-Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts**



ZAAR Verlag München 2011

Bibliografische Information der Deutschen
Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese
Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2011 Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
Destouchesstraße 68 | 80796 München
www.zaar.uni-muenchen.de | info@kaar.uni-muenchen.de

Druck: AZ Druck und Datentechnik GmbH
Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Printed in Germany

ISSN 1863-0847
ISBN 978-3-939671-19-0

Vorwort

Am 14.12.2010 entschied das Bundesarbeitsgericht, dass die Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP) unfähig sei, Tarifverträge zu schließen. Dieser so genannte CGZP-Beschluss kam überraschend - zumindest was seine neuartige und formal argumentierende Begründung betrifft. Obwohl die Entscheidung prozessual nur für die Gegenwart und die nähere Zukunft Bindungswirkung hatte, schlossen die Sozialversicherungsträger aus ihr, dass die Tariffähigkeit der CGZP auch in der Vergangenheit nicht bestanden habe. Deshalb seien auch die von ihr geschlossenen Tarifverträge rückwirkend als unwirksam anzusehen. Normalerweise führt die Unwirksamkeit von Tarifverträgen dazu, dass den Arbeitnehmern statt des tarifvertraglich geregelten das übliche Arbeitsentgelt zu zahlen ist. Anders in der Zeitarbeit. Hier ist der Arbeitgeber verpflichtet, dem Arbeitnehmer mindestens dasjenige an „wesentlichen Arbeitsbedingungen“ einschließlich Arbeitsentgelt zu gewähren, was vergleichbaren Arbeitnehmern im Entleihbetrieb zusteht („equal treatment“, § 10 Abs. 4 AÜG). Dieser Entgeltsatz liegt in der Regel weit oberhalb des in der Zeitarbeit Üblichen.

Die Sozialversicherungsträger vertreten den Standpunkt, diejenigen Zeitarbeitsunternehmen, welche in der Vergangenheit Tarifverträge der CGZP anwandten, müssten nachträglich für die letzten vier Jahre erhöhtes Arbeitsentgelt und somit auch entsprechend erhöhte Sozialversicherungsbeiträge melden und zahlen. Während nur wenige Zeitarbeitnehmer die betreffenden Entgeltansprüche geltend machen, wirkt die rückwirkende Beitragsforderung durch die Sozialversicherungsträger auf die Zeitarbeitsunternehmen existenzgefährdend. Die Sozialversicherungsträger gehen selbst davon aus, dass für die Mehrzahl von ihnen mit der Insolvenz zu rechnen sei.

In rechtlicher Hinsicht wirft dieses Geschehen eine ganze Reihe von Fragen auf. Vor allem geht es darum, ob die neue Rechtsprechung für die Vergangenheit erhöhte Lasten auslösen kann. Der CGZP-Beschluss entfaltet für die Vergangenheit keine Bindungswirkung. Außerdem haben Behörden die verfassungsrechtlichen Rückwirkungsverbote zu achten, die auch im Fall von Richterrecht eingreifen. Vor allem ergeben sich Widersprüche im Verhalten. Dieselben Sozialversicherungsträger, welche in der Vergangenheit

streng die Einhaltung der CGZP-Tarifverträge überwachten, stellen heute exakt für dieselbe Vergangenheit erhöhte Beitragsforderungen.

Damit sind die Rechtsfragen, welche durch das Vorgehen der Sozialversicherungsträger aufgeworfen werden, nur ansatzweise umschrieben. Im Frühjahr 2011 bin ich von einem Zeitarbeitsunternehmen, das in der Vergangenheit CGZP-Tarifverträge angewandt hatte, beauftragt worden, zur Zulässigkeit nachträglicher Beitragsbelastung Stellung zu nehmen. Der vorliegende Text beruht auf dem betreffenden Rechtsgutachten, stellt aber eine stark erweiterte und überarbeitete Fassung dar.

München, September 2011

Richard Giesen

Inhaltsverzeichnis	Seite
Vorwort	5
Inhaltsverzeichnis	7
Abkürzungsverzeichnis	13
I. Zur Entwicklung der Zeitarbeitsbranche von den Hartz-Reformen 2002 bis zum CGZP-Beschluss des BAG	17
1. AÜG-Novelle 2002: Anordnung von „equal treatment“ bei gleichzeitiger Zulassung tarifvertraglicher Abweichungen.....	17
2. Enttäuschung der Erwartungen des rot-grünen Gesetzgebers und des DGB durch die CGZP – die Zeitarbeit als ungeliebter Jobmotor.....	18
3. Das Verfahren zur Aberkennung der CGZP-Tariffähigkeit – der CGZP-Beschluss des BAG vom 14.12.2000	19
4. Beitragsforderungen der Sozialversicherungsträger auf der Grundlage von „equal pay“	20
5. Entgelt-, Melde- und Beitragspflichten nach dem CGZP-Beschluss vom 14.12.2010	24
6. Folgefragen, die hier nicht näher behandelt werden	24
II. Equal treatment-Anspruch aus § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 AÜG	27
1. Voraussetzungen und Rechtsfolgen des equal treatment-Anspruchs aus § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 AÜG	27
2. Entstehung eines equal treatment-Anspruchs aus § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 AÜG	29
3. Bestehen eines durch eine Spitzenorganisation nach § 2 Abs. 3 TVG geschlossenen Tarifvertrags	32
a. Zum neuen, vom 1. Senat des BAG statuierten Erfordernis vollständiger Vermittlung von Tariffähigkeit der Mitglieder an den Spitzenverband	33
b. Bindungswirkung von Beschlüssen nach § 97 Abs. 1, § 2a Abs. 1 Nr. 4 ArbGG	36
aa. Temporale Bindungswirkung von Beschlüssen nach § 97 Abs. 1, § 2a Abs. 1 Nr. 4 ArbGG	36

aaa.	Relevanz der Fragestellung für die Beurteilung der zulässigen equal treatment-Abweichung nach § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2 AÜG	36
bbb.	Beginn der Bindungswirkung des BAG-Beschlusses vom 14.12.2010 am 7.12.2009	37
ccc.	Ende der Bindungswirkung des Beschlusses vom 14.12.2010 mit dem Inkrafttreten von § 3a AÜG am 30.4.2011	38
ddd.	Entscheidung zur Rechtslage vor dem 7.12.2009; insbesondere der nicht rechtskräftige Beschluss des ArbG Berlin vom 30.5.2011	42
bb.	Keine Bindungswirkung für nicht verfahrensbeteiligte Tarifvertragsparteien	43
c.	Tariffähigkeit der CGZP bei Tarifvertragsschluss	47
aa.	Verfassungsrechtliche Voraussetzungen für die Rückwirkung neuen Richterrechts	47
aaa.	Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit rückwirkender Rechtssätze	48
bbb.	Entsprechende Anwendung der Rückwirkungsregeln auf Richterrecht	50
bb.	Geltung der Regeln über die Zulässigkeit rückwirkenden Richterrechts im Fall der CGZP-Tarifverträge	51
aaa.	Überraschendes belastendes Richterrecht	51
bbb.	Einordnung einer möglichen Rückwirkung der Rechtsprechung als Fall der echten Rückwirkung	53
ccc.	Eingriffswirkung des rückwirkenden Richterrechts	54
d.	Rechtsfolge des Rückwirkungsverbotes: Stichtagsbezogenes Unwirksamwerden von der CGZP geschlossener Tarifverträge	55
aa.	Stichtagsbezogenes Unwirksamwerden der von der CGZP geschlossenen Tarifverträge (anstelle stichtagsbezogenen „Inkraftsetzens“ des neuen Merkmals für die Tariffähigkeit von Spitzenorganisationen	56
bb.	Welcher Stichtag soll für das Unwirksamwerden der von der CGZP geschlossenen Tarifverträge gelten?	57
aaa.	Das Beschlussdatum 14.12.2010 als Ausgangspunkt für die Bestimmung des Zeitpunkts, in dem CGZP-Tarifverträge unwirksam werden	57

bbb.	Wie viel Zeit benötigt der Rechtsverkehr, um sich auf die neue Rechtslage einzustellen?	58
ccc.	Folge des Wegfalls der Tarifverträge: Nachwirkung nach § 4 Abs. 5 TVG	60
ddd.	Gesamtwürdigung zum Stichtag für das Unwirksamwerden von der CGZP geschlossener Tarifverträge	60
4.	Abschluss der Firmentarifverträge durch die CGZP als Stellvertreterin ihrer Mitgliedsgewerkschaften nach § 164 BGB	61
a.	Generelle Möglichkeit des Tarifvertragsschlusses in Vertretung durch eine tarifunfähige Vereinigung	61
b.	Tarifvertragsschluss in Vertretung auf der Grundlage der zwischen dem 11.12.2002 und dem 4.12.2005 gültigen CGZP-Satzung	62
c.	Folgeprobleme bei Aufhebung wirksamer Tarifverträge durch unwirksame Tarifverträge	63
5.	Abschluss mehrgliedriger Tarifverträge durch die Mitgliedsgewerkschaften und die CGZP am 15.3.2010	64
a.	Wirksamkeit der mehrgliedrigen Tarifverträge vom 15.3.2010 auch bei fehlender Tariffähigkeit einer Tarifvertragspartei und bei daraus folgender Unwirksamkeit der von ihr geschlossenen Tarifverträge	65
b.	Wirksame Bezugnahme auf die mehrgliedrigen Tarifverträge	66
6.	Zusammenfassung zu II.	67

III. Beitragspflicht für aufgrund equal pay-Gebots erhöhte

	Entgeltansprüche	69
1.	Equal pay als Voraussetzung erhöhter Beitragspflichten	70
2.	Beitragsrechtliches Entstehungs- und Zuflussprinzip	71
a.	Prinzipielle Geltung des Entstehungsprinzips für laufendes Entgelt; Entstehung und Fälligkeit des Entgeltanspruchs als Voraussetzungen der Beitragsschuld.....	71
b.	Geltung des Zuflussprinzips für einmaliges und für nicht geschuldetes Entgelt	72
c.	Ausnahmsweise Geltung des Zuflussprinzips bei streitigen und nachträglich untergegangenen Entgeltforderungen	72
3.	Beitragspflicht für gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 AÜG geschuldetes Entgelt	73

a.	Geltung des Entstehungsprinzips im Fall des equal pay-Anspruchs	73
b.	Entstehen des equal pay-Anspruchs als Voraussetzung der Beitragspflicht	73
c.	Mögliche Kenntnis des Arbeitgebers vom equal pay-Anspruch als Voraussetzung der Beitragspflicht	74
d.	Keine rückwirkende Beitragspflicht bei Rechtsprechungsänderung	76
aa.	Allgemeine Grundsätze zur Vermeidung belastender Rückwirkungen im Abgabenrecht	76
bb.	Grundsätze zur Vermeidung belastender Rückwirkungen im sozialversicherungsrechtlichen Beitragsrecht	77
cc.	Anwendung der Rückwirkungsgrundsätze auf den vorliegenden Fall – insbesondere Abwägung mit den Interessen der Beschäftigten und der Versicherungsgemeinschaft	79
e.	Gegenschluss aus § 28g S. 3 HS. 2 SGB IV	81
4.	Beitragspflicht aus Eingreifen von Ausschlussklauseln	83
a.	Auf den equal pay-Anspruch anwendbare Regelungen über Ausschlussfristen.....	84
b.	Entstehungsprinzip: Grundsätzliche Beitragspflicht auch für Entgeltansprüche, die später aufgrund Ausschlussfristenklauseln wieder entfallen	86
5.	Unzulässigkeit des Beitragseinzugs aufgrund nach Art. 3 Abs. 1 GG gebotener Niederschlagung gemäß § 76 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SGB IV	87
a.	Nichteinziehung von Beiträgen als Niederschlagung i.S.d. § 76 SGB IV	88
b.	Art. 3 Abs. 1 GG in Verbindung mit den Grundsätzen über die Selbstbindung der Verwaltung	89
c.	Rechtsfolgen der Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG in Verbindung mit den Grundsätzen über die Selbstbindung der Verwaltung	91
6.	Unzulässigkeit des Beitragseinzugs bei rechtskräftiger Feststellung der Beitragspflicht	91
7.	Zusammenfassung zu III.	92

IV. Prüfung, Schätzung und Verjährung von Beitragspflichten

1.	Keine Auskunftspflichten und Prüfungsmöglichkeiten ohne Beitragspflichten	94
----	---	----

2. Auskunftspflichten und Prüfungsmöglichkeiten bei unterstellter Beitragspflicht	94
a. Ermittlung des Vergleichsentgelts ohne Entgeltverlangen des Leiharbeitnehmers?	95
b. Ermittlung des Vergleichsentgelts beim Verleiher	95
c. Ermittlung des Vergleichsentgelts beim Entleiher	97
d. Ermittlung des Vergleichsentgelts bei Arbeitnehmern des Entleihers	98
3. Beitragsschätzung durch die Sozialversicherungsträger?	98
4. Verjährung der Beitragspflicht nach § 25 Abs. 1 SGB IV	99
5. Zusammenfassung zu IV.	101
V. Gesamtergebnis	102
1. Equal treatment-Anspruch aus § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2 § 10 Abs. 4 AÜG	102
2. Beitragspflicht für aufgrund equal pay-Gebots erhöhte Entgeltansprüche	104
3. Prüfung, Schätzung und Verjährung von Beitragspflichten	105
Literaturverzeichnis	107
Anhang	115
1. Beschluss des BAG vom 14.12.2010 – 1 ABR 19/10	115
2. Beschluss des ArbG Berlin 30.5.2011 – 29 BV 13947/10	148
3. Rundschreiben der Deutschen Rentenversicherung Bund vom 31.3.2011	155
4. Rundschreiben des Spitzenverbandes der Gesetzlichen Krankenversicherung vom 25.5.2011 – RS 2011/244	157
5. Rundschreiben des Spitzenverbandes der Gesetzlichen Krankenversicherung vom 12.7.2011 – RS 2011/336	161
6. Handlungsanleitung der Deutschen Rentenversicherung Bund vom 23.6.2011	163
7. Schreiben der Bundesagentur für Arbeit, Regionaldirektion Bayern, vom Juli 2011	167

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.....	An anderem Ort	BGHZ.....	Entscheidungen des Bundes- gerichtshofs in Zivilsachen
ABL.....	Arbeitsblatt	BSG.....	Bundessozial- gericht
Abs.....	Absatz	BSGE.....	Entscheidungen des Bundessozial- gerichts
AG.....	Aktiengesellschaft	BStBl.....	Bundessteuerblatt
AMP.....	Arbeitgeberver- band Mittel- ständischer Personaldienst- leister	BVerfG.....	Bundes- verfassungsgericht
AO.....	Abgabenordnung	BVV.....	Verordnung über die Berechnung, Zahlung, Weiter- leitung, Ab- rechnung und Prüfung des Gesamtsozialver- sicherungsbei- trages
AP.....	Arbeitsrechtliche Praxis	BZA.....	Bundesverband Zeitarbeit
ArbG.....	Arbeitsgericht	bzw.....	beziehungsweise
ArbGG.....	Arbeitsgerichts- gesetz	CGZP.....	Tarifgemeinschaft Christlicher Ge- werkschaften für Zeitarbeit und Personalservice- agenturen
ArbRB.....	Der Arbeits- Rechts-Berater	DB.....	Der Betrieb
Art.....	Artikel	DEÜV.....	Verordnung über die Erfassung und Übermittlung von Daten für die Träger der Sozial- versicherung (Datenerfassungs-
Aufl.....	Auflage		
AÜG.....	Arbeitnehmerüber- lassungsgesetz		
AuR.....	Arbeit und Recht		
BAG.....	Bundesarbeits- gericht		
BAGE.....	Entscheidungen des Bundesarbeits- gerichts		
BB.....	Betriebsberater		
Bd.....	Band		
Beck-OK.....	Beck'scher Online- Kommentar		
BFH.....	Bundesfinanzhof		
BFHE.....	Entscheidungen des Bundes- finanzhof		
BGB.....	Bürgerliches Gesetzbuch		
BGH.....	Bundesgerichtshof		

	und -übermitt- lungsverordnung)	JZ..... Juristenzeitung (Zeitschrift)
DBG	Deutscher Ge- werkschaftsbund	LAG..... Landesarbeits- gericht
DRV	Deutsche Renten- versicherung Bund	lit. Buchstabe
DStR	Deutsches Steuer- recht (Zeitschrift)	LSG..... Landessozial- gericht
EG	Europäische Ge- meinschaft	m.Anm..... Mit Anmerkung
ErfKomm/ ErfK.....	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht	m.w.N..... mit weiteren Nachweisen
EU	Europäische Union	NJW..... Neue Juristische Wochenschrift
f.	folgend	Nr..... Nummer
FAZ	Frankfurter All- gemeine Zeitung	NZA
ff.....	Fortfolgende	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
Fn.....	Fußnote	NZS..... Neue Zeitschrift für Sozialrecht
GemSenOGB/ GmS-OGB.....	Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes	RdA..... Recht der Arbeit
GG.....	Grundgesetz	Rn..... Randnummer
GK-ArbGG	Gemeinschafts- kommentar zum Arbeitsgerichts- gesetz	RS
GKV	Gesetzliche Krankenver- sicherung	Rz..... Randziffer
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung	s. siehe
Hrsg.	Herausgeber	S..... Satz
HS.....	Halbsatz	SAE..... Sammlung Arbeits- rechtlicher Ent- scheidungen
i.S.d.....	im Sinne des	SGB..... Sozialgesetzbuch
i.V.m.	in Verbindung mit	SozVers..... Die Sozialver- sicherung (Zeit- schrift)
IGZ.....	Interessengemein- schaft Deutscher Zeitarbeitsunter- nehmen	StGB..... Strafgesetzbuch
		TVG..... Tarifvertragsgesetz
		TzBfG..... Gesetz über Teil- zeitarbeit und be- fristete Arbeits- verträge
		u.a. unter anderem
		vgl. vergleiche
		VSSR..... Vierteljahresschrift für Sozialrecht
		z.B. zum Beispiel
		ZfA..... Zeitschrift für Arbeitsrecht

ZIPZeitschrift für
Wirtschaftsrecht
zit. zitiert

ZPOZivilprozess-
ordnung

I. Zur Entwicklung der Zeitarbeitsbranche von den Hartz-Reformen 2002 bis zum CGZP-Beschluss des BAG

1. AÜG-Novelle 2002: Anordnung von „equal treatment“ bei gleichzeitiger Zulassung tarifvertraglicher Abweichungen

Die Zahl der sozialversicherungspflichtig Beschäftigten in der Zeitarbeitsbranche ist seit Anfang 2003 von unter 300.000 bis heute auf schätzungsweise knapp eine Million gestiegen. Dieser rasante Anstieg auch in eher krisengeschüttelten Zeiten beruht auf einem simplen Prinzip, nämlich auf ungünstigen Arbeitsbedingungen. Zeitarbeitnehmer haben es schwer. Sie werden meist schlecht bezahlt, und sie verlieren ihren Job häufiger als andere Beschäftigte. Die Unternehmen, in denen Zeitarbeitnehmer eingesetzt werden, müssen sich, wenn deren Tätigkeit nicht mehr gebraucht wird, nicht mit dem Kündigungsschutz auseinandersetzen. Sie bestellen die Leiharbeit ab, und die weitere Sorge bleibt den Zeitarbeitsunternehmen, welche als Arbeitgeber das Beschäftigungsrisiko tragen und bei langfristigem Auftragsrückgang notfalls selbst betriebsbedingte Kündigungen aussprechen.

Vor 2003 war die Zeitarbeit vor allem durch Kappung der Höchstüberlassungsdauer beschränkt worden, die aber Ende 2001 zuletzt auf 24 Monate heraufgesetzt worden war. Durch die damit verbundenen Beschäftigungsimpulse ermutigt, entschloss sich die seinerzeitige rot-grüne Regierung Schröder im Zuge der Hartz-Reformen zu weiteren Erleichterungen. Die Höchstüberlassungsdauer wurde abgeschafft, aber man wollte den Markt trotzdem nicht sich selbst überlassen. Mit Rücksicht auf den DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften war vielmehr geplant, die Preissteuerung in Gewerkschaftshände zu geben.

Erreicht wurde das durch die tarifvertragliche Abdingbarkeit des so genannten „equal treatment“-Grundsatzes. Der Leiharbeitgeber muss seinem Arbeitnehmer gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2 AÜG mindestens dasjenige an „wesentlichen Arbeitsbedingungen“ einschließlich Arbeitsentgelt gewähren, was vergleichbaren Arbeitnehmern im Entleihbetrieb gewährt wird („equal treatment“). Damit müsste sich die Zeitarbeit eigentlich auf kleine Nischen begrenzen – „equal treatment“ führt nämlich wegen der Kosten für beschäftigungslose Zeiten und für den Zusatzaufwand der Überlassung zur weitgehenden Verhinderung von Zeitarbeit. Deshalb enthalten § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2 AÜG eine Ausnahmeregelung, nach der „equal treatment“ nicht gilt, wenn ein Tarifvertrag abweichende Regelungen enthält. Die Funktion des Tarifvertrags hat man so mehr oder weniger auf den Kopf gestellt. Nachdem er den Arbeitnehmern herkömmlich dazu dienen soll, sich vereint nach (Androhung von) Arbeitskämpfen günstige Arbeitsbedingungen zu verschaffen, hat er nun die umgekehrte

Aufgabe: Der Tarifvertrag ist ein Instrument zur Unterschreitung eines gesetzlichen Lohnniveaus. Es ist klar, dass sich unter diesen Umständen keine Anreize für Leiharbeitnehmer ergeben, sich gewerkschaftlich zu engagieren. Ergebnis ist, dass es gar nicht die Leiharbeitnehmer sind, in deren Händen die tarifvertragliche Lohnsteuerung liegt. Da Leiharbeitnehmer schätzungsweise nur im niedrigen Prozentbereich gewerkschaftlich organisiert sind, sind es bis heute vor allem die Gewerkschaftsfunktionäre fremder Branchen, welche die betreffenden Regelungen verhandeln und so die Löhne verantworten. Das Bundesverfassungsgericht hat dies dennoch gebilligt.¹

2. Enttäuschung der Erwartungen des rot-grünen Gesetzgebers und des DGB durch die CGZP – die Zeitarbeit als ungeliebter Jobmotor

Bald nach Erlass der neuen AÜG-Regelungen kam es ab 2003 zu einer Entwicklung, die vom rot-grünen Gesetzgeber nicht abgesehen worden war. Die Ende 2002 gegründete Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP) begann, für die Zeitarbeit Tarifverträge zu schließen. Es bestanden nun zwei Gruppen von Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften. In einer Gruppe standen auf Gewerkschaftsseite die DGB-Tarifgemeinschaft Zeitarbeit und auf Arbeitgeberseite die Zeitarbeitsverbände BZA und IGZ; in einer weiteren Gruppe standen auf Gewerkschaftsseite die CGZP und auf Arbeitgeberseite der Zeitarbeitsverband AMP. Beide Gruppen erarbeiteten nebeneinander existierende Tarifvertragswerke, wobei die CGZP-Tarifverträge niedrigere Entgeltsätze vorsahen. Die Arbeitsvertragsparteien konnten jetzt wahlweise auf den einen oder anderen Tarifvertrag Bezug nehmen. Dieser Wettbewerbsdruck führte in beiden Tarifwerken zu niedrigeren Löhnen, als sie der DGB zunächst für die Branche vorgesehen hatte.

Ergebnis war eine ungewollte Blüte der Zeitarbeit. Die Zahlen der Zeitarbeitnehmer nahmen konstant zu; selbst in der Finanzkrise knickten die Werte nur vorübergehend ein. Viele Unternehmen nutzten das Instrument nicht mehr nur, um kurzfristige Auftragsspitzen oder sonstigen Arbeitskräftebedarf zu decken. Gerade auch bei großen Herstellern wurden Produktionsbereiche mit Zeitarbeitnehmern besetzt, in denen mittelfristiger Arbeitsbedarf zu bewältigen war. Die für Arbeitgeber relativ günstige und flexible Zeitarbeit erwies sich in vielen Bereichen als Konjunkturtreiber. Unternehmen konnten schnell auf Schwankungen reagieren. Und es wurden massenhaft neue Arbeitsplätze geschaffen, auch für bisher Arbeitslose. Sicher wären viele der neuen Zeitarbeitsplätze auch

¹ BVerfG Kammerbeschl. 29.12.2004 – 1 BvR 2582/03, NZA 2005, 341 ff.; s. dazu *Bayreuther*, NZA 2005, 341 ff.

ohne die neuen Vorschriften entstanden, und zwar als „normale“ Arbeitsplätze. Eine diesbezüglich sichere Statistikauswertung ist kaum möglich. Selbst wenn man annehmen sollte, dass nur wenige hunderttausend Arbeitsplätze neu geschaffen wurden, war das eine außergewöhnliche Leistung. Die Zeitarbeit stellte die Arbeitnehmer schlechter und verschaffte ihnen dennoch Arbeitsplätze. So wurde sie zum ungewollten Jobmotor. Und verantwortlich dafür war die für die DGB-Mitgliedsgewerkschaften maßgeschneiderte rot-grüne Gesetzgebung.

3. Das Verfahren zur Aberkennung der CGZP-Tariffähigkeit – der CGZP-Beschluss des BAG vom 14.12.2010

Diese Situation der zweigeteilten tarifvertraglichen Steuerung des Zeitarbeitsmarkts versuchte das DGB-Lager wieder rückgängig zu machen. Die Gewerkschaft Verdi, das Land Berlin und der DGB (letzterer nur beim ArbG und beim LAG) beantragten nach § 97 Abs. 1, § 2a Abs. 1 Nr. 4 ArbGG festzustellen, dass die CGZP nicht tariffähig ist. Für das Verfahren wurde das ArbG Berlin ausgewählt, welches Anfang April 2009 die Tariffähigkeit ablehnte; diese Entscheidung wurde Ende 2009 vom LAG Berlin und am 14.12.2010 vom BAG in seinem so genannten CGZP-Beschluss bestätigt. Trotz der Einigkeit im Ergebnis sind alle drei Beschlüsse völlig unterschiedlich begründet.²

Das BAG hat seine Entscheidung darauf gestützt, dass der Organisationsbereich einer Spitzenorganisation i.S.d. § 2 Abs. 3 TVG mit demjenigen ihrer Mitgliedsgewerkschaften übereinstimmen müsse. Die zur Spitzenorganisation gehörenden Koalitionen müssten den Spitzenorganisationen ihre Tariffähigkeit vollständig vermitteln. Da es an dieser Vollständigkeit mangelte, wurde die Tariffähigkeit der CGZP verneint.³ Dieses Erfordernis war bis dahin noch von niemandem behauptet worden. Es kontrastiert mit

2 ArbG Berlin 1.4.2009 – 35 BV 17008/08, NZA 2009, 740; LAG Berlin 7.12.2009 – 23 TaBV 1016/09, BB 2010, 1927; BAG 14.12.2010 – 1 ABR 19/10, NZA 2011, 289 ff.; dazu *Gaul/Koehler*, *ArbRB* 2011, 112 ff.; *Löwisch*, *SAE* 2011, 61 ff.; *Neef*, *NZA* 2011, 615 ff.; *Reiserer*, *DB* 2011, 764 ff.; *Schlegel*, *NZA* 2011, 380 ff.; *Schüren*, *AuR* 2011, 142 ff. S. im Vorfeld zum Streit um die Tariffähigkeit der CGZP *Böhm*, *DB* 2003, 2598 ff.; *Franzen*, *BB* 2009, 1472 ff.; *Jacobs*, *ZfA* 2010, 27 ff.; *Lembke*, *NZA* 2007, 1333 ff.; *Lembke*, *NZA* 2008, 451 ff.; *Schöne*, *DB* 2004, 136 ff.; *Schüren*, *NZA* 2007, 1213 ff.; *Schüren*, *AuR* 2008, 239 ff.; *Schüren*, *NZA* 2008, 453 ff.; *Schüren*, *Kommentar zum AÜG*, 4. Aufl. 2010, § 9 AÜG, Rn. 107 ff.; *Ulber*, *AuR* 2008, 297 ff. Zur künftigen Vertragsgestaltung *Ferme*, *NZA* 2011, 619 ff.

3 BAG Fn. 2, Rn. 76 ff.; dagegen zutreffend *Löwisch*, *SAE* 2011, 61 ff.

der These des BAG aus demselben Beschluss, dass in einem Spitzenverband auch nicht-tariffähige Organisationen Mitglieder sein dürfen.⁴

4. Beitragsforderungen der Sozialversicherungsträger auf der Grundlage von „equal pay“

Seit dieser – im Hinblick auf die Begründung überraschenden – Entscheidung äußern die Sozialversicherungsträger, insbesondere die Kassen als Einzugsstellen und die Deutsche Rentenversicherung Bund (DRV), die Rechtsansicht, die vom BAG nur für den Entscheidungszeitpunkt festgestellte Tarifunfähigkeit der CGZP habe schon in den Jahren davor bestanden. Deshalb schuldeten Arbeitgeber, die CGZP-Tarifverträge anwandten, Sozialversicherungsbeiträge auf der Grundlage des equal-pay-Grundsatzes. Die Arbeitgeber müssten nun nachträglich auf Basis der Entlohnung vergleichbarer Arbeitnehmer bei Entleihbetrieben Beiträge zahlen. Die Sozialversicherungsträger fordern allerdings die betreffenden Beiträge bisher nicht in Beitragsbescheiden ein.

Zudem geht zumindest die Deutsche Rentenversicherung Bund bis heute (September 2011) nur eine beschränkte Anzahl von Unternehmen an. Daraus schien sich zunächst der Eindruck zu ergeben, dass sie ihre Forderungen auf Arbeitgeber beschränke, die Mitglieder eines Arbeitgeberverbandes waren, der mit der CGZP Tarifverträge schloss, und auf Arbeitgeber, die mit der CGZP Firmentarifverträge schlossen. Später hat sich aber herausgestellt, dass sie sich teilweise auch an Arbeitgeber wendet, bei denen die CGZP-Tarifverträge nur kraft Bezugnahme galten. Der Hintergrund liegt wohl darin, dass sie nicht in der Lage ist, von der Bundesagentur für Arbeit aktuelle Informationen darüber zu erheben, bei wem und in welcher Weise CGZP-Tarifverträge angewandt worden sind. Die Deutsche Rentenversicherung Bund arbeitet seit Monaten mit unvoll-

4 In der wissenschaftlichen Auseinandersetzung war bis dahin vor allem die Frage diskutiert worden, ob Spitzenorganisationen eigene oder abgeleitete Tarifabschlussbefugnisse haben, ob und inwieweit die Mitgliedschaft nicht tariffähiger Koalitionen (insbesondere nicht sozial mächtiger Gewerkschaften) die Tariffähigkeit der Spitzenorganisation tangiert und inwieweit Rückruf- oder sonstige Interventionsbefugnisse der Mitgliedsorganisationen beim Tarifabschluss der Spitzenorganisation bestehen, *Henssler* in *Henssler/Willemsen/Kalb*, *Arbeitsrecht Kommentar*, 4. Aufl. 2010, § 2 TVG, Rn. 31 ff.; *Löwisch*, *SAE* 2011, 61 ff.; *Ricken*, *Autonomie und tarifliche Rechtssetzung*, 2006, S. 302 ff.; *Rieble*, *DB* 2001, 2194 ff.; *Oetker* in *Wiedemann*, *Kommentar zum TVG*, 7. Aufl. 2007, § 2 TVG, Rn. 416 ff.; *Wiedemann/Thüsing*, *RdA* 1995, 280 ff. S. auch die Nachweise zu den Vorinstanzen des BAG sowie die Diskussion zur CGZP in Fn. 2, wo von möglicherweise (nicht) fehlender Tariffähigkeit wegen unvollständiger Übertragung der Tarifabschlussbefugnisse ebenfalls keine Rede ist.

ständigen Daten und überalterten Tarifvertragslisten. Bei den Regionaldirektionen der Bundesagentur für Arbeit ist die Aufsicht über die Zeitarbeitsunternehmen angesiedelt. Diese haben in der Vergangenheit zwar stets aktuell und vollständig auf der Grundlage von § 7 AÜG sämtliche Daten erhoben, welche der Tarifierung in den Zeitarbeitsunternehmen zugrunde lagen. Derzeit scheint ein Problem aber darin zu liegen, die betreffenden ausgefüllten Formulare auszuwerten und möglichst in elektronische Form zu überführen. Das führt dazu, dass ein großer Anteil der Zeitarbeitsunternehmen wissentlich nicht in Anspruch genommen wird.

Bei alledem ergeben sich unüberwindliche Schwierigkeiten daraus, dass keiner der Beteiligten weiß, welche Höhe die equal pay-Ansprüche eigentlich haben sollen, auf deren Grundlage nun erhöhte Sozialversicherungsbeiträge gefordert werden. Die Sozialversicherungsträger (Krankenkassen und Berufsgenossenschaften als Einzugsstellen für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag und den Unfallversicherungsbeitrag; Rentenversicherungsträger als Betriebsprüfer; Bundesagentur für Arbeit als Aufsicht für die Zeitarbeit) haben in all den Jahren der Anwendung von CGZP-Tarifverträgen die Beitragszahlung exakt auf deren Grundlage eingefordert und deren Einhaltung genauestens kontrolliert. Zudem haben einige Sozialversicherungsträger selbst als Entleiher Leiharbeiter eingesetzt, von denen sie wussten, dass CGZP-Tarifverträge angewandt werden.⁵ Die Verleihunternehmen können nicht wissen, welche Beträge bei den Entleihunternehmen an vergleichbare Arbeitnehmer gezahlt wurden. Die Sozialversicherungsträger, die wegen des Beitragseinzugs bei den Entleihunternehmen grobe Vorstellungen entwickeln könnten, scheuen den Aufwand und die (datenschutz-)rechtlichen Risiken, die ein solches – am Ende doch erfolgloses – Unterfangen haben könnte. Stattdessen wenden sie sich nun an die Verleihunternehmen und fordern Beitragsnachmeldungen und -nachzahlungen, ohne zu sagen, wie viel und warum.

Um bei diesem Unterfangen möglichst hohen Druck auszuüben, entwickeln die unterschiedlichen Sozialversicherungsträger Strategien, die jeweils auf eine existenzielle wirtschaftliche Bedrohung der Unternehmen und ihres Leitungspersonals hinauslaufen.

- Der Spitzenverband der Gesetzlichen Krankenversicherung, zuständig für den Einzug des Gesamtsozialversicherungsbeitrags bei den Zeitarbeitsunternehmen, droht in einem Rundschreiben des vom 25.5.2011 (RS 2011/244) mit ihrer Insolvenz. Er meint, die entsprechende Insolvenzantragspflicht durch die Einforderung von Beiträgen sofort herbeiführen zu können; zudem wird den Zeitarbeits-

5 S. dazu demnächst *Vielmeier*, BB 2011.

unternehmen die sofortige Erhebung von Säumniszuschlägen in Aussicht gestellt. Dabei verweist das Schreiben auf § 15a InsO, dessen Absätze 4 und 5 Freiheitsstrafen schon bei fahrlässiger Verletzung der Insolvenzantragspflicht androhen. Zur Abwendung dessen wird von den Unternehmen verlangt, sich mit einem Modell pauschaler Beitragsberechnung einverstanden zu erklären sowie Stundungsvereinbarungen zu schließen, gemäß denen sie ihre gesamte freie Liquidität abzüglich einer 20%igen Kalkulationsreserve für Auftragsschwankungen an die Sozialversicherungsträger abführen (so genannte „Konzeption der vorgezogenen oder umgekehrten Stundung“). Dass die so eingezogenen Abschlagszahlungen die später festzustellenden Beitragspflichten überschreiten, wird ausdrücklich als „eher unwahrscheinlicher Fall“ bezeichnet. Das bedeutet, dass der GKV-Spitzenverband die Überschuldung aufgrund Beitragspflicht behauptet. Mit diesem Vorgehen wird die Klärung der rechtlichen Zulässigkeit von Beitragseinzügen auf unbekannte Zeit zurückgestellt. Der Zweck liegt darin, durch Liquiditätsabschöpfung ein Höchstmaß an Einnahmen unter Aufrechterhaltung des faktisch nur noch zugunsten der Sozialversicherungsträger tätigen Unternehmens herzustellen. Das bedeutet nichts anderes, als dass unter Nutzung von Rechtsunsicherheit eine wirtschaftliche Verstaatlichung der Zeitarbeitsunternehmen betrieben wird. Der diesbezügliche Druck auf die Beteiligten ist bei alledem besonders hoch, weil im Fall vorsätzlich unterlassener Beitragsabführung für die Unternehmensverantwortlichen Strafbarkeit und persönliche Haftung zusätzlich nach § 266a StGB, § 823 Abs. 2 BGB angenommen werden. Auch Personen, welche die „Vorschläge“ der Sozialversicherungsträger für nicht Rechtens halten, stehen damit unter persönlichem Druck, sich ihnen dennoch zu fügen.

Mit Rundschreiben vom 12.7.2011 (RS 2011/336) verschärft der Spitzenverband der Gesetzlichen Krankenversicherung seine Drohungen noch weiter. Er schließt ausdrücklich die Möglichkeit aus, Vereinbarungen zu treffen, nach denen vermeintlich geschuldete Sozialversicherungsbeiträge bis zur Klärung der Rechtslage auf Sperrkonten gezahlt werden. Zudem schließt er Stundungsvereinbarungen nach der „Konzeption der vorgezogenen oder umgekehrten Stundung“ für solche Zeitarbeitsunternehmen aus, die auf eigene Liquiditätsproblemen hinweisen und deshalb um Stundung bitten. Bei diesen soll jegliche Stundung ausgeschlossen und stattdessen vollstreckt werden.

Die Kassen versuchen auch, im Rahmen der Verwaltungspraxis unzulässigen Druck auf die Unternehmen auszuüben. So ist der Fall eines Unternehmens bekannt, welches die „Konzeption der vor-

gezogenen oder umgekehrten Stundung“ nicht akzeptieren wollte. Als dieses Unternehmen in einem anderen Zusammenhang einen Antrag auf Erstattung offensichtlich überzahlter Sozialversicherungsbeiträge stellte, wurde ihm dies mit Hinweis auf seine Haltung verweigert.

- Die Deutsche Rentenversicherung Bund, zuständig für Betriebsprüfungen bei den Verleihunternehmen, hat mit Datum vom 23.6.2011 eine „Handlungsanleitung“ an die Unternehmen gegeben. Dort wird fälschlicherweise behauptet, aufgrund des BAG-Beschlusses vom 14.12.2010 müssten die Zeitarbeitsunternehmen equal pay-Beiträge zahlen. Nach der „Handlungsanleitung“ sollen sie für den Fall, dass sie die genauen equal pay-Beträge nicht kennen, ein Schätzungsverfahren unter Verwendung von Stichproben durchführen. Wenn sie dies nicht können, sollen diejenigen Arbeitgeber, die exakt nach CGZP-Tarifverträgen gezahlt haben, diese Entgelte nachträglich pauschal um 24% erhöhen und auf dieser Grundlage Beiträge abführen. Wer mehr als den CGZP-Tarif gezahlt hat, wird einer Schätzregelung unterworfen, die von einem um 27% erhöhten CGZP-Wert ausgeht. Die „Handlungsanleitung“ gibt keine Hinweise auf eine eventuelle Rechtsgrundlage für dieses Vorgehen. Zudem enthält sie auch keine Erklärung, wie man zum genannten Verfahren und zu den genannten Sätzen kommt, und wie diese Anweisung in Beziehung zu den Regelungen der Krankenkassen stehen soll.
- Die Bundesagentur für Arbeit, Aufsichtsbehörde für die Verleihunternehmen, droht im Fall der Nichtmeldung und Nichtabführung von Beiträgen (welche das auch immer sein mögen) mit der Entziehung der gewerberechtlichen Zulassung und mit der Einleitung von Ordnungswidrigkeitsverfahren gegen die im Unternehmen Verantwortlichen. In Schreiben, die seit Anfang Juli 2011 versandt werden, wird fälschlicherweise behauptet, gemäß dem BAG-Beschluss vom 14.12.2010 müssten die Zeitarbeitsunternehmen nachträglich equal pay-Beiträge zahlen. In Erfüllung ihrer Anzeigepflichten als zugelassene Verleihunternehmen nach § 7 Abs. 2 AÜG hätten die Unternehmen bis zum 1.8.2011 mitzuteilen, dass sie die betreffenden Beiträge „neu berechnet, nachentrichtet und die Entgeltmitteilungen und Lohnnachweise korrigiert haben“ – was niemand leisten kann. Dann folgt eine Drohung mit der Beendigung der Existenz: „Sofern von einem Erlaubnisinhaber die Vorschriften über die Einhaltung und Abführung der Sozialversicherungsbeiträge zu allen Zeiten der Sozialversicherung nicht eingehalten werden, kann diese Tatsache die Annahme rechtfertigen, dass der Erlaubnisinhaber die für die Ausübung der Verleihtätigkeit erforderliche Zu-

verlässigkeit nicht mehr besitzt“. Wie jemand, der keine Angaben liefern kann, deshalb als unzuverlässig eingestuft werden soll, wird nicht erklärt. Ebenso wird nicht erklärt, warum jemand unzuverlässig sein soll, der sich auf einen zutreffenden Rechtsstandpunkt stellt. Am Ende des Schreibens wird dann noch „vorsorglich“ auf die Ordnungswidrigkeitsregelung des § 16 Abs. 1 Nr. 5 AÜG hingewiesen, die bei Verletzung der Auskunftspflicht nach § 7 Abs. 2 S. 1 AÜG eingreift.

Mittlerweile soll die Bundesagentur für Arbeit laut Schreiben an Unternehmen vom August 2011 dieses angedrohte Vorgehen zumindest vorübergehend zurückgestellt haben.

5. Entgelt-, Melde- und Beitragspflichten nach dem CGZP-Beschluss vom 14.12.2010

Der CGZP-Beschluss des BAG vom 14.12.2010 wirft unterschiedliche Fragen auf.

- Auf arbeitsrechtlicher Ebene ist zu klären, ob und für welche Zeiten wirksame Verpflichtungen zum „equal treatment“ nach § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 AÜG bestehen. Eine Vorfrage dafür ist diejenige nach der Wirksamkeit der Tarifverträge der CGZP. Hierfür wiederum kommt es auch darauf an, ob die CGZP beim Abschluss ihrer Tarifverträge tariffähig war. Dieser Punkt ist vom BAG nur für eine bestimmte Zeitphase geklärt worden. Damit verbunden sind prozessuale Fragen zur Reichweite der Bindungswirkung arbeitsgerichtlicher Entscheidungen über die Frage der Tariffähigkeit (dazu unter II.).
- Auf sozialrechtlicher Ebene ist zunächst zu klären, ob – wie es die Sozialversicherungsträger behaupten – eine nachträglich anzunehmende Verpflichtung zum „equal treatment“ nach § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 AÜG auch zu erhöhten Beitragspflichten führt (dazu unter III.).
- In diesem Kontext stellt sich dann auch das Problem der Ermittlung des Umfangs solcher Beitragspflichten. Hier geht es um Auskunftspflichten der Arbeitgeber sowie um Prüfungs- und Schätzungsbefugnisse der Sozialversicherungsträger. Für den Fall der nachträglichen Beitragspflicht ist die Frage nach der Verjährung zu beantworten (dazu unter IV.).

6. Folgefragen, die hier nicht näher behandelt werden

Es ist klar, dass mit diesen drei Komplexen nicht alle Folgefragen beantwortet werden können, die mit den Aktivitäten der Sozialver-

sicherungsträger aufgeworfen werden. Andererseits sind für viele Folgefragen eben gerade auch der Bestand arbeitsrechtlicher Entgeltpflichten sowie sozialversicherungsrechtlicher Melde- und Beitragspflichten entscheidend.

Das gilt für alle Zusatzprobleme, die mit der – vermeintlichen – Beitragspflicht der Zeitarbeitsunternehmen zusammenhängen, etwa für die Verpflichtung zur Zahlung von Säumniszuschlägen nach § 24 SGB IV. Soweit Beitragsbescheide erlassen werden, stellt sich außerdem die Frage nach deren vorläufiger Vollstreckbarkeit. Diese bestimmt sich bei Widerspruchseinlegung nach § 86a Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 S. 2 SGG. Das bedeutet, dass sowohl ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Beitragsbescheides als auch damit verbundene unbillige Härten für die Beitragspflichtigen die vorläufige Vollstreckbarkeit hindern. Nach Anrufung des Sozialgerichts richtet sich die vorläufige Vollstreckbarkeit nach § 86b Abs. 1 S. 1 Nrn. 1 oder 2 SGG. Dabei ist zu beachten, dass im Fall rechtswidriger vorläufiger Vollstreckung die Gefährdungshaftung der Sozialversicherungsträger nach § 86b Abs. 2 S. 4 SGG, § 945 ZPO eingreift. In Betracht kommen dabei zusätzlich insbesondere Ansprüche aus § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG sowie bei Amtspflichtverletzung von Mitgliedern der sozialversicherungsrechtlichen Selbstverwaltung Ansprüche aus § 42 Abs. 1 SGB IV, § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG. Letztere haften zusätzlich gegebenenfalls persönlich bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit nach § 42 Abs. 2 SGB IV. Im Fall der insolvenzbedingten Zerschlagung von Unternehmen werden die dadurch entstandenen Schäden von den Insolvenzverwaltern geltend gemacht werden. Dabei werden umso höhere Schadenssummen anfallen, wenn insolvenzbedingt das gesamte Unternehmen abgewickelt werden musste und statt des Fortführungswerts nur noch der Zerschlagungswert verblieben ist.

Für alle bei den Sozialversicherungsträgern Verantwortlichen kommt im Fall der tatsächlichen Erkenntnis des rechtswidrigen eigenen Handelns zusätzlich die entsprechende Strafbarkeit wegen Erpressung oder Wuchers nach § 253, § 291 StGB sowie die entsprechende zivilrechtliche Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 253, § 291 StGB in Frage. Umgekehrt gilt bei tatsächlich bestehender Beitragspflicht die Möglichkeit der persönlichen Haftung bzw. Strafbarkeit von Unternehmensverantwortlichen wegen Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen nach § 266a StGB, § 823 Abs. 2 BGB. Sowohl für die bei den Sozialversicherungsträgern Verantwortlichen als auch für die Unternehmensverantwortlichen ist allerdings Vorsicht geboten, wenn es um wechselseitig erhobene Vorwürfe der Strafbarkeit geht. Insbesondere bei Unternehmensverantwortlichen wird man – gegebenenfalls bedingten – Vorsatz nicht annehmen können, wenn sie aufgrund gut vertretbarer (meines Erachtens: zutreffender) Rechtsansicht keine Beitragsnachmeldungen

machen und keine Beitragszahlungen leisten. Den bei den Sozialversicherungsträgern Verantwortlichen wird man wegen rechtswidriger bzw. wegen mit rechtswidrigen Mitteln erzwungenen Beitragseinzugs – gegebenenfalls bedingten – Vorsatz vorwerfen können, wenn sie eine rechtliche Selbstkontrolle unterlassen oder ignorieren.

Ähnliche Fragen wie im Beitragsrecht ergeben sich, wenn die Zeitarbeitsunternehmen aufgrund vermeintlicher Meldepflichtversäumnisse nach § 7 Abs. 2 AÜG oder aufgrund vermeintlicher Beitragspflichtverletzungen wegen gewerberechtl. Unzuverlässigkeit ihre Zulassung durch Widerruf verlieren, § 5 Abs. 1 Nr. 3, § 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG. Dabei richtet sich die vorläufige Vollstreckbarkeit nach § 86a Abs. 2 Nr. 5, Abs. 3 S. 1, Abs. 4 SGG; bei Anrufung des Sozialgerichts gelten § 86b Abs. 1 S. 1 Nrn. 1 oder 2 SGG. Auch hier greift die Schadensersatzregelung des § 86b Abs. 2 S. 4 SGG, § 945 ZPO. Es ist klar, dass die rechtswidrige Zulassungsentziehung, wenn sich später die Zuverlässigkeit des Zeitarbeitsunternehmens erweist, eine Ersatzpflicht der Bundesagentur herausfordert. Hier gelten ebenfalls die oben zitierten Schadensersatzvorschriften der § 42 Abs. 1 SGB IV, § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG, § 42 Abs. 2 SGB IV sowie § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 253, § 291 StGB. Dabei ist zu berücksichtigen, dass selbst bei rückwirkend eingreifender Beitragspflicht Zuverlässigkeit ohne weiteres anzunehmen ist, weil und solange der Rechtsstandpunkt fehlender Beitragspflicht vertretbar ist.

Auch außerhalb des Arbeitsrechts, des Sozialrechts und des Haftungsrechts sind einige Konsequenzen aus einer nicht bestehenden rückwirkenden Beitragspflicht der Zeitarbeitsunternehmen zu beachten.

Die fehlende Beitragspflicht führt mangels Überschuldung zur fehlenden – wenn auch von den Sozialversicherungsträgern behaupteten – Insolvenzantragspflicht nach §§ 19, 15a InsO und somit zur fehlenden Strafbarkeit der Unternehmensverantwortlichen nach § 15a Abs. 4, Abs. 5 InsO. Eine Insolvenzantragspflicht besteht lediglich bei tatsächlich erfolgreicher umfassender Vollstreckung durch die Sozialversicherungsträger. Wenn diese nicht kurzfristig abgewendet werden kann und so weit greift, dass dem Zeitarbeitsunternehmen jegliche Liquidität verloren geht, wird man – auch bei Rechtswidrigkeit der Vollstreckung – davon ausgehen müssen, dass das Unternehmen nach § 17 Abs. 2 S. 1 InsO nicht in der Lage ist, seine anderweitigen Zahlungspflichten zu erfüllen. In diesem Fall bleibt ebenfalls nur die spätere Inanspruchnahme der Sozialversicherungsträger und der bei ihnen Verantwortlichen durch den Insolvenzverwalter. Auch soweit ein Zeitarbeitsunternehmen aufgrund der behördlicherseits unzutreffenden Behauptung seiner Überschuldung selbst den Insolvenzantrag stellt, greift gegebenenfalls die Staatshaftung und die Tätigenhaftung nach den oben genannten Vorschriften.

Ein weiterer Fragenkomplex, der durch die nachfolgende Untersuchung vorgeklärt wird, betrifft die Vereinbarungen, welche die Sozialversicherungsträger derzeit mit den Zeitarbeitsunternehmen schließen möchten. Die von den Krankenkassen erzwungenen Stundungsvereinbarungen nach der „Konzeption der vorgezogenen oder umgekehrten Stundung“ und die von den Rentenversicherungsträgern erzwungenen Vereinbarungen über pauschalierte prozentuale Beitragsberechnungen dürften als öffentlich-rechtliche Verträge gemäß § 53 Abs. 1 SGB X oder als öffentlich-rechtliche Vergleiche gemäß § 54 Abs. 1 SGB X einzuordnen sein. Soweit sich die Androhung der Insolvenzherbeiführung mangels Beitragspflicht als haltlos erweisen sollte, ergibt sich daraus ihre Anfechtbarkeit und gegebenenfalls Nichtigkeit wegen widerrechtlicher Drohung nach § 58 Abs. 1 SGB X i.V.m. § 123 Abs. 1, § 142 Abs. 1 BGB. Die Liquiditätsabschöpfungsmodelle der Krankenkassen können zudem als rechtswidrige Verstaatlichung eingeordnet werden mit der Folge einer entsprechenden Entschädigungspflicht.

All diese Punkte sollen hier aber nicht weiter behandelt werden. Im Folgenden geht es ausschließlich um die Fragen des arbeitsrechtlichen equal treatment-Anspruchs sowie der sich daraus gegebenenfalls ergebenden sozialversicherungsrechtlichen Beitrags- und Meldepflichten.

II. Equal treatment-Anspruch aus § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 AÜG

1. Voraussetzungen und Rechtsfolgen des equal treatment-Anspruchs aus § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 AÜG

Für die Zeit, in welcher die Unternehmen der Zeitarbeit Tarifverträge der CGZP anwandten, kommen Ansprüche auf equal treatment aus § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 AÜG in Betracht. Voraussetzung für sie ist, dass

- Leiharbeit vorliegt,
- der Arbeitnehmer nicht zuvor arbeitslos war und das Entgelt nicht die ersten sechs Wochen der Beschäftigung abdeckt, ohne dass der Arbeitnehmer zuvor beim Verleiher als Leiharbeitnehmer tätig war,
- für die Zeit der Überlassung beim Entleiher für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers höheres Entgelt gezahlt wurde, als es der Verleiher gezahlt hat, und
- kein Tarifvertrag vorliegt, der eine entsprechende Abweichung zulässt. Dieser Tarifvertrag kann sowohl normativ für das Arbeitsverhältnis gelten als auch kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahme (§ 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2, 3, § 9 Nr. 2 AÜG).

Die zusätzliche Voraussetzung der Einhaltung von Mindeststundenentgelten nach § 3a Abs. 2 AÜG, welche zum 30.4.2011 ergänzt wurde, greift für die hier interessierenden Zeiträume nicht ein, zumal bis heute (September 2011) noch keine entsprechenden Entgelte festgesetzt wurden.

Bei alledem ist zum derzeitigen Stand nicht geklärt, was der Begriff des „equal treatment“ bedeutet. Was das schlichte Arbeitsentgelt („equal pay“) betrifft, ist offen, ob zu seiner Bemessung beim Entleiher auf eine abstrakte unternehmensweite Bemessung abzustellen ist oder auf eine möglichst konkrete, arbeitsplatznahe Betrachtung. Zudem ist unklar, ab wann ein Leiharbeitnehmer einem Stammarbeitnehmer vergleichbar ist, vor allem wann gegebenenfalls Phasen der Einarbeitung als abgeschlossen angesehen werden können, an deren Ende der Leiharbeitnehmer den Leistungsstand eines Stammarbeitnehmers erreicht hat. Nicht zuletzt weiß man nicht, wie zu verfahren ist, wenn beim Entleiher keine vergleichbaren Stammarbeitnehmer tätig sind.⁶ Zu einem Punkt hat das BAG jüngst Stellung genommen, nämlich zu der Frage, welche Arten von Regelungen unter die „wesentlichen Arbeitsbedingungen“ im Sinne des § 10 Abs. 4 AÜG zu subsumieren sind. Dabei zieht das Gericht die EU-Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG heran, die vom 19.11.2008 datiert, am 5.12.2008 in Kraft trat und bis zum 5.12.2011 umzusetzen ist.⁷ Das BAG räumt zwar ein, dass die Umsetzungsfrist für diese Regelung noch nicht abgelaufen ist. Es will die Richtlinie dennoch heranziehen, um eine unionsrechtskonforme Auslegung bereits im Vorfeld sicherzustellen (sog. „Frustrationsverbot“). Unter Hinweis auf Art. 3 Abs. 1 lit. f Richtlinie 2008/104/EG werden somit vom Gericht genannt: Arbeitsentgelt; Arbeitszeit; Regeln bezüglich Schwangerer, Kinder und Jugendlicher; Diskriminierungsverbote. Nicht erfasst sind somit insbesondere Ausschlussregelungen.⁸ Damit sind viele Zweifel bezüglich der „wesentlichen Arbeitsbedingungen“ aber noch nicht beseitigt. Allein die Konkretisierung des Begriffs der Entgeltregelungen und ihre Abgrenzung von anderen Vorschriften dürften weiter Schwierigkeiten bereiten. Zudem war die zitierte Richtlinienregelung vor dem 19.11.2008 nicht bekannt. Deshalb ist für die

-
- 6 S. zu alledem die – sich gegenseitig widersprechenden – Stellungnahmen etwa bei *Boemke/Lembke*, Kommentar zum AÜG, 2. Aufl. 2005, § 9 AÜG, Rn. 157 ff.; *Kalb* in *Henssler/Willemsen/Kalb*, Arbeitsrecht Kommentar, 4. Aufl. 2010, § 3 AÜG, Rn. 32 f.; *Mengel* in *Thüsing*, Kommentar zum AÜG, 2. Aufl. 2008, § 9 AÜG, Rn. 24 ff.; *Raab*, ZfA 2003, 389 (405); *Rieble/Klebeck*, NZA 2003, 23 f.; *Schüren*, Kommentar zum AÜG, 4. Aufl. 2010, § 9 AÜG, Rn. 121 ff.; *Thüsing*, DB 2003, 446 f.; *Ulber*, Kommentar zum AÜG, 3. Aufl. 2006, § 9 AÜG, Rn. 104 ff.
- 7 Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.11.2008 über Leiharbeit, ABl. L 327, S. 9 ff.
- 8 BAG 23.3.2011 – 5 AZR 7/10, NZA 2011, 850, Rn. 25 ff.

Zeit bis dahin unklar, ob die neue Rechtsprechung gilt, weil damals niemand die Kriterien für die Konkretisierung von equal pay kennen konnte.

Vorliegend soll nicht weiter auf die ersten drei obigen Gedankenstriche eingegangen werden. Hier handelt es sich um Punkte, die jeweils gesondert zu prüfen sind. Ob Leiharbeit vorliegt, keine Entgelte der ersten sechs Beschäftigungswochen zuvor Arbeitsloser betroffen sind und beim jeweiligen Entleiher vergleichbare Arbeitnehmer vorhanden waren, die höher bezahlt wurden als die Leiharbeitnehmer, richtet sich nach dem Einzelfall.

Im Folgenden sollen lediglich zwei Fragen näher geklärt werden, nämlich zum einen die Entstehung des equal treatment-Anspruchs sowie das Vorliegen eines Tarifvertrags, der nach Maßgabe der § 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2, § 9 Nr. 2 AÜG eine Abweichung vom equal treatment-Grundsatz zulässt.

2. Entstehung eines equal treatment-Anspruchs aus § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 AÜG

Prinzipiell entsteht ein Arbeitsentgeltanspruch mit der Arbeitsleistung und wird, ohne dass es eines gesonderten Leistungsverlangens bedarf, fällig.⁹ Im Fall des equal pay-Anspruchs aus § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 AÜG ist ein solcher Automatismus nicht möglich. Das hat mehrere Gründe.

Zunächst steht meist nicht fest, welches die „im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts“ i.S.d. § 10 Abs. 4 AÜG sind. Der Arbeitnehmer, der sich für equal treatment entscheidet, hat dieses vielmehr schlüssig vorzutragen. Um dafür die entsprechenden Fakten zu liefern, bietet ihm das AÜG den Auskunftsanspruch gegen den Entleiher aus § 13 AÜG. Durch ihn erhält er die Grundlage für die equal pay-Geltendmachung, die es ihm ermöglicht, seiner diesbezüglichen Darlegungs- und Beweislast zu genügen.¹⁰ Denn eine Pflicht des Verleihers, wesentliche Arbeitsbedingungen des Entleiherbetriebs nachzu-

9 Die Fälligkeit besteht regelmäßig (soweit nicht eine ausdrückliche Vertragsregelung besteht, § 271 S. 2 BGB) nach § 271 Abs. 1, § 614 S. 2 BGB mit Ablauf des zu vergütenden Zeitabschnitts, also meist am Monatsende.

10 BAG 23.3.2011 – 5 AZR 7/10, NZA 2011, 850, Rn. 18 ff.; BAG 19.9.2007 – 4 AZR 656/06, NZA-RR 2008, 231 (235); *Zeppenfeld/Faust*, NJW 2011, 1643 f.; *Mengel* in Thüsing, Kommentar zum AÜG, 2. Aufl. 2008, § 10 AÜG, Rn. 65.

weisen, besteht laut AÜG nicht.¹¹ Zusätzlich hat gemäß § 12 Abs. 1 S. 3 AÜG der Entleiher im Vertrag mit dem Verleiher anzugeben, „welche im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts“ existieren. Beide Regelungen greifen aber nicht, wenn die Freistellung vom equal treatment-Gebot nach § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2 AÜG gilt.¹² Bevor eine Gleichstellung mit den entsprechenden Konsequenzen bei der Entgeltspflicht eintritt, muss also klar sein, dass tatsächlich der Fall der Unwirksamkeit einer Vereinbarung i.S.d. § 9 Nr. 2 AÜG vorliegt. Des Weiteren müssen die jeweiligen wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts – notfalls nach Durchsetzung der genannten Auskunftsansprüche – bekannt sein. Erst bei Kenntnis dessen kann eine Entgeltforderung mit der notwendigen Bezifferung erhoben werden.

Zudem hat es noch einen Grund, warum laut § 10 Abs. 4 AÜG der Arbeitgeber wesentliche Arbeitsbedingungen für Arbeitnehmer beim Entleiher „zu gewähren“ hat (in § 10 Abs. 4 AÜG der Fassung bis zum 29.4.2011 hieß es, dass der Arbeitnehmer „die Gewährung ... verlangen kann“). Es ist nämlich möglich, dass sich der Arbeitnehmer gegen eine solche „Gewährung“ entscheidet und die vertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen statt der in § 10 Abs. 4 AÜG gesetzlich geregelten gelten lassen will. Das ist der Fall, wenn diese für ihn unerwünscht sind, etwa wenn sie nach seinem Dafürhalten schlechtere Bezahlung durch Verlust von Überstunden- oder Nachtarbeitszuschlägen nach sich ziehen. Außerdem muss es sich bei den „wesentlichen Arbeitsbedingungen“ nicht zwingend um Zahlungsansprüche handeln. Equal pay ist vielmehr Teil einer gesamten Gleichstellung in den wesentlichen Arbeitsbedingungen,

-
- 11 BAG 23.3.2011 – 5 AZR 7/10, NZA 2011, 850, Rn. 18. Das Gericht weist zusätzlich darauf hin, dass eine Nachweispflicht bezüglich der beim Entleiher geltenden Arbeitsbedingungen nicht praktikabel wäre, weil wechselnde Einsätze stets zu neuen Nachweisen führen müssten.
- 12 *Mengel* in Thüsing, Kommentar zum AÜG, 2. Aufl. 2008, § 10 AÜG, Rn. 65; *Pelzner* in Thüsing, Kommentar zum AÜG, 2. Aufl. 2008, § 13 AÜG, Rn. 6. Des Weiteren kann der Leiharbeiter laut BAG bei nachgewiesener verbotswidriger Verleihung gemäß § 242 BGB zusätzlich auch von seinem Arbeitgeber, dem Verleiher, Auskunft über die beim Entleiher bestehenden Arbeitsverhältnisse verlangen, BAG 11.4.1984 – 5 AZR 316/82, NZA 1984, 161 ff.; vgl. auch ArbG Hanau 11.5.2011 – 1 Ca 391/09, noch unveröffentlicht. Im Übrigen kann ein Auskunftsanspruch nach allgemeinen Regeln nur angenommen werden, wenn die betreffende Information für den Arbeitgeber ohne weiteres verfügbar ist, BAG 26.6.1985 – 7 AZR 150/83, zitiert nach juris. Das ist im Hinblick auf den Verleiher bezüglich der Arbeitsbedingungen des Entleihers in der Regel nicht der Fall.

also des equal treatment, so dass auch insoweit ein Wahlrecht des Leiharbeitnehmers zwingend ist.

Nicht zuletzt spricht der Wortlaut von § 10 Abs. 4 AÜG dafür, dass ein Entstehen des equal treatment-Anspruchs von einer entsprechenden Wahlentscheidung des Arbeitnehmers abhängt. Dort hieß es in der Fassung bis zum 29.4.2011, der Leiharbeitnehmer könne im Fall unwirksamer Vereinbarungen i.S.d. § 9 Nr. 2 AÜG insbesondere das Arbeitsentgelt nach den beim Entleiher geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen „verlangen“. Heute heißt es, der Arbeitgeber habe diese „zu gewähren“. Dieses „Verlangenkönnen“ und dieses „Gewährenmüssen“ stehen in klarem Kontrast zu den übrigen Regelungen des § 10 AÜG, welche ebenfalls zum Schutz des Leiharbeitnehmers ins Arbeitsverhältnis eingreifen. So wird in § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG für den Fall der Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages mit dem Verleiher ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher fingiert: „... so gilt ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer ... als zustande gekommen.“ Ebenso deutlich werden in § 10 Abs. 1 S. 2-5 AÜG die Bedingungen dieses Arbeitsverhältnisses festgesetzt („Das Arbeitsverhältnis ... gilt als befristet, wenn ...“; „Für das Arbeitsverhältnis ... gilt die ... Arbeitszeit als vereinbart“; „bestimmen sich Inhalt und Dauer dieses Arbeitsverhältnisses nach ...“; „Der Leiharbeitnehmer hat Anspruch...“). Vor dem Hintergrund dieser Vorschriften wäre unverständlich, warum der Gesetzgeber für den Fall der Unwirksamkeit von Vereinbarungen nach § 9 Nr. 2 AÜG in § 10 Abs. 4 AÜG nicht ebenso formuliert hat. Wäre es ihm darum gegangen, den Arbeitnehmer ohne Wahlrecht unmittelbar den Arbeitsbedingungen beim Entleiher zu unterwerfen, hätte er gleichfalls wie in § 10 Abs. 1 AÜG formuliert (also beispielsweise: „gelten die wesentlichen Arbeitsbedingungen ... als vereinbart“ oder „bestimmen sich die wesentlichen Arbeitsbedingungen nach ...“ oder „hat der Leiharbeitnehmer Anspruch auf die Einhaltung der wesentlichen Arbeitsbedingungen ...“). Dies ist aber gerade nicht geschehen. Dass es in § 10 Abs. 2 AÜG im Hinblick auf den Schadensersatzanspruch des Leiharbeitnehmers ebenfalls „kann ... verlangen“ heißt, steht dem nicht entgegen. Denn hier handelt es sich um eine Ersatzregelung, bei der es im Sprachgebrauch häufiger „kann verlangen“ heißt, bei der es aber nicht wie bei den in Absatz 1 und 4 genannten Fällen um die Kollision unterschiedlicher Vertragssysteme beim Verleiher und beim Entleiher geht.

Der Gesetzgeber hat somit richtigerweise mit dem „Gewährenmüssen“ und dem „Verlangenkönnen“ ein Wahlrecht des Arbeitnehmers angeordnet, dessen Ausübung erst zur Entstehung des jeweils aus den gewünschten Arbeitsbedingungen resultierenden Anspruchs führt. Gleiches dürfte auch für die entsprechende Formulierung in § 8 Abs. 1 S. 1 AEntG gelten. Es handelt sich um einen gesetzlich geregelten Fall der Ersetzungsbefugnis des Gläubigers. Hier muss der Schuldner (Arbeitgeber),

solange der Gläubiger (Arbeitnehmer) nicht equal pay verlangt hat, den vereinbarten Lohn zahlen, kann sich also nicht darauf berufen, dass der Arbeitnehmer sich noch nicht für equal pay entschieden hat. Der Arbeitnehmer wiederum kann – auch nachträglich – den vereinbarten Lohn durch den equal pay-Lohn ersetzen und somit eine andere, nämlich die Gewährung der gesetzlich in § 10 Abs. 4 AÜG vorgesehenen Leistung verlangen.¹³ An diesem Befund hat die Änderung der Formulierung von § 10 Abs. 4 S. 1 AÜG zum 30.4.2011 nichts geändert. Zwar war die ältere Fassung deutlicher, weil sie sowohl von der „Gewährung“ als auch vom „Verlangenkönnen“ sprach. Die Beibehaltung der Wendung vom „Gewähren“ macht die Entscheidungsbefugnis des Arbeitnehmers aber noch hinreichend klar.

Die Formulierung „gewähren“ bedeutet also, dass die Anspruchsentstehung (zumindest aber die Fälligkeit des Anspruchs) von einer gesonderten Einforderung des Leiharbeitnehmers abhängt. Anderenfalls würde das Gesetz einen Anspruch festschreiben, dessen Höhe unbekannt ist und von dem nicht feststeht, ob der Arbeitnehmer statt seiner nicht doch eher am Vereinbarten festhalten will. Eventuelle Ansprüche auf Zahlung von equal pay aus § 10 Abs. 4 AÜG entstehen somit nicht automatisch ex lege, sondern sind von einer entsprechenden Wahlentscheidung des Leiharbeitnehmers abhängig. Dieser muss seinem Arbeitgeber gegenüber erklären, dass er statt der vereinbarten wesentlichen Arbeitsbedingungen die Gewährung der in § 10 Abs. 4 AÜG gesetzlich vorgesehenen equal treatment-Arbeitsbedingungen für sich verlangt.

3. Bestehen eines durch eine Spitzenorganisation nach § 2 Abs. 3 TVG geschlossenen Tarifvertrags

Des Weiteren ist zu klären, ob und für welche Zeitdauer die CGZP-Tarifverträge möglicherweise nach Maßgabe der § 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2, § 9 Nr. 2 AÜG eine Abweichung vom equal treatment-Grundsatz angeordnet haben. Die betreffenden Tarifverträge haben nach den genannten Vorschriften Abweichungen vom gesetzlichen equal treatment-Grundsatz zugelassen. Sie müssen als Tarifverträge kraft normativer Wirkung nach § 4 Abs. 1 TVG für das Arbeitsverhältnis gegolten haben, § 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2, § 9 Nr. 2 AÜG.¹⁴ Oder sie waren kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahme

13 Vgl. näher zum Begriff der Ersetzungsbefugnis des Gläubigers *Bittner* in Staudinger, Kommentar zum BGB, Stand 2001, § 262 BGB, Rn. 9; *Heinrichs* in Palandt, Kommentar zum BGB, 70. Aufl. 2011, § 262 BGB, Rn. 9; *Krüger* in Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 262 BGB, Rn. 10.

14 Dazu *Kalb* in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 4. Aufl. 2010, § 3 AÜG, Rn. 38.

auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden, § 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3, § 9 Nr. 2 AÜG.¹⁵

An solchen wirksamen Tarifverträgen würde es vorliegend für die Vergangenheit mangeln, wenn die seinerzeit von der CGZP vereinbarten Verbands- und Firmentarifverträge unwirksam waren. Unwirksamkeit ist insbesondere dann anzunehmen, wenn die CGZP als Tarifvertragspartner nicht tariffähig war.¹⁶

a. Zum neuen, vom 1. Senat des BAG statuierten Erfordernis vollständiger Vermittlung von Tariffähigkeit der Mitglieder an den Spitzenverband

Wie bereits oben bei I 3. dargelegt, hat das BAG die Tariffähigkeit der CGZP deshalb verneint, weil deren Mitgliedsorganisationen ihre Tariffähigkeit nicht vollständig vermittelt hatten. Da es an dieser Vollständigkeit mangelte, wurde die Tariffähigkeit der CGZP abgelehnt.¹⁷

Dieses Erfordernis war bis dahin noch von niemandem behauptet worden. Es kontrastiert mit der These des BAG aus demselben Beschluss, dass in einem Spitzenverband auch nicht-tariffähige Organisationen Mitglieder sein dürfen.¹⁸ Dass die Mitgliedsorganisationen ihre Tariffähigkeit voll-

15 Dazu *Kalb* in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 4. Aufl. 2010, § 3 AÜG, Rn. 39.

16 Zur Nichtigkeit des Tarifvertrages bei fehlender Tariffähigkeit einer Tarifvertragspartei BAG 15.11.2006 – 10 AZR 665/05, NZA 2007, 448 ff. = BAGE 120, 182 ff.; *Henssler* in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 4. Aufl. 2010, § 2 TVG, Rn. 3; *Löwisch/Rieble*, Kommentar zum TVG, 2. Aufl. 2006, § 2 Rn. 178. Vgl. auch zur Nichtigkeit des Tarifvertrages bei fehlender Tarifzuständigkeit einer Tarifvertragspartei BAG 27.11.1964 – 1 ABR 13/63, NJW 1965, 887 = BAGE 16, 329 (332 ff.)

17 BAG Fn. 2, Rn. 76 ff.; dagegen zutreffend *Löwisch*, SAE 2011, 61 ff.

18 In der wissenschaftlichen Auseinandersetzung war bis dahin vor allem die Frage diskutiert worden, ob Spitzenorganisationen eigene oder abgeleitete Tarifabschlussbefugnisse haben, ob und inwieweit die Mitgliedschaft nicht tariffähiger Koalitionen (insbesondere nicht sozial mächtiger Gewerkschaften) die Tariffähigkeit der Spitzenorganisation tangiert und inwieweit Rückruf- oder sonstige Interventionsbefugnisse der Mitgliedsorganisationen beim Tarifabschluss der Spitzenorganisation bestehen, *Henssler* in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 4. Aufl. 2010, § 2 TVG, Rn. 31 ff.; *Löwisch*, SAE 2011, 61 ff.; *Ricken*, Autonomie und tarifliche Rechtssetzung, 2006, S. 302 ff.; *Rieble*, DB 2001, 2194 ff.; *Oetker* in Wiedemann, Kommentar zum TVG, 7. Aufl. 2007, § 2 TVG, Rn. 416 ff.; *Wiedemann/Thüsing*, RdA 1995, 280 ff. S. auch die Nachweise zu den Vorinstanzen des BAG sowie die Diskussion zur CGZP in Fn. 2, wo von möglicherweise (nicht) fehlender Tariffähigkeit wegen unvollständiger Übertragung der Tarifabschlussbefugnisse ebenfalls keine Rede ist.

ständig an den Spitzenverband vermittelt haben müssen, damit dieser ebenfalls tariffähig ist, war bisher nie auch nur als Kriterium der Tariffähigkeit erwogen worden.¹⁹ Das hat auch gute Gründe. Jede Delegation von Normsetzungsbefugnissen, jede Bevollmächtigung und jede sonstige Form der Mandatierung ist nicht davon abhängig, dass die betreffenden Befugnisse vollständig eingeräumt werden. Bedenkt man, dass Tarifverträge ohne weiteres von gemäß § 164 BGB Bevollmächtigten geschlossen werden können,²⁰ ohne dass diese eine tarifvertragsrechtliche Generalvollmacht innehaben, ist kein Grund für ein solches Erfordernis ersichtlich.²¹ Das ist unabhängig davon, ob man die Tariffähigkeit von Spitzenorganisationen als derivativ oder als originär wertet.²² Ebenso gut hätte man umgekehrt argumentieren und behaupten können, die Mitgliedsunternehmen dürften zur Wahrung ihrer Eigenständigkeit ihre Tariffähigkeit gerade nicht vollständig an den Spitzenverband vermittelt haben.

Auch im Hinblick auf die materiellen Kriterien der Tariffähigkeit von Arbeitnehmerorganisationen gibt es keine Anhaltspunkte für das Erfordernis der vollständigen Vermittlung von Tariffähigkeit. Insbesondere das vom BAG zwecks dessen Begründung neu entdeckte Grunderfordernis der Unteilbarkeit von Tariffähigkeit²³ geht ins Leere.²⁴ Der Hinweis des Beschlusses, dass es keine partielle, auf bestimmte Regionen, Berufskreise oder Branchen beschränkte Tariffähigkeit gebe,²⁵ ist wohl richtig, hilft aber nicht weiter. Dieser Gesichtspunkt ist bisher – soweit ersichtlich – nie als Kriterium für die Beurteilung der Tariffähigkeit von Spitzenorganisationen vorgebracht worden und besagt lediglich, dass die soziale Mächtigkeit einer Arbeitnehmerkoalition nicht nach den genannten Kriterien getrennt, sondern einheitlich beurteilt werden soll. Er steht aber in keinem Zusammenhang mit der Einräumung von Tarifsetzungsbefugnissen. Man kann allenfalls die soziale Mächtigkeit der Mitglieds-

19 S. oben bei Fn. 2, 4.

20 BAG 12.12.2007 – 4 AZR 996/06, NZA 2008, 892 (893 f.); *Franzen* in *ErfKomm*, 11. Aufl. 2011, § 2 TVG, Rn. 25; *Henssler* in *Henssler/Willemsen/Kalb*, *Arbeitsrecht Kommentar*, 4. Aufl. 2010, § 1 TVG, Rn. 15, § 2 TVG, Rn. 35; *Oetker* in *Wiedemann*, *Kommentar zum TVG*, 7. Aufl. 2007, § 2 TVG, Rn. 443 ff. S. zu den Möglichkeiten der Vertretung auch BAG 10.11.1993 – 4 AZR 184/93, AP Nr. 43 zu § 1 TVG Tarifverträge Einzelhandel; BAG 24.11.1993 – 4 AZR 407/92, AP Nr. 39 zu § 1 TVG Tarifverträge Einzelhandel.

21 *Löwisch*, SAE 2011, 61 (62).

22 Dazu *Ricken*, *Autonomie und tarifliche Rechtssetzung*, 2006, S. 302 ff.; *Rieble*, DB 2001, 2194 ff.; *Oetker* in *Wiedemann*, *Kommentar zum TVG*, 7. Aufl. 2007, § 2 TVG, Rn. 433 ff.; *Wiedemann/Thüsing*, RdA 1995, 280 ff.

23 BAG Fn. 2, Rn. 80 ff.

24 *Löwisch*, SAE 2011, 61 (62 f.).

25 So BAG Fn. 2, Rn. 81, unter Verweis auf BAG 5.10.2010 – 1 ABR 88/09, NJW 2011, 1386, Rn. 24; BAG 28.3.2006 – 1 ABR 58/04, BAGE 117, 308, Rn. 56.

organisationen auch für den Spitzenverband fordern in dem Sinne, dass ein (mangels entsprechender Verhandlungs- und Abschlussbefugnisse) nur durchsetzungsschwach agierender Spitzenverband keine Tariffähigkeit haben soll.²⁶ Das hat jedoch mit dem Vollständigkeitskriterium des BAG nichts zu tun.²⁷

Auffällig ist bei alledem, dass der Erste Senat bei der Verneinung der CGZP-Tariffähigkeit mit dem Abstellen auf die Eigenschaft als Spitzenverband i.S.d. § 2 Abs. 3 TVG praktisch das einzige Tatbestandsmerkmal entscheidungserheblich gemacht hat, in dem sich CGZP und die DGB-Tarifvertragsparteien in der Zeitarbeit unterscheiden. Während erstere das Modell des Spitzenverbandes wählte, bildeten die letzteren eine Tarifgemeinschaft. Da eine Tarifgemeinschaft nicht den neu geschaffenen Kriterien unterworfen ist, wurde eine rechtliche „Gefährdung“ der DGB-Zeitarbeitstarifverträge durch die neue Regel vermieden. Ob dahinter eine besondere politische Gestaltungsabsicht der Richter zu erkennen ist, soll hier nicht erwogen werden. Aus den Entscheidungsgründen ergibt sie sich nicht.

Insgesamt folgt aus der BAG-Entscheidung eine Einengung der Tarifabschlussbefugnisse, die ohne ersichtlichen Grund eingeführt wurde und bereits deshalb die damit verbundene Beschränkung der Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG nicht rechtfertigen kann.²⁸ Zudem stellt die ohne nachvollziehbaren Grund gemachte „Erfindung“ eines neuen Tatbestandsmerkmals für den Begriff der Spitzenorganisation eine Verletzung der staatlichen Neutralitätspflicht nach Art. 9 Abs. 3 GG dar. Denn die grundrechtliche Gewährleistung der Koalitionsfreiheit legt dem Staat die Verpflichtung auf, nicht zu Gunsten oder zu Lasten eines der Kontrahenten in die Auseinandersetzung um einen Tarifvertrag einzugreifen.²⁹ Diese Neutralitätsverpflichtung muss auch hinsichtlich der Konkurrenzbeziehungen zwischen unterschiedlichen Arbeitgeberver-

26 *Löwisch*, SAE 2011, 61 (62 f.); s. zur sozialen Mächtigkeit *Henssler* in *Henssler/Willemsen/Kalb*, Arbeitsrecht Kommentar, 4. Aufl. 2010, § 2 TVG, Rn. 18 ff. m.w.N.

27 Auch die historische Argumentation des BAG (BAG Fn. 2, Rn. 79) ist bisher nie vorgebracht worden und führt ebenfalls ins Leere. Der Textvorschlag des so genannten Lemgoer Entwurfs, der die Tariffähigkeit von Bundesinnungsverbänden anordnete, sagt über die Tariffähigkeit von Spitzenorganisationen nach § 2 Abs. 3 TVG heutiger Fassung nichts aus. Dasselbe gilt für die vom BAG zitierte Textstelle bei *Herschel*, ZfA 1973, 183 (189 f.).

28 *Löwisch*, SAE 2011, 61 (63 f.).

29 BVerfG 4.7.1995, AP Nr. 4 zu § 116 AFG; vgl. generell *Dieterich* in *ErfKomm*, 11. Aufl. 2011, Art. 9 GG Rz. 145 ff.; *Giesen*, ZfA 2008, 355 ff.; *Rieble*, ZfA 2005, 245 (269 f.); *Rüfner*, RdA 1997, 130 ff.; *Wiedemann* in: *Wiedemann*, Tarifvertragsgesetz, Einl. Rz. 99 ff.

bänden und hinsichtlich der Konkurrenzbeziehungen zwischen unterschiedlichen Gewerkschaften gelten. Wo verschiedene Gewerkschaften um Arbeitnehmer als Mitglieder und verschiedene Arbeitgeberverbände um Arbeitgeber als Mitglieder werben, muss sich der Staat ebenfalls und in gleicher Weise neutral verhalten. Deshalb ist er grundsätzlich auch gehindert, eine Koalition für „gut“ zu befinden und eine andere für „schlecht“. Hierauf läuft aber die „Erfindung“ des BAG hinaus, deren Notwendigkeit noch nicht erklärt werden konnte.

All dies soll und kann jedoch auf sich beruhen. Im Folgenden wird die Rechtsprechung des Ersten Senats des BAG als zutreffend zugrunde gelegt. Die These, nach der die Mitgliedsorganisationen ihre Tariffähigkeit vollständig an den Spitzenverband vermittelt haben müssen, wird also nicht weiter hinterfragt. Vielmehr sei ihre Richtigkeit in den weiteren Überlegungen unterstellt.

b. Bindungswirkung von Beschlüssen nach § 97 Abs. 1, § 2a Abs. 1 Nr. 4 ArbGG

Damit stellt sich zunächst die Frage nach der Reichweite der Entscheidung des BAG vom 14.12.2010 und weiterer arbeitsgerichtlicher Feststellungsentscheidungen über die fehlende Tariffähigkeit der CGZP. Beschlüsse nach § 97 Abs. 1, § 2a Abs. 1 Nr. 4 ArbGG können nämlich nicht generell die Frage nach der Tariffähigkeit einer Vereinigung betreffen, sondern stehen – wie alle Feststellungsentscheidungen – in einem zeitlichen und personellen Kontext. Es ist stets zu fragen, für welchen Zeitraum die Tariffähigkeit jeweils bejaht bzw. verneint wird. Hinzu kommt, dass am betreffenden Beschlussverfahren beim ArbG Berlin, beim LAG Berlin und beim BAG nur eine beschränkte Anzahl Personen beteiligt waren. Insbesondere Zeitarbeitsunternehmen, welche mit der CGZP Firmentarifverträge geschlossen hatten, waren nicht beteiligt. Es ist nicht klar, ob die Entscheidung für sie bindend sein kann. Beide Fragen, sowohl diejenige nach der temporalen als auch diejenige nach der personellen Bindungswirkung von Beschlüssen nach § 97 Abs. 1, § 2a Abs. 1 Nr. 4 ArbGG sollen im weiteren Text geklärt werden.

aa. Temporale Bindungswirkung von Beschlüssen nach § 97 Abs. 1, § 2a Abs. 1 Nr. 4 ArbGG

aaa. Relevanz der Fragestellung für die Beurteilung der zulässigen equal treatment-Abweichung nach § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2 AÜG

Für die Beurteilung der Wirksamkeit eines Tarifvertrages ist nach vorherrschender Rechtsmeinung der Zeitpunkt des Tarifvertragsschlusses

entscheidend.³⁰ Dem wird teilweise entgegengehalten, dass mit Wegfall einer Tarifvertragspartei auch die Grundlagen einer durch sie vermittelten Tarifgeltung entfielen. Nach dieser Gegenansicht kommt es also für die Tarifvertragsgeltung nicht nur auf die Tariffähigkeit im Zeitpunkt des Tarifvertragsschlusses an. Zusätzlich muss es, damit der Tarifvertrag nicht später wegfällt, bei der Tariffähigkeit bleiben. Verliert demnach eine Tarifvertragspartei ihre Tariffähigkeit, fällt in diesem Moment auch die Tarifgeltung weg. Der Tarifvertrag gilt gemäß dieser Meinung dann aber noch aufgrund Nachwirkung gemäß § 4 Abs. 5 TVG.³¹

Diese Auseinandersetzung kann allerdings hier auf sich beruhen, da sowohl die Tarifgeltung nach § 3, § 4 Abs. 1 TVG als auch die Nachwirkung gemäß § 4 Abs. 5 TVG zur Freistellung vom equal treatment-Gebot nach § 9 Nr. 2 AÜG führen.³² Entscheidend ist damit in jedem Fall die Tariffähigkeit im Zeitpunkt des Tarifvertragsschlusses.

bbb. Beginn der Bindungswirkung des BAG-Beschlusses vom 14.12.2010 am 7.12.2009

Die zeitliche Reichweite der Entscheidung des BAG vom 14.12.2010 wird weder im Beschlusstenor noch in den Gründen näher dargelegt. Hier wäre eine Klarstellung hilfreich gewesen, wie sie insbesondere das ArbG Berlin fünf Monate später mit großer Präzision getroffen hat.³³ Freilich lässt sie sich dem Beschluss des BAG ebenfalls entnehmen. Dieser hat zunächst einmal Gegenwartsbezug. Das bedeutet, dass er – entsprechend dem im Verfahren gestellten Antrag – sprachlich die „Jetztzeit“ betrifft. Dass die Feststellungsentscheidung hierauf beschränkt ist, beruht auf den gegenwartsbezogenen Anträgen, die im Verfahren gestellt worden sind. Das

30 So ausdrücklich für den vorliegenden Fall ArbG Berlin 30.5.2011, dazu näher unten bei Fn. 47; ebenso *Oetker* in Wiedemann, Kommentar zum TVG, 7. Aufl. 2007, § 2 TVG, Rn. 15; *ders.* in Jacobs/Krause/Oetker, Tarifvertragsrecht, 2007, S. 78 f., § 2, Rn. 20; *Stein* in Kempen/Zachert, Kommentar zum TVG, 4. Aufl. 2006, § 2 TVG, Rn. 138 ff.

31 *Löwisch/Rieble*, Kommentar zum TVG, 2. Aufl. 2006, § 2 Rn. 180. Dem hält *Oetker* (a.a.O.) entgegen, dass der Wegfall eines Rechtssubjekts nicht zwingend zum Wegfall der von ihm mit geschaffenen Rechtsgeschäften oder Rechtsnormen führt. Nach der Rechtsprechung des BAG entfallen bei späterem Verlust der Tariffähigkeit zumindest die Regelungen des schuldrechtlichen Tarifvertragsteils, BAG 11.11.1970 – 4 AZR 522/69, AP Nr. 28 zu § 2 TVG. Im Fall der Auflösung des Arbeitgeberverbandes nimmt das BAG ebenfalls den Entfall der Tarifgeltung an, BAG 15.10.1986 – 4 AZR 289/85, AP Nr. 4 zu § 3 TVG.

32 *Schüren*, Kommentar zum AÜG, 4. Aufl. 2010, § 9 AÜG, Rn. 175 ff.; *Boemke/Lembke*, Kommentar zum AÜG, 2. Aufl. 2009, § 9 AÜG, Rn. 142; *Mengel* in Thüsing, Kommentar zum AÜG, 2. Aufl. 2008, § 9 AÜG, Rn. 41; *Thüsing*, DB 2003, 446 (448 f.).

33 ArbG Berlin 30.5.2011, dazu näher unten bei Fn. 47.

BAG macht dies in dem Beschluss in der Weise deutlich, dass es den vorinstanzlichen Feststellungstenor aufrecht erhält und in seinen Entscheidungsgründen ausführt, dass es sich um eine „gegenwartsbezogene“ Feststellung handele.³⁴

Da im Beschlussverfahren – ebenso wie im Urteilsverfahren – bis zum Ende der letzten mündlichen Verhandlung beim LAG Tatsachen vorgetragen werden können, wird man wohl diesen Termin als denjenigen ansehen müssen, mit dem diese prozessuale „Gegenwart“ beginnt. Das entspricht den allgemeinen Regeln zur Rechtskraft, nach welchen sich diese auf die Faktenlage zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung in der letzten Tatsacheninstanz bezieht.³⁵ Da der Termin der letzten mündlichen Verhandlung beim LAG Berlin der 7.12.2009 war, beginnt demnach zu diesem Zeitpunkt die Phase, für welche die Feststellung der fehlenden Tariffähigkeit der CGZP eingreift.³⁶

**ccc. Ende der Bindungswirkung des Beschlusses vom
14.12.2010 mit dem Inkrafttreten von § 3a AÜG am
30.4.2011**

Wenn somit der Beschluss vom 14.12.2010 die fehlende Tariffähigkeit der CGZP für die Zeit ab dem 7.12.2009 feststellt, fragt sich weiter, wann der feststellungsbezogene Zeitraum endet bzw. geendet hat. Zunächst ist festzuhalten, dass sich die Feststellung nicht nur auf den 7.12.2009 beschränkt; das BAG und seine Vorinstanzen haben mit dem genannten Gegenwartsbezug also keine terminliche „Punktlandung“ dergestalt gemacht, dass die Feststellung der fehlenden Tariffähigkeit nur für den 7.12.2009 eingreifen sollte.³⁷ Der Beschluss vom 14.12.2010 hatte vielmehr zeitlich so lange Bestand, wie sich nicht die zugrundeliegende Tatsachenlage entscheidungserheblich änderte. Nach der Rechtsprechung des

34 BAG Fn. 2, Rn. 34, 63; s. dementsprechend die Ablehnung anderweitiger Rechtshängigkeit wegen des Vergangenheitsbezugs eines anderen Verfahrens (Rn. 38) und die gegenwartsbezogene Prüfung der Satzungsrechtslage in den Rn. 93 ff.

35 *Vollkommer* in Zöller, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 28. Aufl. 2010, Vor § 322 ZPO, Rn. 53.

36 Ebenso ausdrücklich ArbG Bautzen Aussetzungsbeschluss vom 4.5.2011 – 2 Ca 2328/10, noch unveröffentlicht; ArbG Freiburg Aussetzungsbeschluss vom 13.4.2011 – 3 Ca 497/10, DB 2011, 1001. Anderer Ansicht *Löwisch*, SAE 2011, 61 ff., der vom Verkündungszeitpunkt des BAG-Beschlusses ausgeht, also dem 14.12.2010.

37 Das hätte einer ausdrücklichen Klarstellung bedurft, wie sie etwa später das ArbG Berlin gemacht hat, als es die fehlende Tariffähigkeit der CGZP nur für bestimmte Tage der Vergangenheit feststellte, ArbG Berlin 30.5.2011, dazu näher unten bei Fn. 47.

BAG sind Beschlüsse im Beschlussverfahren und insbesondere Beschlüsse in Verfahren nach § 2a Abs. 1 Nr. 4, § 97 ArbGG der formellen und materiellen Rechtskraft gemäß § 322 Abs. 1 ZPO fähig. Folge ist, dass eine erneute Entscheidung in derselben Sache desselben oder eines anderen Gerichts ausgeschlossen ist. Die objektiven Grenzen der Rechtskraft werden durch den Streitgegenstand des Verfahrens bestimmt. Dabei kann die Feststellung der bestehenden oder fehlenden Tariffähigkeit als Feststellungsentscheidung mit Dauerwirkung längere Zeit Bestand haben.³⁸

Prominentes Beispiel ist die Entscheidung des ArbG Stuttgart von 1972, in welcher 1972 die Tariffähigkeit des "Christlichen Metallarbeiterverbands Deutschlands" (CMV), festgestellt wurde, der sich 1991 in die "Christliche Gewerkschaft Metall" (CGM) umbenannte.³⁹ Das BAG entschied im Jahr 2000, dass diese Entscheidung theoretisch weiterhin noch der Rechtskraft fähig sein konnte. Im konkreten Fall nahm es aber den Rechtskraftwegfall an, weil sich im Zuge der deutschen Einheit die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Beurteilung der Tariffähigkeit geändert hatten.⁴⁰

Das Ende der Rechtskraft kommt demnach dann in Betracht, wenn sich die maßgeblichen tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse wesentlich geändert haben, also diejenigen Fakten oder Regelungen, die für die im Beschluss ausgesprochene Rechtsfolge als maßgeblich angesehen worden sind. Im vorliegenden Fall bedeutet das, dass die Rechtskraft der Entscheidung vom 14.12.2010 jedenfalls dann endet, wenn sich die CGZP eine neue Struktur gegeben und somit der vom BAG attestierte Mangel (unvollständige Übertragung von Tarifzuständigkeiten durch die Mitgliedsgewerkschaften auf die Spitzenorganisation) entfällt.

In der Literatur wird die Ansicht vertreten, die Bindungswirkung des BAG-Beschlusses vom 14.12.2010 sei bereits mit dem Inkrafttreten des neuen § 3a AÜG am 30.4.2011 wieder entfallen. Zu dieser Zeit hätten sich die tatsächlichen Verhältnisse, welche der Entscheidung zugrunde gelegen hätten, wesentlich geändert. Hingewiesen wird dabei auf die neue Vorschrift zur staatlichen Festlegung einer Lohnuntergrenze, § 3a AÜG.⁴¹

In § 3a Abs. 1 AÜG n.F. heißt es: „Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern, die zumindest auch für ihre jeweiligen in der Arbeitnehmerüberlassung tätigen Mitglieder zuständig sind (vorschlagsberechtigte Tarifvertragsparteien) und bundesweit tarifliche Mindest-

38 BAG 6.6.2000 – 1 ABR 21/99, BAGE 95, 47 ff.

39 ArbG Stuttgart 4.2.1972 – 6 BV 3/71, EzA Nr. 9 zu Art. 9 GG.

40 BAG 6.6.2000 – 1 ABR 21/99, BAGE 95, 47 ff. m.w.N. Später, im Jahr 2006, wurde dann die Tariffähigkeit der CGM erneut auf der Grundlage der dann aktuellen Situation positiv festgestellt, BAG 28.3.2006 – 1 ABR 58/04, NZA 2006, 1112 ff.

41 *Lützel/Bissels* DB 2011, 1636 (1637).

stundenentgelte im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung miteinander vereinbart haben, können dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales vorschlagen, diese als Lohnuntergrenze in einer Rechtsverordnung verbindlich festzusetzen...“ Nach § 3a Abs. 2 S. 1 AÜG n.F. kann das Ministerium bestimmen, „dass die vorgeschlagenen tariflichen Mindeststundenentgelte nach Absatz 1 als verbindliche Lohnuntergrenze auf alle in den Geltungsbereich der Verordnung fallenden Arbeitgeber sowie Leiharbeitnehmer Anwendung findet.“⁴²

Damit stellt sich zunächst die Frage, wann eine derartige Änderung der Tatsachenlage gegeben ist, dass die Bindungswirkung eines Beschlusses über die Tariffähigkeit einer Vereinigung nach § 97 ArbGG entfällt.

Leitentscheidung ist auch hier wieder diejenige des BAG vom 6.6.2000, in der das Gericht über die Rechtskraft des ArbG Stuttgart-Beschlusses von 1972 zur Tariffähigkeit der CGM Stellung genommen hat. Dort hat das BAG eine Änderung der rechtlichen Umstände deshalb bejaht, weil im Staatsvertrag zur deutschen Einheit unter A III 2 eine Definition der Tariffähigkeit normiert worden war. Hier hieß es, dass "tariffähige Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände ... frei gebildet, gegnerfrei, auf überbetrieblicher Grundlage organisiert und unabhängig sein sowie das geltende Tarifrecht als für sich verbindlich anerkennen (müssten); ferner müß(t)en sie in der Lage sein, durch Ausüben von Druck auf den Tarifpartner zu einem Tarifabschluss zu kommen." Mit dieser Regelung war nach Meinung des BAG eine wesentliche Änderung der Qualität der Kriterien für die Annahme einer Gewerkschaft eingetreten, welche einer Gesetzesänderung gleichzusetzen sei. Voraussetzung für die Annahme einer wesentlichen rechtlichen Änderung ist laut BAG dabei nicht zwingend eine andere rechtliche Beurteilung einer streitigen Frage. Es genügt eine wesentliche Änderung der rechtlichen Verhältnisse. Eine solche könne, so das BAG, auch in der qualitativen Änderung der Prüfungskriterien liegen, beispielsweise in der Bestätigung einer Rechtsprechung durch den Gesetzgeber. Es mache für die Rechtsanwendung - auch durch die Gerichte - eben einen wesentlichen Unterschied, ob einzelne Merkmale eines Rechtsbegriffs ausdrücklich vom Gesetz bestimmt oder lediglich von der Rechtsprechung entwickelt worden seien.⁴³ Somit kam es nicht auf eine Änderung der Rechtslage durch den Gesetzgeber an,

42 BGBl. I 2001, S. 642; das Inkrafttreten von § 3a AÜG ist in Art. 2 i.V.m. Art. 1 Nr. 6 des Änderungsgesetzes für den Tag nach der Verkündung (29.4.2011) angeordnet worden. S. zu § 3a AÜG die Entwurfsbegründung im Änderungsantrag der CDU/CSU- sowie der FDP-Fraktion im Bundestagsausschuss für Arbeit und Soziales, Ausschussdrucksache 17(11)446 vom 15.3.2011, S. 2 ff. Vgl. zum neuen Recht auch *Düwell*, DB 2011, 1520 ff.; *Leuchten*, NZA 2011, 608 ff.

43 BAG 6.6.2000 – 1 ABR 21/99, BAGE 95, 47 ff. m.w.N., vgl. oben Fn. 38, 40.

sondern es genüge bereits eine Änderung der Qualität der zugrunde liegenden Regelungen.

Im vorliegenden Fall hat sich tatsächlich eine Änderung der rechtlichen Rahmenbedingungen ergeben. Zwar ist nicht sicher, ob diese zu einer anderen Beurteilung des Tatbestandsmerkmals „Spitzenverband“ i.S.d. § 2 Abs. 3 TVG führen muss, zumal von diesem Tatbestandsmerkmal in § 3a AÜG nicht ausdrücklich die Rede ist. Jedoch geht die neue Vorschrift davon aus, dass auch Gewerkschaften, die nur für einen Teil ihrer Mitglieder tarifzuständig in der Arbeitnehmerüberlassung sind, wirksame Tarifverträge schließen können. Mittelbar folgt daraus, dass der Gesetzgeber die Situation billigt, in der Gewerkschaften branchenübergreifend unter Einschluss der Zeitarbeit organisiert sind und dennoch in einem Tarifvertrag ausschließlich Zeitarbeit regeln. Dies hindert nicht den Abschluss wirksamer Tarifverträge – sonst wäre nicht in § 3a Abs. 1 S. 1, § 3a Abs. 2 S. 1 AÜG wie selbstverständlich von „Tarifvertragsparteien“ und „tariflichen“ Mindeststundenentgelten die Rede.

All das dürfte bereits jetzt zulässig gewesen sein, so dass man insofern von einer unveränderten Rechtslage ausgehen kann. Jedoch ist mit der Gesetzesbestimmung erstens der vom BAG behauptete „Grundsatz der Unteilbarkeit der Tariffähigkeit“⁴⁴ insofern erschüttert, als aus ihm das Erfordernis folgt, dass Mitgliedsgewerkschaften ihre Tariffähigkeit vollständig an einen Spitzenverband übertragen haben müssen. Wenn sich schon aus § 3a AÜG ergibt, dass auch die unvollständige Wahrnehmung von Tarifzuständigkeiten zu wirksamen Tarifverträgen führt, dann kann dieser Grundsatz zumindest in der vom BAG behaupteten Tiefe nicht mehr gelten. Hinzu kommt zweitens, dass – ähnlich wie im Fall des Staatsvertrags zur deutschen Einheit – mit § 3a AÜG eine ergänzende Normierung von Regelungen über die Tariffähigkeit vorgenommen worden ist. Unabhängig also davon, ob diese Vorschrift etwas an der Auslegung des Begriffs der Tariffähigkeit geändert hat (und damit auch unabhängig davon, ob der „Grundsatz der Unteilbarkeit der Tariffähigkeit“ erschüttert wurde), schafft sie doch als solche eine wesentliche Änderung der diesbezüglichen rechtlichen Verhältnisse. Nachdem also Tariffähigkeit hier zusätzlich und ergänzend normiert wurde, ist zumindest eine Überführung von Richterrecht in Gesetzesrecht vorgenommen worden. Somit liegt auch eine Änderung der Qualität der zugrunde liegenden Regelungen vor.

Damit ist die Bindungswirkung des BAG-Beschlusses vom 14.12.2010 mit dem 7.12.2009 eingetreten und am 30.4.2011 wieder entfallen.

44 BAG Fn. 2, Rn. 80 ff.; dazu oben bei Fn. 23.

ddd. Entscheidungen zur Rechtslage vor dem 7.12.2009; insbesondere der nicht rechtskräftige Beschluss des ArbG Berlin vom 30.5.2011

Mit der Frage, ob die CGZP in der Zeit vor dem 7.12.2009 tariffähig war, haben sich nach der Entscheidung des BAG vom 14.12.2010 mehrere Arbeitsgerichte befasst. Die Arbeitsgerichte Bautzen, Freiburg und Kaiserslautern haben Aussetzungsbeschlüsse nach § 97 Abs. 5 ArbGG getroffen, weil sie der Meinung sind, das BAG habe am 14.12.2010 nicht über die Tariffähigkeit in der Vergangenheit entschieden. Die Entscheidungen des ArbG Kaiserslautern und des ArbG Freiburg wurden vom LAG Rheinland-Pfalz und vom LAG Baden-Württemberg in der Beschwerdeinstanz bestätigt.⁴⁵ Die Arbeitsgerichte Bremen-Bremerhaven, Dortmund, Hanau, Herford und Frankfurt (Oder) haben sich gegen diese Ansicht gewandt und Fälle der equal pay-Entgeltforderung zulasten der verklagten Leiharbeitgeber entschieden. Zur Begründung meinen sie, es ergebe sich zumindest aus der Begründung des BAG-Beschlusses, dass die CGZP in der Vergangenheit tarifunfähig gewesen sei. Eine Aussetzung nach § 97 Abs. 5 ArbGG sei deshalb nicht erforderlich. Die Gerichte befassen sich allerdings mehr mit der Interpretation des BAG-Beschlusses und weniger mit den Problemen der Bindungswirkung dieses Beschlusses oder etwa mit Fragen der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der damit verbundenen Rückwirkung von Rechtsprechung.⁴⁶ Von daher ist es nicht leicht, sich mit der von ihnen vertretenen Ansicht auseinanderzusetzen.

Am 30.5.2011 hat das ArbG Berlin in einem Verfahren nach § 97 Abs. 1 ArbGG entschieden, dass die CGZP auch in der Zeit vor dem Stichzeitpunkt des BAG-Beschlusses tarifunfähig gewesen sei.⁴⁷ Der Beschluss ist

45 ArbG Freiburg Aussetzungsbeschluss vom 13.4.2011 – 3 Ca 497/10, DB 2011, 1001; ArbG Bautzen Aussetzungsbeschluss vom 4.5.2011 – 2 Ca 2328/10, noch unveröffentlicht; ArbG Kaiserslautern 25.3.2011 – 8 Ca 1031/09, noch unveröffentlicht; LAG Rheinland-Pfalz 15.6.2011 – 6 Ta 99/11, BB 2011, 1916 f. m. zust. Anm. *Bissels*; LAG Baden-Württemberg 21.6.2011 – 11 Ta 10/11, zitiert nach juris.

46 ArbG Bremen-Bremerhaven 12.5.2011 – 5 Ca 5129/10, zitiert nach juris; ArbG Dortmund 16.3.2011 – 8 Ca 18/11, zitiert nach juris; ArbG Herford 4.5.2011 – 2 Ca 144/11, ArbR 2011, 309; ArbG Frankfurt (Oder) 9.6.2011 – 3 Ca 422/11, zitiert nach juris; ArbG Hanau 11.5.2011 – 1 Ca 391/09, noch unveröffentlicht, unter unzutreffender Berufung auf *Brors*, AuR 2011, 138 ff., die festhält, dass der BAG-Beschluss keine Feststellungswirkung über die Vergangenheit trifft. *Brors* schließt lediglich aus der Beschlussbegründung, dass es nach den dort genannten Maßstäben in der Vergangenheit an Tariffähigkeit gemangelt habe. Zu dieser – unzutreffenden – Ansicht näher unter II 3 b. Weitere Nachweise zu unveröffentlichten Entscheidungen finden sich bei *Lützeler/Bissels* DB 2011, 1636 (Fn. 4) und bei *Bissels*, BB 2011, 1917 (1918).

47 ArbG Berlin 30.5.2011 – 29 BV 13947/10, noch unveröffentlicht.

noch nicht rechtskräftig. Er bezieht sich auf drei Zeitpunkte, den 29.11.2004, den 19.6.2006 und den 9.7.2008. Für diese Zeitpunkte wird neben der fehlenden Tariffähigkeit auch die fehlende Tarifizständigkeit der CGZP für die Zeitarbeitsbranche festgestellt. Am betreffenden Verfahren waren – wie am Verfahren des BAG-Beschlusses vom 14.12.2010 – Unternehmen nicht beteiligt, die mit der CGZP Firmentarifverträge geschlossen hatten. Das ArbG Berlin erklärte dies für unschädlich, insbesondere indem es klarstellte, dass seine Entscheidung für die betreffenden Unternehmen keine Bindungswirkung habe. Denn diese hatten an den betreffenden Tagen (29.11.2004, 19.6.2006 und 9.7.2008) mit der CGZP keine Tarifverträge geschlossen. Für Zeiten davor, dazwischen und danach war nach der ausdrücklichen Klarstellung des Gerichts nichts entschieden, so dass die Unternehmen mit Firmentarifverträgen nicht betroffen waren.

Zudem ging das ArbG Berlin auf die Frage ein, ob mit der für die genannten Daten zurückwirkenden Feststellung fehlender Tariffähigkeit und Tarifizständigkeit Grundsätze des Vertrauensschutzes verletzt seien. Dies verneinte es mit der Begründung, dass es in seiner Entscheidung nicht um die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit von Tarifverträgen ging. Damit hat es ausdrücklich für möglich erklärt, dass von der CGZP geschlossene Tarifverträge trotz in der Vergangenheit mangelnder Tariffähigkeit und Tarifizständigkeit wirksam sein können. Das ArbG Berlin hat also nach seiner eigenen Aussage nicht über die Frage entschieden, ob die Tarifverträge der CGZP unwirksam sind und somit mangels wirksamer Tarifverträge nachträglich und rückwirkend equal treatment-Arbeitsbedingungen anzunehmen sind.⁴⁸

In einer weiteren Entscheidung vom 8.9.2011 hat das ArbG Berlin für den 22.7.2003 entschieden, dass die CGZP tarifunfähig war.⁴⁹

bb. Keine Bindungswirkung für nicht verfahrensbeteiligte Tarifvertragsparteien

Soweit durch arbeitsgerichtlichen Beschluss gemäß § 97 Abs. 1, § 2a Abs. 1 Nr. 4 ArbGG festgestellt wird, dass eine Vereinigung zu einem bestimmten Zeitpunkt oder in einer bestimmten Zeitphase nicht tariffähig ist oder war, stellt sich weiter die Frage, wie weit die personelle Bindungswirkung einer

48 Die anders lautenden Pressemeldungen erscheinen demnach zumindest voreilig, s. etwa FAZ 31.5.2011, S. 1 („Nachforderungen in Milliardenhöhe“), S. 9 („Zeitarbeitsfirmen müssen zahlen“).

49 ArbG Berlin 8.9.2011 – 63 BV 9415/08, noch unveröffentlicht. Siehe zu dieser Entscheidung näher unten II 4 b.

solchen Entscheidung reicht.⁵⁰ In seinem Beschluss vom 30.5.2011 hat das ArbG Berlin sie offen gelassen, aber klargestellt, dass die nicht beteiligten Arbeitgeber, welche Firmentarifverträge geschlossen hatten, mangels zeitlicher Betroffenheit von seinem Beschluss nicht erfasst sind.⁵¹

Nach einer Entscheidung des BAG aus dem Jahr 1986 wirkt ein Beschluss, der gemäß § 97 Abs. 1, § 2a Abs. 1 Nr. 4 ArbGG über die Tariffähigkeit einer Vereinigung ergeht, inter omnes, also gegenüber jedermann. Freilich hat das BAG diese Frage im Jahr 2000 wieder ausdrücklich offen gelassen.⁵² Die Literatur hat sich – wohl weil die spätere Relativierung von 2000 nicht rezipiert wurde – der Entscheidung von 1986 überwiegend angeschlossen. Allerdings beruht diese Gefolgschaft darauf, dass man ebenfalls der Ansicht ist, auch einzelne Arbeitgeber, die mit der betreffenden Vereinigung Firmentarifverträge geschlossen haben, seien am Verfahren zu beteiligen.⁵³

Dagegen wendet sich *Dörner*, der erklärt, eine universelle Bindungswirkung der Feststellungsentscheidung sei im Gesetz nicht angelegt und auch nicht erforderlich.⁵⁴ Der Wortlaut von § 97 Abs. 1, § 2a Abs. 1 Nr. 4 ArbGG und die Rechtsnatur des Beschlussverfahrens stützen die Ansicht von der Jedermannwirkung in der Tat nicht.

Das BAG hat sich in seinem Beschluss vom 14.12.2010 mit dieser Frage nicht beschäftigt und musste das auch nicht tun. Es hat lediglich fest-

50 Für eine strikte Beschränkung der Bindungswirkung auf Verfahrensbeteiligte Löwisch, SAE 2011, 61 (64 f.).

51 ArbG Berlin 30.5.2011 – 29 BV 13947/10, noch unveröffentlicht, S. 40; ebenso *Zeppenfeld/Faust*, NJW 2011, 1643 f.

52 BAG 25.11.1986 – 1 ABR 22/85, BAGE 53, 347; BAG 6.6.2000 – 1 ABR 21/99, BAGE 95, 47 ff.

53 *Bepler* in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 4. Aufl. 2010, § 97 ArbGG, Rn. 15; *Walker* in Schwab/Weth (Hrsg.), Kommentar zum ArbGG, 3. Aufl. 2011, § 97 ArbGG, Rn. 34; *Matthes/Schlewing* in Germelmann u.a., Kommentar zum ArbGG, 7. Aufl. 2009, § 97 ArbGG Rn. 29; *Friedrich* in Dornbusch/Fischermeier/Löwisch, Fachanwaltskommentar Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2010, § 97 ArbGG, Rn. 19. Dass auch einzelne Arbeitgeber, die mit der betreffenden Vereinigung Firmentarifverträge geschlossen haben zwingend am Verfahren beteiligt werden müssen, ist nachzulesen bei *Matthes/Schlewing* a.a.O. Rn. 23; *Walker* a.a.O. Rn. 19, 21; *Bepler* a.a.O. Rn. 8; *Friedrich* a.a.O. Rn. 17. Die Feststellung der fehlenden Gewerkschaftseigenschaft einer Organisation wirkt nach der Rechtsprechung des BAG inter omnes, BAG 15.11.2006 – 10 AZR 665/05, NZA 2007, 448 ff. = BAGE 120, 182 ff.; BAG 28.3.2006 – 1 ABR 58/04, NZA 2006, 1112 (1114); BAG 6.6.2000 – 1 ABR 10/99, NZA 2001, 160 (161).

54 *Dörner* in GK-ArbGG, Loseblattsammlung, Stand Juli 2010, § 97 ArbGG Rn. 55 f.

gehalten, dass es für die Entscheidung nach § 97 Abs. 1, § 2a Abs. 1 Nr. 4 ArbGG nicht erforderlich war, Arbeitgeber, die mit der CGZP Tarifverträge geschlossen hatten, am Verfahren zu beteiligen oder ihnen sonst Gehör zu verschaffen. Zur Begründung heißt es, die Wahrnehmung der Arbeitgeberinteressen sei mit der Beteiligung des arbeitgeberseitig stets gemäß § 97 Abs. 1 ArbGG beteiligten Spitzenverbandes gewährleistet. Die Beschränkung der Zahl nach § 97 Abs. 1, § 83 Abs. 3 ArbGG anzuhörender Personen sei zudem der Verfahrensökonomie geschuldet. Die Rechte einzelner Arbeitgeber, welche mit der jeweils betroffenen Arbeitnehmerorganisation Tarifverträge geschlossen hätten, seien dadurch gewahrt, dass diese die Wirksamkeit von Tarifverträgen nach § 9 TVG nachprüfen lassen könnten. Ein solches Verfahren würde dann gegebenenfalls für die Dauer des Verfahrens nach § 97 Abs. 5 S. 1, § 2a Abs. 1 Nr. 4 ArbGG ausgesetzt und der Arbeitgeber würde auf diesem Wege kraft gesetzlicher Anordnung nach § 97 Abs. 5 S. 2 ArbGG Verfahrensbeteiligter.⁵⁵

Diese Ausführungen machen nicht nur deutlich, dass laut BAG ein Verfahren nach § 97 Abs. 1, § 2a Abs. 1 Nr. 4 ArbGG ohne Beteiligung von Arbeitgebern durchgeführt werden kann, welche mit der betreffenden Arbeitnehmerorganisation (hier: der CGZP) Tarifverträge geschlossen haben. Aus ihnen muss auch folgen, dass dies nur dann denkbar ist, wenn die betreffende Entscheidung nach § 97 Abs. 1, § 2a Abs. 1 Nr. 4 ArbGG insoweit keine Jedermannwirkung nach sich ziehen kann.

Würde man das anders sehen, hieße das, dass Arbeitgeber oder Arbeitgeberverbände keine Möglichkeit haben, Sach- oder Rechtsgründe vorzutragen, welche erheblich sind für die Beurteilung der Wirksamkeit von ihnen möglicherweise schon vor Jahren geschlossener und jahrelang praktizierter Tarifverträge. Eine solche Situation würde im Widerspruch stehen zum Grundrecht auf Gewährung rechtlichen Gehörs nach Art. 103 Abs. 1 GG. Gemäß der Rechtsprechung zu Art. 103 Abs. 1 GG ist jedermann vor Gericht zu hören, wenn die zu treffende Entscheidung für ihn eine mögliche Rechtsbeeinträchtigung enthalten wird. Freilich gilt das nur dann, wenn die zunächst nicht verfahrensbeteiligte Person durch eine Gerichtsentscheidung unmittelbar rechtlich betroffen sein wird. Mittelbare Beeinträchtigungen genügen nicht.⁵⁶ Beispielsfall ist ein Gestaltungsurteil,

55 BAG Fn. 2, Rn. 59 f. A.A. die bisher allgemeine Meinung, so etwa *Matthes/Schlewing, Walker, Bepler, Friedrich* oben Fn. 53. In diesem Sinne auch BAG 5.10.2010 – 1 ABR 88/09, NJW 2011, 1386, Rn. 18: „Beteiligt sind ferner die Arbeitnehmer- und die Arbeitgeberseite, soweit die Entscheidung sie berühren kann.“ Lediglich *Dörner* (oben Fn. 54, Rn. 22) sieht das anders, will aber im Gegenzug die jeweilige Entscheidung dann auch nicht gegen die unbeteiligte Person gelten lassen, verneint also die inter omnes-Wirkung.

56 BVerfG 9.2.1982 – 1 BvR 191/81, E 60, 7 (13); BVerfG 22.4.1964 – 2 BvR 190/62, E 17, 356 (363); BVerfG 14.4.1988 – 1 BvR 544/86, E 75, 201 (215); BVerfG

das Bindungswirkung für den betreffenden Dritten entfaltet. Aus Art. 103 Abs. 1 GG folgt somit, dass der Dritte entweder am Verfahren zu beteiligen ist oder dass er – wenn dies nicht geschieht – keine Nachteile aus der betreffenden Wirkung erleiden darf. Das hat zur Konsequenz, dass belastende Entscheidungen für ihn mangels Gehörgewährung keine Bindungswirkung haben können.⁵⁷ Ein solcher Fall wäre hier gegeben, wenn die fehlende Tariffähigkeit der CGZP mit Bindungswirkung auch für solche Arbeitgeber und Verbände festgestellt wäre, die mit der CGZP Tarifverträge schlossen, aber nicht verfahrensbeteiligt waren. Die Feststellung der Tarifunfähigkeit und damit der Nichtigkeit der genannten Tarifverträge würde nicht nur auf die Verbände, sondern auch auf die Arbeitgeber als unmittelbar Betroffene wirken. Der Grund hierfür ist ein doppelter: Erstens mangelt es an der in § 3, § 4 Abs. 1 TVG angeordneten normativen Wirkung der von ihnen geschlossenen Tarifverträge. Und zweitens mangelt es an der Freistellung vom equal treatment-Gebot nach § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2 AÜG.

Dies ist im Ergebnis auch die Ansicht ausnahmslos aller Autoren, die sich bisher zu der Frage der inter omnes-Wirkung nach § 97 ArbGG geäußert haben. Die vorherrschende Meinung in der Literatur bejaht die inter omnes-Wirkung, fordert aber die Beteiligung aller unmittelbar betroffener Arbeitgeber.⁵⁸ Die Gegenansicht verneint die inter omnes-Wirkung und verlangt im Gegenzug auch keine Beteiligung aller Arbeitgeber, die Tarifverträge mit der betreffenden Organisation geschlossen haben.⁵⁹ Damit erfüllen beide Meinungen das auf Art. 103 Abs. 1 GG beruhende Erfordernis, dass der Dritte entweder am Verfahren zu beteiligen ist (vorherrschende Meinung) oder dass er – wenn dies nicht geschieht – keine Nachteile aus der betreffenden Wirkung erleiden darf (Gegenansicht).

Die Verfahrensbeteiligung derjenigen Arbeitgeber, mit denen eine Arbeitnehmerorganisation Firmentarifverträge geschlossen hat, mag somit – entsprechend dem Beschluss vom 14.12.2010 – nicht Voraussetzung für eine Entscheidung über die Tariffähigkeit gemäß § 97 Abs. 5 S. 1, § 2a Abs. 1 Nr. 4 ArbGG sein. Jedoch folgt aus Art. 103 Abs. 1 GG, dass die betreffenden Arbeitgeber nicht der Bindungswirkung einer solchen Entscheidung unterliegen können. Sollte also in einem Verfahren nach § 97

8.2.1994 – 1 BvR 765/89, E 89, 381 (390 f.); *Radtke/Hagemeyer* in Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Stand 2011, Art. 103, Rn. 4; *Degenhart* in Sachs, Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl. 2009, Art. 103 GG, Rn. 10.

57 *Degenhart* in Sachs, Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl. 2009, Art. 103 GG, Rn. 10; *Schmidt-Aßmann* in Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Stand November 2006, Art. 103 GG, Rn. 43.

58 *Matthes/Schlewing, Walker, Bepler, Friedrich* oben Fn. 53, 55.

59 *Dörner* oben Fn. 54, 55.

Abs. 1, § 2a Abs. 1 Nr. 4 ArbGG, an dem ein Unternehmen nicht beteiligt war, welches mit der CGZP Firmentarifverträge geschlossen hat, die fehlende Tariffähigkeit der CGZP festgestellt werden, würde dieser Beschluss für dieses Unternehmen keine Bindungswirkung haben.

Zusammengefasst ist somit festzuhalten, dass der Beschluss des BAG vom 14.12.2010 insofern Bindungswirkung entfaltet, als die Zeit vom 7.12.2009 bis zum 30.4.2011 erfasst ist. Zudem hat er keine Bindungswirkung für Unternehmen, die mit der CGZP Firmentarifverträge schlossen und am betreffenden Beschlussverfahren nicht beteiligt wurden.

c. Tariffähigkeit der CGZP bei Tarifvertragsschluss

Weil demnach über den zeitlichen und personellen Rahmen der BAG-Entscheidung vom 14.12.2010 hinaus keine rechtskräftige Feststellung über die fehlende Tariffähigkeit der CGZP vorliegt, ist diese vorliegend nochmals näher materiell zu prüfen. Dabei soll mangels entsprechender Erkenntnisse die Struktur, Binnenorganisation und die soziale Mächtigkeit der CGZP sowie ihrer Mitgliedsorganisationen nicht näher untersucht werden.⁶⁰

Vielmehr soll im weiteren Text der CGZP-Beschluss des BAG vom 14.12.2010 zugrunde gelegt werden. Weiter sei unterstellt, dass die Mitgliedsorganisationen der CGZP bereits in den hier relevanten Zeitpunkten ihre Tariffähigkeit nicht vollständig vermittelt hatten. Auch die inhaltlichen Aussagen des BAG-Beschlusses vom 14.12.2010, die unter II 3 a. kritisiert wurden, sollen im Folgenden als zutreffend zugrunde gelegt werden. Das ermöglicht es, sich ausschließlich mit der Frage zu beschäftigen, ob und inwieweit die neu entwickelten Grundsätze des BAG über die Beurteilung der Tariffähigkeit von Spitzenorganisationen Rückwirkung haben können.

aa. Verfassungsrechtliche Voraussetzungen für die Rückwirkung neuen Richterrechts

Für die Beurteilung der Tarifverträge der CGZP stellt sich die Frage, ob der Erste Senat des BAG das Erfordernis der vollständigen Vermittlung von Tariffähigkeit an einen Spitzenverband mit sofortiger Wirkung oder mit Rückwirkung eingeführt hat.

Aus dem CGZP-Beschluss vom 14.12.2010 selbst ergibt sich keine diesbezügliche Aussage. Das ArbG Berlin hat in seinem Beschluss vom 30.5.2011 klargestellt, dass seine Entscheidung für Unternehmen, die mit

60 Hinweise dazu in den Beschlüssen ArbG Berlin 1.4.2009 – 35 BV 17008/08, NZA 2009, 740; LAG Berlin 7.12.2009 – 23 TaBV 1016/09, BB 2010, 1927; BAG 14.12.2010 – 1 ABR 19/10, NZA 2011, 289; sowie bei Neef, NZA 2011, 615 ff.

der CGZP Firmentarifverträge geschlossen hatten, keine Bindungswirkung habe. Zudem hat es ausdrücklich festgehalten, dass seine Entscheidung zur fehlenden Tariffähigkeit der CGZP am 29.11.2004, am 19.6.2006 und am 9.7.2008 keine Aussage über die Wirksamkeit der von ihr geschlossenen Tarifverträge enthalte, weil Vertrauensschutzgesichtspunkte selbst bei fehlender Tariffähigkeit für deren Wirksamkeit sprechen könnten.⁶¹

Im Folgenden soll geprüft werden, welche verfassungsrechtlichen Vorgaben für eine Rückwirkung der betreffenden Rechtsprechung bestehen.⁶²

aaa. Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit rückwirkender Rechtssätze

Ein Rechtssatz kann nicht nur den Tatbestand, sondern auch die Rechtsfolge in die Vergangenheit setzen. Dies ist die Situation der „echten“ rückwirkenden Norm, die eben nicht nur eine „tatbestandliche Rückanknüpfung“, sondern auch die „Rückbewirkung von Rechtsfolgen“ anordnet.⁶³ Die Rechtsprechung des BVerfG unterscheidet zwischen „echter“ und „unechter Rückwirkung“ (Erster Senat⁶⁴) bzw. zwischen „Rückbewirkung von Rechtsfolgen“ und „tatbestandlicher Rückanknüpfung“

61 ArbG Berlin 30.5.2011 – 29 BV 13947/10, noch unveröffentlicht, s. oben bei Fn. 47.

62 Für die ex nunc-Wirkung einer möglicherweise anzunehmenden Tariffähigkeit der CGZP zutreffend *Sandmann/Marschall/Schneider*, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz Kommentar, Stand November 2010, § 9 AÜG, Rn. 22; *Boemke/Lembke*, Kommentar zum AÜG, 2. Aufl. 2009, § 9 AÜG, Rn. 132. Anderer Ansicht, allerdings ohne Prüfung von Vertrauensschutzgesichtspunkten, *Reiserer*, DB 2011, 764; *Schlegel*, NZA 2011, 380 ff.; *Schüren*, AuR 2011, 142 ff.; ArbG Hanau 11.5.2011 – 1 Ca 391/09, noch unveröffentlicht. In diesem Sinne auch *Gaul/Koehler*, ArbRB 2011, 112 ff.

63 S. *Kelsen*, in: Ringhofer/Walter (Hrsg.), Allgemeine Theorie der Normen, aus dem Nachlass von Hans Kelsen, Wien 1979, S. 117 f.; *Sachs* in *Sachs*, Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl. 2009, Art. 20 GG, Rn. 132; *Schlegel*, VSSR 2004, 313 (323 f.), alle m.w.N.

64 BVerfG 23.6.1993 – 1 BvR 133/89, E 89, 48 (66); BVerfG 11.10.1988 – 1 BvR 743/86 und 1 BvL 80/86, E 79, 29 (45 f.); BVerfG 13.5.1986 – 1 BvL 55/83, E 72, 141 (154); BVerfG 13.05.1986 – 1 BvR 99, 461/85, E 72, 175 (196); BVerfG 16.7.1985 – 1 BvL 5/80, 1 BvR 1023, 1052/83, 1227/84, E 69, 272 (309); BVerfG 9.2.1983 – 1 BvL 8/80, 16/81, 1 BvR 257/80, 890/80, 1357/81, E 63, 152 (175); BVerfG 14.7.1981 – 1 BvL 28/77, 48/79, 1 BvR 154/79, 170/8, E 57, 361 (391).

(Zweiter Senat⁶⁵), um die verfassungsrechtliche Zulässigkeit rückwirkender Rechtssätze an Art. 20 Abs. 3 GG und den Grundrechten zu prüfen.⁶⁶ Die belastende Rückwirkung steht unter doppeltem Rechtfertigungszwang, weil sie naturgemäß erstens belastet und zweitens zurückwirkt. Häufig sind der Belastungs- und der Rückwirkungsaspekt vermengt, da es nicht-rückwirkende belastende Eingriffe geben kann, die ähnliche Effekte haben wie rückwirkende belastende Eingriffe. Das ändert aber nichts daran, dass es sich um unterschiedliche Phänomene handelt.⁶⁷

Die Abgrenzung zwischen Rückwirkung und Nicht-Rückwirkung richtet sich im Allgemeinen nach dem Zeitpunkt der formellen Gesetzesverkündung. Gemäß der Rechtsprechung des Zweiten Senats ist die Rückbewirkung von Rechtsfolgen primär an den allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen insbesondere des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit zu messen. Die tatbestandliche Rückanknüpfung wird dagegen vorrangig am Maßstab der konkret vor Verkündung der Norm „ins Werk gesetzten“ Grundrechte geprüft.⁶⁸ Jedoch sollen bei der Überprüfung der Rückbewirkung der Rechtsfolgen auch diejenigen Grundrechte berücksichtigt werden, deren Schutzbereich von der nachträglich geänderten Rechtsfolge in belastender Weise betroffen ist.⁶⁹ Umgekehrt fließen in die grundrechtliche Überprüfung der tatbestandlichen Rückanknüpfung die allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätze des Vertrauensschutzes, der

-
- 65 BVerfG 12.06.1986 – 2 BvL 5/80, 17/82 und 2 BvR 635/80, E 72, 302 (321); BVerfG 22.03.1983 – 2 BvR 475/78, E 63, 343 (353 f.). Während der Zweite Senat früher ausdrücklich einen einheitlichen Oberbegriff für beide Varianten, also auch die Terminologie von echter und unechter Rückwirkung ablehnte (BVerfG 14.05.1986 – 2 BvL 2/83, E 72, 200, 243), fügte er später seinen Definitionen den jeweiligen vom Ersten Senat verwandten Begriff an. Es heißt dort also Rückbewirkung von Rechtsfolgen („echte“ Rückwirkung) und tatbestandliche Rückanknüpfung („unechte“ Rückwirkung) (BVerfG 03.12.1997 – 2 BvR 882/97, E 97, 67, 78 f.).
- 66 Vgl. *Sachs* in *Sachs*, Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl. 2009, Art. 20 GG, Rn. 132; im Einzelnen *Brüning*, NJW 1998, 1525 ff.; *J. Möller/Rührmeier*, NJW 1999, 908 ff.
- 67 Bei der rechtlichen Prüfung rückwirkender Eingriffe sind die beiden Aspekte aber nicht zwingend unterschiedlichen Normen zuzuweisen (also z.B. einerseits dem jeweilig betroffenen Grundrecht und andererseits dem Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 3 GG). Im Gegenteil ist der Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes auch im Hinblick auf das jeweils betroffene Grundrecht angesprochen, s. im Einzelnen (m.w.N. insbesondere zur Rechtsprechung) *Schlegel*, VSSR 2004, 313 (320, 327 ff., 329 ff.).
- 68 BVerfG 3.12.1997 – 2 BvR 882/97, E 97, 67 (78 f.); BVerfG 14.5.1986 – 2 BvL 2/83, E 72, 200 (242); BVerfG 8.6.1977 – 2 BvR 499/74 und 1042/75, E 45, 142 (167 f.).
- 69 BVerfG 14.5.1986 – 2 BvL 2/83, E 72, 200 (242).

Rechtssicherheit und der Verhältnismäßigkeit in der Weise ein, wie dies allgemein bei der Anwendung von Grundrechtsvorschriften geschieht.⁷⁰

bbb. Entsprechende Anwendung der Rückwirkungsregeln auf Richterrecht

Die genannten Grundsätze sind auf die Rechtsprechung insoweit übertragbar, als diese nicht immer nur die „klassische“ Aufgabe der Gesetzesanwendung, also der Gesetzesinterpretation im konkreten Fall erfüllt. Immer häufiger entwickelt sie selbst eigene Regelungen. Bei dieser Bildung neuer Rechtssätze, die abstrakte Regeln über den Einzelfall hinaus enthalten, beteiligt sich die Rechtsprechung an der Normsetzung und begibt sich damit in einen Bereich, in dem die genannten Rückwirkungsregeln gelten. Das BSG hat dies einmal – im Fall einer rechtsprechungsbedingten Beitragserhöhung - in die einfachen Worte gefasst, dass eine Änderung der Rechtsprechung für die Betroffenen hier wie eine Änderung des Rechts wirke und deshalb dafür dieselben Grundsätze gelten müssten.⁷¹ Die Rechtsprechung ist deshalb bei Neuerungen, welche Belastungen enthalten, in gleicher Weise wie der Gesetzgeber den hierfür gültigen Vertrauensschutzregeln unterworfen.

Aus diesem Grunde hat sich in praktisch allen Gerichtszweigen das Gebot des stichdatumsartigen „Inkraftsetzens“ neuer Rechtsprechungsregeln herausgebildet. Danach kann das ab einem bestimmten Zeitpunkt, insbesondere mit ex-nunc-Wirkung eingreifende Gelten neuer Richterrechtsregeln zum Schutz der Rechtsunterworfenen und zur Gewährleistung von Rechtssicherheit erforderlich sein. Wo auch dies noch zu übergroßen Umstellungslasten des unvorbereiteten Rechtsverkehrs führt, ist die so genannte „Ankündigungsrechtsprechung“ geboten, also eine Rechtsprechung, die zunächst ohne Relevanz für den entschiedenen Fall darlegt, dass die Rechtsunterworfenen demnächst mit neuen richterrechtlichen Regeln zu rechnen haben. Mangels einer vorgeschalteten „Publikation“ von Richterrecht in einem Gesetzblatt kann nur ein solches Vorgehen rechtsstaatswidrige Willküreffekte und übermäßige Härten vermeiden helfen. Das folgt insbesondere aus den verfassungsrechtlichen Geboten des Rechtsstaatsprinzips und der Rechtsanwendungsgleichheit, Art. 20 Abs. 3, Art. 3 Abs. 1 GG.⁷² Deshalb hat auch das BAG die An-

70 BVerfG 30.9.1987 – 2 BvR 933/82, E 76, 256 (347); BVerfG 14.5.1986 – 2 BvL 2/83, E 72, 200 (242 f.); s. zu alledem *J. Möller/Rührmeier*, NJW 1999, 908 ff.

71 BSG 18.11.1980 – 12 RK 59/79, BSGE 51, 31 (37); bestätigt in BSG 27.9.1983 – 12 RK 10/82, BSGE 55, 297 ff.; bestätigt in LSG Saarland 22.4.2005 – L 7 RJ 229/03, zitiert nach juris. Auf diese Entscheidungen ist unter III 3 d bb zurückzukommen.

72 BGH 25.3.1983 – V ZR 268/81, Z 87, 150 (155 f.); BGH 18.1.1996 - IX ZR 69/95, BGHZ 132, 6 (11); BGH 29.2.1996 - IX ZR 153/95, BGHZ 132, 119 (129)

kündigungsrechtsprechung schon häufig eingesetzt, oft verbunden mit Stichdaten, ab denen die neuen Regeln zu gelten haben.⁷³

bb. Geltung der Regeln über die Zulässigkeit rückwirkenden Richterrechts im Fall der CGZP-Tarifverträge

aaa. Überraschendes belastendes Richterrecht

Die Rechtsprechung des Ersten Senats des BAG über das Erfordernis vollständiger Vermittlung von Tariffähigkeit auf eine Spitzenorganisation ist nicht nur – wie dargelegt – überraschend. Sie stellt auch einen typischen Fall richterlicher Rechtsschöpfung dar. Erstens knüpft sie in keiner Weise an einen Gesetzestext an, aus dem sie sich ergeben könnte. Zweitens basiert sie auch nicht auf irgendeiner diesbezüglichen These, die man etwa aus der untergerichtlichen Rechtsprechung, aus Gesetzesmaterialien, aus Äußerungen der Rechtswissenschaft oder aus sonstigen Stellungnahmen herleiten könnte. Dieser Neuheitseffekt ist umso größer, weil die Frage der Tariffähigkeit von Spitzenorganisationen i.S.d. § 2 Abs. 3 TVG bereits seit Jahrzehnten Gegenstand häufigerer auch höchstrichterlicher Rechtsprechung war und in der Literatur eingehend diskutiert worden ist.⁷⁴ Zwar handelt es sich formal nicht um einen Fall der Rechtsprechungsänderung, weil das BAG bisherige Rechtsprechung nicht ausdrücklich verwirft. Die hiesige Situation der Neuschaffung eines Rechtssatzes für ein

ff.); BGH 7.3.2007 - VIII ZR 125/06, NJW 2007, 2987 f.; BGH 8.10.1969 - I ZR 7/68, BGHZ 52, 365, 369; BSG 28.9.2005 - B 6 KA 71/04 R, BSGE 95, 141 (157 f.); BVerwG 28.2.1995 - 4 B 214/94, NJW 1996, 867 ff.; BSG 19.1.1991 - 6 RKA 24/89, BSGE 68, 93 (95); BSG 8.4.1992 - 10 Rar 12/91, BSGE 70, 265 (268); BFH 17.12.2007 - GrS 2/04, DStR 2008, 545 (552 ff.); *Birk*, JZ 1974, 735 (740 ff.); *Bydlinski*, JZ 1985, 149 (153); *Gabbey*, Probleme des Rechtsprechungswandels im Verwaltungsrecht, 2000, S. 106 ff.; *Grunsky*, Grenzen der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung, 1970, S. 14 ff.; *Knittel*, Zum Problem der Rückwirkung einer Änderung der Rechtsprechung, 1965, S. 50 ff.; *Knödler/Daubner*, BB 1992, 1861 ff.; *Picker*, JZ 1984, 153 (158 ff.); *Robbers*, JZ 1988, 481 (488); *Starck* in von Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl. 2010, Art. 3 GG, Rn. 287 ff.

73 BAG 20.4.1972 - 3 AZR 337/71, E 24, 235 (241 ff.); BAG 26.10.1973 - 3 AZR 118/73, NJW 1974, 1013 (1014 f.) m. Anm. *Pestalozza*; BAG 13.9.1983 - 3 AZR 537/82, AP BetrAVG § 5 Nr. 11 = BB 1983, 2261 f.; BAG 29.3.1984 - 2 AZR 429/83 (A), E 45, 277 (287 ff.); BAG 28.6.1995 - 7 ABR 55/94, BAGE 80, 236 (244); BAG 14.12.2005 - 4 AZR 536/04, NZA 2006, 607, Rn. 24 ff.; BAG 23.3.2006 - 2 AZR 343/05, NZA 2006, 971 ff.; BAG 21.9.2006 - 2 AZR 284/06, AP Nr. 12 zu § 1 KSchG 1969 Namensliste, Rn. 38 ff. (Parallelentscheidung: BAG 21.9.2006 - 2 AZR 760/05, AP Nr. 15 zu § 1 KSchG 1969 Namensliste); BAG 1.2.2007 - 2 AZR 15/06, Rn. 9 f., zitiert nach juris.

74 Vgl. oben bei Fn. 2, 4.

seit 1949 stets unverändert gehandhabtes Tatbestandsmerkmal (Tariffähigkeit einer Spitzenorganisation) kommt dem aber gleich. Wer sich an den bisher von der Rechtsprechung angewandten Merkmalen der Tariffähigkeit orientierte, für den mussten die neuen Regelungen des BAG ebenso wirken wie der Abschied von alter und die Schaffung neuer Rechtsprechung.

Diese Rückwirkung wäre für die Betroffenen auch nicht im Vorhinein irgendwie vermeidbar gewesen. Den Unternehmen lässt sich nicht entgegenhalten, sie hätten auf eigenes Risiko auf nicht valide Tarifverträge vertraut. Das wäre zu überlegen, wenn es sich in der vorliegenden Situation um eine gewöhnliche Situation des unvorhersehbaren Fehlens von Tariffähigkeit handelte. Dies ist hier aber nicht der Fall gewesen. Das equal pay-Gebot konnte nach § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2 AÜG nur durch Tarifvertrag bzw. Tarifvertragsbezugsnahme unterschritten werden. Der so geschaffene Anreiz zur Unterschreitung war gesetzgeberisch beabsichtigt. Dass die Zeitarbeitsunternehmen auf die Tarifvertragslösung angewiesen waren, zeigen schon allein die Beschäftigtenzahlen der Zeitarbeit von 2002 bis heute. Letztendlich konnte sich kein außerhalb von Nischen agierendes Zeitarbeitsunternehmen gegen die Anwendung von Tarifverträgen entscheiden. Mit anderen Worten: Es gab nach dem Wunsch des Gesetzgebers wirtschaftlich nicht die Alternative, auf Tarifverträge zu verzichten. Zur Gewährleistung ihres Fortbestandes waren die Zeitarbeitsunternehmen auf die Tarifvertragslösung angewiesen.

Nun ließe sich den betreffenden Unternehmen vorhalten, dass es durchaus die Möglichkeit gab, die beschriebene Rückwirkung zu vermeiden. Zwar nicht durch Vermeidung einer Tarifvertragslösung, aber durch Verwendung der DGB-Tarifverträge anstelle der CGZP-Tarifverträge. Dieser Einwand wäre aber nur dann gerechtfertigt, wenn absehbar gewesen wäre, dass der CGZP gerade wegen des Erfordernisses der vollständigen Vermittlung der Tariffähigkeit durch die Mitgliedsorganisationen die eigene Tariffähigkeit als Spitzenorganisation aberkannt werden würde. Die allgemeine Prognose, dass die Tariffähigkeit der CGZP verneint werden könnte, reicht dafür nicht aus. Es mag sein, dass man annahm, die Entscheidungen des ArbG Berlin und des LAG Berlin würden vom Ersten Senat des BAG bestätigt. Dies ist aber bereits vom Ergebnis her nicht zwingend. Die genannten Gerichte sind bekanntermaßen (DGB-) gewerkschaftsfreundlicher als andere Arbeitsgerichte und somit von den Antragstellern sicher mit Bedacht ausgewählt worden. Ebenso wie etwa im Medienrecht Klagen gegen Presseorgane meist beim LG Hamburg als „klägerfreundlichem“ Gericht anhängig gemacht werden, muss es nicht überraschen, wenn „forum shopping“ auch im Arbeitsrecht betrieben wird. Zudem war die Aufsichtsbehörde für die Zeitarbeit, die Bundesagentur für Arbeit, über die gesamte Dauer der Anwendung von CGZP-

Tarifverträgen von deren Wirksamkeit ausgegangen. Sie hatte deren Anwendung ständig im Rahmen der Überwachung nach §§ 1, 7 AÜG überprüft, anstandslos hingenommen und als legal akzeptiert. Von daher ist bereits deshalb staatlich veranlasster Vertrauensschutz anzunehmen.⁷⁵

Aber darauf, mit welcher Gewissheit man sich auf den Fortbestand dieser Entscheidungen des ArbG Berlin und des LAG Berlin verlassen konnte, kommt es schlussendlich nicht an. Dies folgt nicht nur daraus, dass sich aus deren Rechtsprechung wohl auch die fehlende Tariffähigkeit der DGB-Tarifgemeinschaft für die Zeitarbeit ergeben hätte, was ersichtlich nicht im Sinne des Gesetzgebers von 2002 stand. Entscheidend ist vielmehr, dass sich die betreffenden Rechtsansichten des ArbG Berlin, des LAG Berlin und sonstiger Stimmen nicht durchgesetzt haben. Nachdem sich die fehlende Tariffähigkeit gemäß dem BAG-Beschluss vom 14.12.2010 gerade aus einem unabsehbaren rechtlichen Gesichtspunkt ergab, kann im Hinblick auf diesen Gesichtspunkt nicht der Rückschluss gezogen werden, die Beteiligten seien schon durch die – nur im Ergebnis ebenso entschieden habenden – Vorinstanzen gewarnt gewesen.

Mit anderen Worten: Wenn sich bereits in den Vorinstanzen gezeigt hätte, dass es an der Tariffähigkeit der CGZP wegen fehlender Vollständigkeit der Vermittlung von Mitgliedertariffähigkeit mangelt, hätte man den Tarifvertragspartnern der CGZP eventuell zumuten können, DGB-Tarifverträge zu wählen. Weil das aber nicht der Fall war, kann man ihnen heute nicht vorhalten, sich wegen schlussendlich nicht durchgreifender Ansichten der Vorinstanzen dagegen entschieden zu haben.

bbb. Einordnung einer möglichen Rückwirkung der Rechtsprechung als Fall der echten Rückwirkung

Für eine Rückwirkung der Rechtsprechung über das Erfordernis der vollständigen Vermittlung von Tariffähigkeit würden die Regeln über die echte Rückwirkung zur Anwendung kommen. Gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 AÜG gilt, dass bei fehlendem Tarifvertrag im Moment der Entstehung einer Entgeltforderung der höhere equal pay-Betrag zu gewähren ist. Das bedeutet, dass die betreffenden Arbeitgeber im Fall der Rechtsprechungsrückwirkung die entsprechend höheren Entgeltsummen ebenfalls für die Vergangenheit schulden. Gemäß BVerfG-Rechtsprechung wäre damit ein Fall der echten Rückwirkung bzw. der Rückbewirkung von Rechtsfolgen gegeben. Da es sich um eine in Grundrechte eingreifende rückwirkende Rechtsprechungsregel handelt, steht sie unter doppeltem Rechtfertigungszwang, weil sie erstens belastet und zweitens zurückwirkt. Nach den Grundsätzen des BVerfG zur Rückwirkung sind in diesem Fall

⁷⁵ So zutreffend *Sandmann/Marschall/Schneider*, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz Kommentar, Stand November 2010, § 9 AÜG, Rn. 22.

die Prüfung von Grundrechtseingriffen und die allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätze des Vertrauensschutzes zusammenzuführen.⁷⁶

ccc. Eingriffswirkung des rückwirkenden Richterrechts

Eine Rückwirkung der Rechtsprechung des Ersten Senats über das Erfordernis vollständiger Vermittlung von Tariffähigkeit auf eine Spitzenorganisation wäre mit erheblichen Eingriffen in Grundrechtspositionen verbunden.

Wie oben dargelegt, ergeben sich aus § 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2, § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 AÜG und dem darin enthaltenen equal pay-Gebot sehr viel höhere Entgeltpflichten als angenommen. Zusätzlich sind eventuell entsprechende Sozialversicherungsbeiträge nachzuentrichten (dazu näher unter III.). Dies führt nach Schätzungen zu Mehrbelastungen in Milliardenhöhe. Es ist klar, dass dies bei vielen Zeitarbeitsunternehmen die Insolvenz nach sich ziehen dürfte. Hinzu kommt für viele Entleiher die selbstschuldnerische Bürgenhaftung gemäß § 28e SGB IV, § 150 Abs. 3 SGB VII. All dies sind keine irgendwie mittelbaren Konsequenzen aus einer geänderten Rechtslage. Sie würden vielmehr unmittelbar aus einer rückwirkend eingreifenden Rechtsprechungsneuerung folgen.

Dementsprechend würde die Rückwirkung der Rechtsprechung in die vergangene Praxis von Arbeitsverträgen und in die dort vereinbarten und praktizierten Austauschverhältnisse erheblich eingreifen. Die entsprechende Erweiterung der Entgeltspflicht würde lediglich durch Ausschlussfristen und das Verjährungsrecht entschärft (§§ 195, 199 Abs. 1 BGB).⁷⁷ Das Ergebnis der entsprechenden Nachforderungen von Arbeitnehmern und Sozialversicherungsträgern ist ein tiefer Eingriff in die ausgeübte Berufsfreiheit sowie in das Eigentumsgrundrecht. Vielen würde es lediglich mit ganz erheblichen finanziellen Anstrengungen aus eigenen und fremden Mitteln gelingen, die Insolvenz zu vermeiden. Dieses Vorgehen käme einer weitgehenden Übertragung wesentlicher Unternehmensmittel auf den Staat gleich, entspräche also einer vollständigen oder teilweisen Enteignung und Berufsentziehung.⁷⁸

⁷⁶ S. oben II 3 c, aa, aaa.

⁷⁷ S. dazu näher *Zeppenfeld/Faust*, NJW 2011, 1643 (1645 f.); *Schlegel*, NZA 2011, 380 (382).

⁷⁸ Im Hinblick auf Art. 12 GG ist von einem faktisch berufsentziehenden Eingriff auszugehen, dazu *Mann* in *Sachs*, Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl. 2009, Art. 12 GG, Rn. 94 ff. Im Hinblick auf Art. 14 GG kann man einen rechtsentziehenden Eingriff in ausgeformte Vermögenspositionen oder eine sozialpflichtüberschreitende Schrankenziehung sehen, vgl. dazu im Einzelnen *Wendt* in *Sachs a.a.O.*, Art. 14 GG, Rn. 78 ff., 83 f.

Diesen Effekt versucht der Spitzenverband der Gesetzlichen Krankenversicherung bereits jetzt zu erzielen. Im oben I 4. zitierten Rundschreiben vom 25.5.2011 wird den Unternehmen die sofortige Erhebung von Säumniszuschlägen angedroht. Zur Verhinderung dessen und zur Vermeidung der Insolvenzantragspflicht werden Pauschalierungsregelungen und Stundungsvereinbarungen angeboten, kraft derer die Unternehmen ihre gesamte freie Liquidität (abzüglich einer 20%igen Kalkulationsreserve für Auftragsschwankungen) an die Sozialversicherungsträger abführen. Dass die so eingezogenen Abschlagszahlungen die später festzustellenden Beitragspflichten überschreiten, wird ausdrücklich als „eher unwahrscheinlicher Fall“ bezeichnet. Das alles bedeutet, dass der GKV-Spitzenverband von der Insolvenz der weitaus meisten Zeitarbeitsunternehmen aufgrund Beitragspflicht ausgeht. Hiermit wird unter Nutzung von Rechtsunsicherheit zumindest faktisch eine Verstaatlichung der Zeitarbeitsunternehmen betrieben.

Eine Rückwirkung der neuen Rechtsprechung des Ersten Senats des BAG über das Erfordernis der vollständigen Vermittlung von Tariffähigkeit auf eine Spitzenorganisation würde demnach enteignungsgleiche Wirkung haben. Mangels Entschädigungsregelung würde sie als verbotene Rückwirkung eine Verletzung des Rechtsstaatsgebots und des Eigentumsgrundrechts nach Art. 14 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG darstellen, ebenso eine Verletzung des Rechtsstaatsgebots und der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG.

Eine Rechtfertigung dieser Eingriffe wäre nicht ersichtlich. Insbesondere die Verhältnismäßigkeitsprüfung zeigt, dass es ohne weiteres möglich ist, im Rahmen einer Stichtagsrechtsprechung festzulegen, ab wann die neuen Regeln über die Tariffähigkeit eingreifen oder ab wann eine aus ihnen folgende Tarifunfähigkeit zur Unwirksamkeit von Tarifverträgen führt.

d. Rechtsfolge des Rückwirkungsverbotes: Stichtagsbezogenes Unwirksamwerden von der CGZP geschlossener Tarifverträge

Somit steht fest, dass eine rückwirkende Einführung des vom Ersten Senat des BAG neu geschaffenen Erfordernisses für die Tariffähigkeit von Spitzenorganisationen nach § 2 Abs. 3 TVG (vollständige Vermittlung von Tariffähigkeit der Mitgliedsgewerkschaften auf die Spitzenorganisation) das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot verletzen würde. Genauer: Die Rückwirkung mit der Folge der Unwirksamkeit abgeschlossener Tarifverträge würde eine Verletzung des Rechtsstaatsgebots und des Eigentumsgrundrechts nach Art. 14 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG sowie eine Verletzung des Rechtsstaatsgebots und der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG darstellen.

Das würde – wie gesagt – selbst dann gelten, wenn man die Rechtsprechung des Ersten Senats als solche billigen würde, also keine Bedenken hätte gegen das gegen § 2 Abs. 3 TVG neu geschaffene Erfordernis der vollständigen Vermittlung von Tariffähigkeit der Mitgliedsgewerkschaften auf die Spitzenorganisation.⁷⁹

aa. Stichtagsbezogenes Unwirksamwerden der von der CGZP geschlossenen Tarifverträge (anstelle stichtagsbezogenen „Inkraftsetzens“ des neuen Merkmals für die Tariffähigkeit von Spitzenorganisationen)

Rechtstechnisch bestehen dabei zwei Möglichkeiten, die beschriebenen verfassungswidrigen Effekte einer Rückwirkung der neuen BAG-Grundsätze zu vermeiden. Zum einen können die neuen Rechtsprechungsregeln zur Tariffähigkeit ab einem bestimmten Stichtatum in Kraft gesetzt werden. Zum anderen ist es – wie es das ArbG Berlin in seinem Beschluss vom 30.5.2011 nahelegt⁸⁰ – möglich, zwar von einer rückwirkend fehlenden Tariffähigkeit der CGZP auszugehen, aber die Unwirksamkeit der von ihr geschlossenen Tarifverträge ab einem bestimmten Zeitpunkt anzunehmen.

Letzteres mag insofern kompliziert wirken, als nicht die Neuheit der Grundsätze über die Tariffähigkeit, sondern nur ihre Rechtsfolge, nämlich die Unwirksamkeit von Tarifverträgen der betreffenden Vereinigung, einem Stichtatum unterworfen wird. Zudem würde die allgemeine Regel durchbrochen, nach welcher fehlende Tariffähigkeit stets zur Unwirksamkeit der abgeschlossenen Tarifverträge führt.⁸¹

Andererseits würde ein Stichtatum für die Verneinung der Tariffähigkeit der CGZP als Spitzenorganisation zu zeitlichen Unausgewogenheiten beim „Inkraftsetzen“ der neuen Rechtsprechungsgrundsätze führen. Tarifverträge, die kurz vor dem Stichtatum vereinbart wurden, würden – weil von einer „noch“ tariffähigen Vereinigung geschlossen – unter Umständen noch für viele Jahre gelten, und zwar nicht nur in der „abgeschwächten“ Form der Nachwirkung gemäß § 4 Abs. 5 TVG. Insbesondere würden sie über entsprechend lange Zeit die equal pay-Abweichung nach § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2 AÜG erlauben. Denn, wie oben (bei II 3 b, aa, aaa) ausgeführt, kommt es für diese Rechtsfolge nicht auf die Tariffähigkeit während der Laufzeit des Tarifvertrages, sondern während des Tarifvertragsschlusses an. Damit würden Rechtsfolgen der Rechtsprechungs-

79 Vgl. zum Erfordernis der vollständigen Vermittlung von Tariffähigkeit der Mitgliedsgewerkschaften auf die Spitzenorganisation oben II 3 a.

80 ArbG Berlin 30.5.2011 – 29 BV 13947/10, noch unveröffentlicht, s. oben bei Fn. 47.

81 S. oben bei Fn. 16.

neuerung in den betreffenden Bereichen stark verzögert. Bedenkt man den – hier skizzierten – Vertrauensschutz, der eine Rückwirkung verbietet, so beruht dieser darauf, dass der rückwirkende Verlust gültiger (bzw. berechtigterweise für gültig gehaltener) Tarifverträge verfassungsrechtlich unzulässig wäre.

Mit Blick darauf ist der Überlegung des ArbG Berlin der Vorzug zu geben, welches die rückwirkende Feststellung der Tarifunfähigkeit der CGZP erlaubt, aber ein stichdatumsabhängiges Unwirksamwerden der von ihr geschlossenen Tarifverträge erwägt.⁸²

bb. Welcher Stichtag soll für das Unwirksamwerden der von der CGZP geschlossenen Tarifverträge gelten?

Somit ist weiter zu fragen, welcher Stichtag für das Unwirksamwerden der von der CGZP geschlossenen Tarifverträge gelten soll.

aaa. Das Beschlussdatum 14.12.2010 als Ausgangspunkt für die Bestimmung des Zeitpunkts, in dem CGZP-Tarifverträge unwirksam werden

Wie oben ausgeführt, bietet das größte Maß an Sicherheit für den Rechtsverkehr eine Ankündigungsrechtsprechung. Sie wird den rechtsstaatlich schwierigen Umständen des „Erlasses“ neuen Richterrechts, welcher nicht im ordnungsgemäßen Vorlauf durch Verkündung im Bundesgesetzblatt erfolgen kann, am ehesten gerecht. Ankündigungsrechtsprechung bedeutet, dass in einer „Ankündigungsentscheidung“ die neuen Regeln eben noch nicht angewandt werden, sondern ihre Anwendung für die Zukunft in Aussicht gestellt wird. Auf diese Weise wird sicher gestellt, dass sich der Rechtsverkehr auf den neu eingeführten Rechtssatz einstellen kann.⁸³ Der damit zwangsläufig verbundenen zeitlichen Verzögerung steht der Drang einer möglichst zügigen Anwendung des als richtig erkannten Rechts des Richters gegenüber, also sein jeweiliger Rechtsgestaltungswille. Richterrecht verlangt wie jeder neue Rechtssatz möglichst baldige Geltung, auch wenn es richterlich „geschaffen“ worden ist. Eine Entscheidung dieses Konflikts zwischen Geltungsanspruch und Vertrauensschutz kann nur nach den konkreten Umständen der jeweiligen Situation erfolgen.

Im vorliegenden Fall kann der Zeitpunkt der Geltung des neuen Richterrechts (genauer: der früheste Zeitpunkt des Unwirksamwerdens von Tarifverträgen einer als tarifunfähig erkannten Spitzenorganisation) nicht

82 ArbG Berlin 30.5.2011 – 29 BV 13947/10, noch unveröffentlicht, s. oben bei Fn. 47.

83 S. oben II 3 c, aa, bbb.

vor dem 14.12.2010 liegen. Das Erfordernis der vollständigen Vermittlung von Tariffähigkeit wurde erst zu diesem Zeitpunkt erkennbar, als am Tag des CGZP-Beschlusses durch das BAG eine knappe Pressemitteilung über dessen Inhalt erschien. Für die Zeit davor besteht – wie dargelegt – zwingender verfassungsrechtlicher Rückwirkungsschutz aus Art. 14 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG sowie Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG.

Um die Notwendigkeit eines über den 14.12.2010 hinaus geschützten weiteren Bestandes der CGZP-Tarifverträge beurteilen zu können, muss zum einen gefragt werden, wie viel Zeit der Rechtsverkehr benötigte, sich auf die neuen richterrechtlichen Regeln einzustellen (dazu sogleich bbb.). Des Weiteren muss gefragt werden, welche Folgen der Wegfall der Tarifverträge hat (dazu unten ccc.). Auf dieser Grundlage kann abgewogen werden, wie schwer im Vergleich dazu der möglichst bald durchzusetzende Geltungsanspruch der neuen Rechtsgrundsätze wiegt (dazu unten ddd.).

bbb. Wie viel Zeit benötigt der Rechtsverkehr, um sich auf die neue Rechtslage einzustellen?

Das neu geschaffene Erfordernis der vollständigen Vermittlung von Tariffähigkeit der Mitgliedsgewerkschaften auf die Spitzenorganisation ist in erster Linie formaler Natur. Für die beteiligten Gewerkschaften ist es von der Sache her relativ leicht, ihm zu entsprechen. Die zur Verfügung stehenden Wege dorthin sind unterschiedlich. Zum einen kann man Satzungsänderungen derart vornehmen, dass die Mitgliedsgewerkschaften tatsächlich ihre volle Tariffähigkeit auf die Spitzenorganisation CGZP vermitteln. Zum anderen kann man dem Muster der DGB-Gewerkschaften folgen und Tarifverträge für die Zeitarbeit in echter Tarifgemeinschaft schließen, also durch eine Mehrzahl von Gewerkschaften, die gemeinsam kontrahieren. Letzteres Muster hat den Vorteil, dass man sich für die Zukunft besser vor der richterrechtlichen „Entdeckung“ weiterer formaler Anforderungen an die CGZP-Tariffähigkeit schützt.

Trotz dieser eher technisch anmutenden Erfordernisse nimmt ihre Erfüllung zumindest Zeit in Anspruch. Die entsprechenden Strukturentscheidungen, von denen mehrere zur Auswahl stehen, müssen von allen Gremien der beteiligten Gewerkschaften vorverhandelt werden. Hier bedarf es verbandspolitischer Abklärung. Sollte man sich für die Variante des Tarifvertragsschlusses in echter Tarifgemeinschaft entschließen, wäre der Anpassungsbedarf nicht allzu groß. Denn die CGZP-Satzung ist am 8.10.2009 in der Weise geändert worden, dass den CGZP-Mitgliedsgewerkschaften erlaubt wird, selbst im Rahmen ihrer Zuständigkeit und im eigenen Namen Tarifverträge für die Zeitarbeitsbranche zu schließen. Daraufhin wurden am 15.3.2010 Flächentarifverträge mit dem

Arbeitgeberverband AMP geschlossen, die – selbst bei uneingeschränkter Rückwirkung der neuen Grundsätze zur Spitzenverbandsdefinition – als Verbandstarifverträge wirksam sind.⁸⁴ Sollte man⁸⁵ anderer Ansicht sein, so würde allerdings ein längerer Übergangszeitraum bis zum „Inkrafttreten“ der neuen Rechtsprechung notwendig sein, da in diesem Fall ein umfassendes Satzungsrevirement aller Mitgliedsgewerkschaften notwendig würde. Da der CGZP aber in jedem Fall die Möglichkeit eröffnet bleiben muss, zumindest die Eigenschaft als Spitzenorganisation i.S.d. § 2 Abs. 3 TVG (wieder-)herzustellen, ist in jedem Fall hinreichend Zeit für eventuelle Satzungsänderungen zu gewähren.

Daneben besteht erheblicher Umsetzungsbedarf für die neuen Rechtsprechungsregeln bei allen Arbeitsvertragsparteien, die sich auf Arbeitnehmer- wie auf Arbeitgeberseite bisher auf die Wirksamkeit der CGZP-Tarifverträge verlassen haben. Diese stehen unter dem Zwang, sich für ihre Arbeitsverhältnisse um eine neue wirksame Rechtsgrundlage zu bemühen. Sie haben zu prüfen, ob sie künftig mit dem gesetzlich vorgesehenen Grundsatz des „equal treatment“ weiterarbeiten wollen. Das ist wirtschaftlich meist untragbar, zumal der Gesetzgeber gerade das Ziel des Tarifvertragsschlusses fördern wollte. Daher müssen sie in Betracht ziehen, stattdessen die (wohl) wirksamen DGB-Tarifverträge anzuwenden. Sollten sie dies nicht wollen oder können, haben die Arbeitgeber den Rückzug aus dem Markt in Erwägung zu ziehen, also die Abwicklung und Schließung des Zeitarbeitsunternehmens, verbunden mit den entsprechenden betriebsbedingten Kündigungen, gegebenenfalls mit Sozialplanverhandlungen sowie mit der Beendigung beispielsweise von Mietverträgen und der Veräußerung des Betriebsvermögens.

Das alles erfordert, selbst wenn es in größter Eile vonstatten geht, sicher vier bis sechs Monate Zeit. Dabei ist zu beachten, dass Parteien und Rechtsverkehr über die Einzelheiten des BAG-Beschlusses vom 14.12.2010 erst später, nämlich bei dessen Bekanntgabe mit Gründen, näher in Kenntnis gesetzt wurden. Die Veröffentlichung des Beschlusses mit Gründen erfolgte am 28.2.2011. Den Verfahrensbeteiligten dürften die Gründe Ende Februar 2011 bekannt gewesen sein; erfahrungsgemäß erfolgt die Veröffentlichung wenige Tage nach der Zustellung. Da die Pressemitteilung des BAG vom 14.12.2010 nur grobe Angaben zu den Gründen enthielt, war eine seriöse Abstimmung der Strukturen von Mitgliedsgewerkschaften und Spitzenorganisation sowie eine genauere Planung des Fortbestandes von Arbeitsvertrags- und Tarifvertragsregelungen erst ab Ende Februar 2011 möglich. Somit konnte eine ernst-

84 *Neef*, NZA 2011, 615, (618); *Lützel/Bissels* DB 2011, 1636 (1638); s. dazu unten II 5.

85 Wie das ArbG Herford 4.5.2011 – 2 Ca 144/11, ArbR 2011, 309.

hafte Berücksichtigung der neuen Regeln frühestens von Mitte 2011 an erfolgen, also ab dem 1.7.2011.

ccc. Folge des Wegfalls der Tarifverträge: Nachwirkung nach § 4 Abs. 5 TVG

Damit stellt sich weiter die Frage, welche Folgen das Unwirksamwerden der Tarifverträge hat. Hier ist zu beachten, dass das Tarifvertragsgesetz für diesen Fall hinreichend Vorsorge getroffen hat. Die Rechtsnormen eines Tarifvertrags gelten nämlich gemäß § 4 Abs. 5 TVG nach seinem Ablauf weiter, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden. Der Sinn der Norm liegt darin, nach dem Ende eines Tarifvertrags die von ihm erfassten Rechtsverhältnisse nicht "inhaltsleer" werden zu lassen, sondern sie einstweilen durch den alten Tarifvertrag zu regeln, bis eine neue Abmachung das Regelungsdefizit wieder ausgleicht.⁸⁶ Aus diesem Grunde wendet das BAG § 4 Abs. 5 TVG beispielsweise auch dann an, wenn der tarifschießende Verband aufgelöst worden ist.⁸⁷ Die Überbrückungsfunktion der Regelung bewirkt nach richtiger Ansicht zudem, dass bei Ende des Tarifvertrags auch die Abbedingung des equal treatment-Gebots nach § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2 AÜG bestehen bleibt.⁸⁸ Auch hier gilt selbstverständlich: Sollte man den Rechtsstandpunkt entwickeln, dass ein nachwirkender Tarifvertrag die Abbedingung des equal treatment-Gebots nicht nach sich zieht, würde sich die verfassungsrechtlich notwendige Frist für das „Inkraftsetzen“ der neuen Rechtsprechung noch weiter hinauszögern. Dann müsste dem Rechtsverkehr nämlich zusätzlich die Möglichkeit eingeräumt werden, neue Tarifverträge auszuhandeln. Angesichts der Komplexität der Materie würde dies die Frist sicher um mindestens ein halbes Jahr weiter hinauszögern.

ddd. Gesamtwürdigung zum Stichtag für das Unwirksamwerden von der CGZP geschlossener Tarifverträge

Aus den genannten Gesichtspunkten folgt, dass der Rechtsverkehr schätzungsweise bis zum Ende des ersten Halbjahres 2011 benötigte, um sich auf die neue Rechtslage einzustellen. Der danach drohende Wegfall der Tarifverträge bedeutet einen Einschnitt in das Tarifgeschehen, jedoch

86 S. näher zur Überbrückungs- und Ordnungsfunktion von § 4 Abs. 5 TVG *Franzen*, RdA 2001, 1 (5 ff.); *Wank* in: Wiedemann, Kommentar zum TVG, 7. Aufl. 2007, § 4 TVG, Rn 327 ff.; vgl. auch BVerfG 3.7.2000 – 1 BvR 945/00, NZA 2000, 947 ff. = AP Nr. 36 zu § 4 TVG Nachwirkung.

87 BAG 15.101986 – 4 AZR 289/85, AP TVG § 3 Nr 4; BAG 28.5.1997 – 4 AZR 546/95, AP TVG § 4 Nachwirkung Nr 26; *Heinze/Ricken* ZfA 2001, 159 (167 ff); *Oetker* in Wiedemann, Kommentar zum TVG, 7. Aufl. 2007, § 2 TVG Rn. 34 ff., § 4 TVG Rn. 54.

88 S. oben Fn. 32.

wird das Bedürfnis des Rechtsverkehrs am vorläufigen Fortbestand der Tarifverträge durch die Regeln über die Nachwirkung von Tarifverträgen gemäß § 4 Abs. 5 TVG aufgefangen.

Ein besonderes Beschleunigungsinteresse für die Einführung der neuen Regeln ist dagegen nur schwer festzustellen. Das Erfordernis der vollständigen Vermittlung der Tariffähigkeit der Mitgliedsgewerkschaften an die Spitzenorganisation nach § 2 Abs. 3 TVG mag als solches Durchsetzung verlangen. Jedoch sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass die Ziele und Zwecke dieses Vollständigkeitserfordernisses besonders gefährdet würden. Beim derzeitigen Stand handelt es sich um ein eher formales Erfordernis, das nach einem entsprechenden organisatorischen Reivirement der betroffenen Organisationen (der CGZP oder ihrer Mitgliedsgewerkschaften) erfüllt werden kann.

Eine Abwägung der gegeneinander streitenden Anforderungen von Rechtssicherheit, Rückwirkungsschutz und Geltungsnotwendigkeit der neuen Regeln lässt demnach darauf schließen, dass ein Zeitraum von einem guten halben Jahr nach Erlass sowie von etwa vier Monaten nach Bekanntgabe der Gründe ausreicht, um die neuen Regeln mit der gebotenen Eile zu berücksichtigen. Die Gesamtwürdigung zum Stichtag für das Unwirksamwerden der von der CGZP geschlossenen Tarifverträge ergibt somit unverändert, dass dies frühestens der 1.7.2011 war.

4. Abschluss der Firmentarifverträge durch die CGZP als Stellvertreterin ihrer Mitgliedsgewerkschaften nach § 164 BGB

a. Generelle Möglichkeit des Tarifvertragsschlusses in Vertretung durch eine tarifunfähige Vereinigung

Neben dem Tarifvertragsschluss durch eine Spitzenorganisation nach § 2 Abs. 3 TVG kommt auch der Tarifvertragsschluss durch einen Stellvertreter i.S.d. § 164 BGB in Betracht. Es ist anerkannt und ständige Praxis, dass ein Tarifvertragsschluss kein höchstpersönliches Geschäft der beteiligten Koalitionen oder einzelnen Arbeitgeber ist. Jede Tarifvertragspartei hat die Möglichkeit, ihre Interessen durch Stellvertreter nach §§ 164 ff. BGB wahrnehmen zu lassen. Die hierfür benötigte Bevollmächtigung bedarf gemäß § 167 Abs. 2 BGB nicht der Form des Rechtsgeschäfts, so dass für sie auch das Schriftformerfordernis des § 1 Abs. 2 TVG nicht greift. Somit kann nach der Rechtsprechung der Tarifvertragsschluss sogar aufgrund Anscheins- oder Duldungsvollmacht zustande kommen, wenn nur gemäß § 164 Abs. 1 BGB das Handeln für einen Dritten, also die Vertretung als solche, nach außen kenntlich gemacht

ist.⁸⁹ Mit Blick auf die damit einschlägigen allgemeinen Vertretungsregeln hat es das BAG insbesondere für zulässig erklärt, dass ein Arbeitgeber-zusammenschluss, der keine tariffähige Vereinigung ist, gemäß § 2 Abs. 2 TVG als Stellvertreter für andere Arbeitgeber Tarifverträge schließen kann.⁹⁰

b. Tarifvertragsschluss in Vertretung auf der Grundlage der zwischen dem 11.12.2002 und dem 4.12.2005 gültigen CGZP-Satzung

Aufgrund dessen ist es möglich, dass selbst bei fehlender Tariffähigkeit der CGZP die von ihr geschlossenen Tarifverträge wirksam sind, wenn und soweit sie in Vertretung für ihre tariffähigen Mitgliedsgewerkschaften geschlossen wurden. Vor allem für die Zeit vor dem 5.12.2005 kommt dies in Betracht.

Bis zum 4.12.2005 hieß es in Ziffer 3 der CGZP-Satzung vom 11.12.2002: „Die Tarifgemeinschaft vertritt die tariflichen Interessen ihrer Mitgliedsgewerkschaften und schließt für deren Mitglieder Tarifverträge ab.“ Diese Formulierung schließt zumindest einen vertretungsweisen Tarifvertragsschluss nicht aus. Man kann ihr vielleicht sogar dieses Vorgehen als Regelatbestand entnehmen, wenn auch die Formulierung offen ist. Erst mit der am 5.12.2005 neu gefassten (Zeitpunkt der Annahme durch die Mitgliederversammlung: 15.1.2003) Satzung war die Möglichkeit des vertretungsweisen Tarifvertragsschlusses satzungsrechtlich nicht mehr vorgesehen - allerdings wäre ein im Widerspruch dazu dennoch vertretungsweise geschlossener Tarifvertrag wegen der reinen Innenwirkung der Regelung wirksam gewesen. Erst hier wurde in § 1 der Satzung erstmals

89 BAG 10.11.1993 – 4 AZR 184/93, AP Nr. 43 zu § 1 TVG Tarifverträge Einzelhandel; BAG 24.11.1993 – 4 AZR 407/92, AP Nr. 39 zu § 1 TVG Tarifverträge Einzelhandel; beide Fälle betrafen den Tarifabschluss durch eine nicht selbst tariffähige „Gesellschaft zur Privatisierung des Handels mbH“; s. generell zur Stellvertretung gemäß § 2 Abs. 2 TVG *Henssler* in *Henssler/Willemsen/Kalb*, *Arbeitsrecht Kommentar*, 4. Aufl. 2010, § 2 TVG, Rn. 35.

90 BAG 12.12.2007 – 4 AZR 996/06, NZA 2008, 892 (893 f.); *Franzen* in *ErfKomm*, 11. Aufl. 2011, § 2 TVG, Rn. 25; *Henssler* in *Henssler/Willemsen/Kalb*, *Arbeitsrecht Kommentar*, 4. Aufl. 2010, § 1 TVG, Rn. 15, § 2 TVG, Rn. 35; *Oetker* in *Wiedemann*, *Kommentar zum TVG*, 7. Aufl. 2007, § 2 TVG, Rn. 443 ff. S. zu den Möglichkeiten der Vertretung generell BAG 10.11.1993 – 4 AZR 184/93, AP Nr. 43 zu § 1 TVG Tarifverträge Einzelhandel; BAG 24.11.1993 – 4 AZR 407/92, AP Nr. 39 zu § 1 TVG Tarifverträge Einzelhandel; zum Formerfordernis nach § 1 Abs. 2 TVG BAG 19.10.1976 – 1 AZR 611/75, AP Nr. 6 zu § 1 TVG Form (betr. Formfreiheit von Vorverträgen zu Tarifverträgen); BAG 10.11.1982 – 4 AZR 1203/79, AP Nr. 8 zu § 1 TVG Form (betr. Formbedürftigkeit von Blankettverweisungen eines Tarifvertrages auf einen anderen, auch künftigen Tarifvertrag).

die CGZP als Spitzenorganisation i.S.d. § 2 Abs. 3 TVG bezeichnet, und in § 7 Abs. 3 der Satzung hieß es nunmehr, dass die Mitgliedsgewerkschaften nicht eigenständig als Tarifpartner für die Zeitarbeit auftreten könnten.

Vor diesem Hintergrund erklärt *Neef*, dass die CGZP in der Zeit bis zum 5.12.2005 regelmäßig als Vertreterin ihrer Mitgliedsgewerkschaften aufgetreten sei.⁹¹ In diesem Fall wären wirksam in Stellvertretung geschlossene Tarifverträge anzunehmen, wenn und soweit die Mitgliedsgewerkschaften tariffähig und für die Zeitarbeit tarifzuständig waren. Demnach würden auch unter Zugrundelegung der Sichtweise der Sozialversicherungsträger ohne weiteres gültige Tarifverträge anzunehmen sein.

Dem widerspricht nur auf den ersten Blick ein Beschluss des ArbG Berlin vom 8.9.2011, in dem der CGZP für das Datum des 22.7.2003 die Tariffähigkeit abgesprochen wird. Das Gericht ist der Meinung, der oben zitierten Ziffer 3 der CGZP-Satzung vom 11.12.2002 lasse sich nicht entnehmen, ob die CGZP im eigenen oder im fremden Namen für ihre Mitgliedsgewerkschaften Tarifverträge schließen soll. Daraus folgert es kurzerhand, angesichts dieser Unklarheit gelte nichts, so dass jegliche Möglichkeit des Tarifvertragsschlusses ausgeschlossen sei.⁹² Diese Rechtsprechung folgt einem wohl etwas zu restriktiven Konzept, welches aus Unklarheiten auf Unwirksamkeiten schließt. Das widerspricht dem Grundsatz, nach welchem Normen im Zweifel in der Weise auszulegen sind, dass sie wirksam sind. Jedoch lässt das ArbG Berlin die Rechtsprechung des BAG unberührt, nach welcher vertretungsweise Tarifvertragsschlüsse auch dann wirksam sind, wenn die vertretende Organisation nicht tariffähig ist.

Es ist somit nicht ausgeschlossen, dass die von der CGZP in der Zeit bis zum 4.12.2005 geschlossenen Tarifverträge als von ihr vertretungsweise geschlossene Tarifverträge wirksam sind und es insoweit auf die Tariffähigkeit der CGZP nicht ankommt. Entscheidend ist für die Wirksamkeit freilich eine Prüfung jedes Einzelfalls, die hier nicht geleistet werden kann und soll.

c. Folgeprobleme bei Aufhebung wirksamer Tarifverträge durch unwirksame Tarifverträge

Sollten auf der Grundlage des Gesagten wirksame CGZP-Tarifverträge aus Zeit vor dem 5.12.2005 existieren, würden sich in vielen Fällen Folgeprobleme ergeben. Diese betreffen die Aufhebung oder Änderung dieser Tarifverträge durch andere Tarifverträge der CGZP, die ab dem 5.12.2005 geschlossen wurden. Sollte man sie – wie das die Sozialversicherungs-

91 *Neef*, NZA 2011, 615, (616 f.).

92 ArbG Berlin 8.9. 2011 – 63 BV 9415/08, noch unveröffentlicht.

träger tun – für unwirksam halten, würde das unter Umständen dazu führen, dass die unveränderten alten Regelungen weiter anzuwenden wären. Das hätte die ungewollte Wirkung, dass nunmehr alte Vorschriften zur Anwendung kämen, die für die betreffenden Arbeitnehmer meist ungünstiger sind als die später vereinbarten Regelungen. All diese tatsächlichen und rechtlichen Fragen können und sollen hier aber nicht weiter geklärt werden. Die sich aus ihnen ergebenden Schwierigkeiten zeigen aber jedenfalls, zu welchen teils bizarren Folgeproblemen man gelangt, wenn man mit den Sozialversicherungsträgern rückwirkend die Unwirksamkeit der CGZP-Tarifverträge annimmt, obwohl der rechtliche Gesichtspunkt, der zu dieser Annahme führt, erst am 14.12.2010 vom BAG „erfunden“ worden ist. Ein rechtsstaatlich nachvollziehbarer Lösungsweg kann daher nur darin liegen, eine ex nunc-Geltung der neuen Rechtsprechung anzunehmen und somit das geschützte Vertrauen in die bis dahin gültige Rechtslage zu achten.

5. Abschluss mehrgliedriger Tarifverträge durch die Mitgliedsgewerkschaften und die CGZP am 15.3.2010

Nach der genannten Änderung vom 5.12.2005 wurde die Satzung der CGZP am 8.10.2009 nochmals novelliert. Bei dieser Gelegenheit hat man die alte Regelung über die Nichtzulassung eigener Tarifvertragsregelungen der Mitgliedsgewerkschaften durch eine Vorschrift ersetzt, welche diese ausdrücklich erlaubt.

In § 7 Abs. 1 S. 3 und 4 der CGZP-Satzung vom 8.10.2009 heißt es nun ausdrücklich: „Das Recht der Mitgliedsgewerkschaften, im Rahmen ihrer Zuständigkeit selbst Tarifverträge mit Unternehmen oder Verbänden zu schließen, die Arbeitnehmer an Dritte zur Arbeitsleistung 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.“

Am 15.3.2010 kam es zum Abschluss von Tarifverträgen zwischen dem Arbeitgeberverband AMP und der CGZP sowie ihrer Mitgliedsgewerkschaften. Hier wurde in der Präambel ausdrücklich klargestellt, dass es sich um mehrgliedrige Tarifverträge handelte, bei denen jede der beteiligten Gewerkschaften eigenständige Tarifvertragspartei ist und die jede Gewerkschaft unabhängig von den anderen Gewerkschaften kündigen oder ändern kann.

a. Wirksamkeit der mehrgliedrigen Tarifverträge vom 15.3.2010 auch bei fehlender Tariffähigkeit einer Tarifvertragspartei und bei daraus folgender Unwirksamkeit der von ihr geschlossenen Tarifverträge

Diese Tarifverträge sind unabhängig davon wirksam, ob die ebenfalls beteiligte CGZP tariffähig war oder nicht. Aus diesem Grunde sind ihre Regelungen auch unter Zugrundelegung der Rechtsansicht der Sozialversicherungsträger rechtsgültig.⁹³

Dem wird entgegengehalten, dass die Beteiligung der CGZP, da diese tarifunfähig gewesen sei, zur vollständigen Unwirksamkeit der betreffenden Tarifverträge führe.⁹⁴ Dies ist nicht zutreffend.⁹⁵ Die Annahme der Unwirksamkeit des gesamten Tarifvertrags wäre nur dann gerechtfertigt, wenn die unterschiedlichen Vertragsparteien dessen Geltung nur für den Fall angeordnet hätten, dass er für alle gilt. Das BAG vertritt bei Tarifverträgen, die auf Gewerkschaftsseite von mehreren Vereinigungen geschlossen wurden, die Ansicht, dass diese als mehrgliedrige Tarifverträge auch bei Tarifunfähigkeit einer dieser Vereinigungen für die anderen wirksam bleiben. Nur wenn die Gewerkschaften „einen einzigen, sie gemeinsam bindenden Tarifvertrag abschließen (wollten)“, wird dies abgelehnt.⁹⁶ Gerade dies war bei dem gemeinsamen, aber von jedem im eigenen Namen vorgenommenen Tarifvertragsschluss vom 15.3.2010 nicht der Fall gewesen. Im Gegenteil waren die einzelnen Gewerkschaften gerade deshalb zusätzlich im eigenen Namen aufgetreten, um die Geltung der betreffenden Tarifverträge für den Fall der Tarifunfähigkeit eines Beteiligten für sich und ihre Mitglieder gelten zu lassen. Dem BAG ist demnach zu folgen. Die Tarifunfähigkeit einer Tarifvertragspartei führt nur dann zur Unwirksamkeit des mehrgliedrigen Tarifvertrages, wenn dieser ausnahmsweise nur als einheitlich geltender gewollt ist.

Daher gilt auch, dass ein Tarifvertrag, dessen (sachlicher, persönlicher oder räumlicher) Geltungsbereich über den Bereich der Tarifzuständigkeit hinausgeht, deshalb nicht insgesamt unwirksam ist. Dass er wegen der Tarifunfähigkeit einer beteiligten Tarifvertragspartei oder aus anderen Gründen nicht im gesamten Geltungsbereich zur Anwendung kommt, hindert seine Wirksamkeit im Übrigen nicht. Es bleibt vielmehr dabei, dass der Tarifvertrag im Zuständigkeitsbereich gilt.⁹⁷

93 *Neef*, NZA 2011, 615, (618); *Lützelner/Bissels* DB 2011, 1636 (1638).

94 *Brors*, AuR 2011, 138 (141).

95 *Neef*, NZA 2011, 615, (618); *Lützelner/Bissels* DB 2011, 1636 (1638).

96 BAG 15.11.2006 – 10 AZR 665/05, NZA 2007, 448, Rn. 26; *Franzen* in *ErfKomm*, 11. Aufl. 2011, § 2 TVG, Rn. 38.

97 BAG 15.11.2006 – 10 AZR 665/05, NZA 2007, 448, Rn. 28; ebenso *Franzen* in *ErfKomm*, 11. Aufl. 2011, § 2 TVG, Rn. 38; *Oetker* in *Wiedemann*, Kommentar

Zusammenfassend ist also festzuhalten: Auch bei Annahme der rückwirkenden Tarifunfähigkeit der CGZP und bei Annahme der daraus folgenden Unwirksamkeit von ihr abgeschlossener Tarifverträge sind die mehrgliedrigen Tarifverträge vom 15.3.2010 dennoch im Übrigen wirksam. Entscheidend ist, dass die beteiligten Gewerkschaften tariffähig sind.⁹⁸

b. Wirksame Bezugnahme auf die mehrgliedrigen Tarifverträge

Aus dem Vorangegangenen folgt auch, dass arbeitsvertragliche Bezugnahme Klauseln, welche die mehrgliedrigen Tarifverträge vom 15.3.2010 für anwendbar erklären, wirksam nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3, § 9 Nr. 2 AÜG das equal treatment-Gebot abbedingen. Insbesondere sind die Bezugnahme Klauseln nicht wegen Verletzung der Anforderungen an Allgemeine Geschäftsbedingungen nach §§ 305 ff. BGB unwirksam.

Zwar gelten die §§ 305 ff. BGB auch im Arbeitsrecht und somit ebenfalls für die Bezugnahme auf den Tarifvertrag. Insbesondere die Privilegierung des Tarifvertrages nach § 310 Abs. 4 S. 1, 3 BGB betrifft nur den Tarifvertrag und nicht die arbeitsvertragliche Bezugnahme Klausel. Dennoch ist die Bezugnahme AGB-rechtlich doppelt privilegiert, nämlich nach § 310 Abs. 4 S. 2, 1. und 2. HS BGB. § 305 Abs. 2, 3 BGB finden auf vorformulierte Vertragsbedingungen im Arbeitsrecht gemäß § 310 Abs. 4 S. 2, 2. HS BGB keine Anwendung.⁹⁹ Insbesondere müssen Tarifvertragsregelungen, die per AGB einbezogen werden, nicht nach § 305 Abs. 2 BGB der Kenntnisnahme zugänglich gemacht werden.¹⁰⁰ Zudem sind bei der Bezugnahme nach § 310 Abs. 4 S. 2, 1. HS BGB die arbeitsrechtlichen Besonderheiten zu beachten. Deshalb ist die Bezugnahme auf Tarifverträge als solche nicht überraschend i.S.d. § 305c Abs. 1 BGB.¹⁰¹ Daraus folgt, dass auch ein

zum TVG, 7. Aufl. 2007, § 2 TVG, Rn. 54 f.; *Löwisch/Rieble*, Kommentar zum TVG, 2. Aufl. 2006, § 2 Rn. 185.

98 *Neef*, NZA 2011, 615, (618); *Lützelner/Bissels* DB 2011, 1636 (1638) m.w.N.; a.A. ArbG Herford 4.5.2011 – 2 Ca 144/11, ArbR 2011, 309. Derzeit ist gegen eine der tarifschließenden Mitgliedsgewerkschaften der CGZP, nämlich gegen medsonet, ein von Ver.di beantragtes Verfahren auf Feststellung der Tarifunfähigkeit, anhängig (ArbG Hamburg, Az. 1 BV 5/10).

99 BAG 24.9.2008 – 6 AZR 76/07, NZA 2009, 155 (unter Ablehnung auch einer analogen Anwendung von § 305 Abs. 2 BGB); BAG 14.3.2007 – 5 AZR 630/06, AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 45 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 18, Rn. 21.

100 BAG 11.2.2009 – 10 AZR 222/08, NZA 2009, 428.

101 BAG 24.9.2008 – 6 AZR 76/07, NZA 2009, 155, unter Verweis auf *Oetker* in *Wiedemann*, Kommentar zum TVG, 7. Aufl. 2007, § 3 TVG Rn. 303; *Deinert/Däubler* in *Däubler/Bonin/Deinert*, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, 3. Aufl.

mehrgliedriger wirksamer Tarifvertrag wirksam in Bezug genommen werden kann, und zwar auch dann, wenn ein Teil mangels Tariffähigkeit einer Tarifvertragspartei unwirksam ist.¹⁰²

Im Übrigen würde man mit einem Grundsatz, nach welchem Tarifverträge von Tarifgemeinschaften nur bei Tariffähigkeit jedes einzelnen Mitglieds in Bezug genommen werden können, gemeinschaftliche Tarifvertrags-schlüsse erheblich gefährden. Gerade die – dem Gesetzgeber bereits seinerzeit bekannte und in § 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3, § 9 Nr. 2 AÜG mittelbar gebilligte - Praxis der DGB-Tarifgemeinschaft, Zeitarbeitstarifverträge zu mehreren abzuschließen, müsste beendet werden. Gleiches gilt aber auch in vielen anderen Bereichen, in denen sehr unterschiedliche Gewerkschaften zwecks einheitlicher Befriedung der Arbeitsbedingungen mehrgliedrige Tarifverträge schließen. Prominenteste Fälle sind etwa der öffentliche Dienst oder die Bahn. Wenn man hier bei Tariffähigkeit einer Partei die Unwirksamkeit der Bezugnahme verträte, wäre es praktisch ausgeschlossen, mit kleineren Gewerkschaften zu gemeinschaftlich konsentierten Tarifverträgen zu kommen. Zu groß wäre die Gefahr, dass das gesamte Tarifwerk wegen der Beteiligung einer kleineren, möglicherweise tariffähigen Gewerkschaft in sich zusammenfallen würde.

Es bleibt also dabei, dass auch bei (unzutreffender, s. oben II 3 c.) Annahme der zum 15.3.2010 rückwirkenden Tariffähigkeit der CGZP und selbst bei (ebenfalls unzutreffender, s. oben II 3 d.) Annahme der daraus folgenden Unwirksamkeit von ihr abgeschlossener Tarifverträge die mehrgliedrigen Tarifverträge vom 15.3.2010 dennoch im Übrigen wirksam sind. Ihre Anwendbarkeit ist dabei auf den Zuständigkeitsbereich der beteiligten tariffähigen Gewerkschaften begrenzt. In diesem Umfang können sie auch wirksam arbeitsvertraglich in Bezug genommen werden mit der Folge der wirksamen Abweichung vom equal treatment-Grundsatz nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3, § 9 Nr. 2 AÜG.

6. Zusammenfassung zu II.

§ 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 AÜG setzt voraus, dass der Leiharbeitnehmer sein Wahlrecht zugunsten des equal treatment ausgeübt hat.

2010, § 305c Rn. 22; s. auch BAG 14.3.2007 – 5 AZR 630/06, AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 45 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 18, Rn. 29; BAG 28.11.2007 – 6 AZR 390/07, ZTR 2008, 445; BAG 24.9.2008 – 6 AZR 76/07, NZA 2009, 155.

102 *Lützeler/Bissels* DB 2011, 1636 (1638); anderer Ansicht ArbG Frankfurt (Oder) 9.6.2011 – 3 Ca 422/11, zitiert nach juris; laut *Lützeler/Bissels* vertritt das ArbG Lübeck 15.3.2011 – 3 Ca 3147/10 dieselbe Ansicht wie das ArbG Frankfurt (Oder) a.a.O.

Solange er dieses Wahlrecht nicht ausgeübt hat, bleibt es bei den vertraglich vereinbarten Entgeltansprüchen.

Ein Anspruch aus § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 AÜG kann zudem nur bestehen, wenn es an einem Tarifvertrag fehlt, der die Abweichung vom equal treatment zulässt. Das ist nicht der Fall, weil die Tarifverträge der CGZP wirksam sind.

Das Fehlen von Tarifverträgen folgt nicht aus dem am 14.12.2010 vom BAG festgestellten Mangel der Tariffähigkeit der CGZP. Der Beschluss des BAG vom 14.12.2010 ist lediglich, ausgehend vom Stichtag des 7.12.2009, gegenwartsbezogen und trifft somit keine Aussage für die Zeit davor. Zudem hat die Bindungswirkung des BAG-Beschlusses vom 14.12.2010 am 30.4.2011 geendet. An diesem Tag trat § 3a AÜG n.F. in Kraft, aus welchem sich ergibt, dass der Gesetzgeber die Situation billigt, in der Gewerkschaften branchenübergreifend unter Einschluss der Zeitarbeit organisiert sind und in einem Tarifvertrag ausschließlich Zeitarbeit regeln. Damit wurde zwar nicht die Definition eines Spitzenverbandes nach § 2 Abs. 3 TVG geregelt; es ist auch nicht gesagt, dass damit das Tarifvertragsrecht verändert wurde. Jedoch erschüttert die neue Gesetzesbestimmung den vom BAG am 14.12.2010 behaupteten „Grundsatz der Unteilbarkeit der Tariffähigkeit“ und liefert zudem eine neue Gesetzesregelung zur Tariffähigkeit in der Zeitarbeit. Damit haben sich die rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse, welche der Entscheidung vom 14.12.2010 zugrunde lagen, wesentlich geändert.

Des Weiteren hat der Beschluss keine Bindungswirkung für Unternehmen, die mit der CGZP Firmentarifverträge schlossen und am betreffenden Beschlussverfahren nicht beteiligt wurden. Das gebietet das grundrechtsgleiche Recht auf Gewährung rechtlichen Gehörs nach Art. 103 Abs. 1 GG.

Aber auch in der Sache ist festzuhalten, dass die von der CGZP geschlossenen Tarifverträge wirksam sind. Das ist selbst dann anzunehmen, wenn man das – fragwürdige – vom Ersten Senat des BAG geschaffene Erfordernis vollständiger Tariffähigkeitsvermittlung der Mitglieder an den Spitzenverband als zutreffend zugrunde legt. Dieses Erfordernis ist richterrechtlich völlig neu statuiert worden, ohne dass es jemals zuvor von irgendjemandem behauptet oder auch nur diskutiert worden wäre. Aus diesem Grunde ist es verfassungsrechtlich geboten, dass die neue Rechtsprechung nicht rückwirkend eingeführt wird. Würde man die Rückwirkung der Rechtsprechung annehmen, läge darin ein Verstoß gegen die verfassungsrechtlichen Grundsätze zur Rückwirkung neuen Richterrechts. Das Rechtsstaatsgebot nach Art. 20 Abs. 3 GG in Verbindung mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG sowie des Eigentumsschutzes nach Art. 14 Abs. 1 GG machen es erforderlich, eine unvorhersehbare Neuerung wie die Einführung des Erfordernisses der voll-

ständigen Tariffähigkeitsvermittlung an einen Spitzenverband ex nunc vorzunehmen.

Dabei war konkret ein Stichtag zu ermitteln, an welchem von der CGZP geschlossene Tarifverträge unwirksam werden, und nicht ein Stichtag, an dem das von der Rechtsprechung neu entwickelte Merkmal für die Tariffähigkeit von Spitzenorganisationen „in Kraft gesetzt“ wird. Der Zeitpunkt, an dem die von der CGZP geschlossenen Tarifverträge unwirksam werden, richtet sich nach den verfassungsrechtlichen Regeln für das Rückwirkungsverbot. Das Bedürfnis des Rechtsverkehrs am vorläufigen Fortbestand der Tarifverträge wird hierbei durch die Regeln über die Nachwirkung von Tarifverträgen gemäß § 4 Abs. 5 TVG aufgefangen. Dies zugrunde gelegt, ergibt eine Gesamtwürdigung, dass die von der CGZP geschlossenen Tarifverträge frühestens am 1.7.2011 unwirksam werden konnten.

Unabhängig davon ist zusätzlich denkbar, dass die CGZP vor Änderung ihrer Satzung am 5.12.2005 Tarifverträge nicht als Spitzenverband i.S.d. § 2 Abs. 3 TVG, sondern als Stellvertreterin für ihre Mitgliedsgewerkschaften nach § 164 BGB geschlossen hat. Ob das tatsächlich der Fall ist, kann freilich nur in jedem Einzelfall für sich geklärt werden. Die daraus resultierenden Folgefragen, insbesondere die nach dem unbeabsichtigten Fortbestand von alten Tarifverträgen (deren spätere tarifvertragliche Aufhebung sich heute als unwirksam erweist), zeigen freilich eher die prinzipielle Fragwürdigkeit eines ex tunc-Inkraftsetzens der neuen Rechtsprechung.

Am 8.10.2009 wurde die Satzung der CGZP nochmals novelliert. Dabei wurden eigene Tarifvertragsregelungen der Mitgliedsgewerkschaften im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung ausdrücklich erlaubt. Daraufhin wurden am 15.3.2010 Zeitarbeitstarifverträge zwischen dem Arbeitgeberverband AMP und der CGZP sowie ihren Mitgliedsgewerkschaften geschlossen. Diese Tarifverträge sind selbst dann als wirksam anzusehen, wenn man die Ansicht vertritt, dass es der CGZP zu dieser Zeit an Tariffähigkeit mangelte und dass die von ihr geschlossenen Tarifverträge deshalb unwirksam sind. Erforderlich ist lediglich die Tariffähigkeit der beteiligten Gewerkschaften.

III. Beitragspflicht für aufgrund equal pay-Gebots erhöhte Entgeltansprüche

Nachdem die Sozialversicherungsträger von den Zeitarbeitsunternehmen für die Vergangenheit erhöhte Beiträge einfordern, stellt sich die Frage, ob eine nachträglich anzunehmende Verpflichtung zum „equal treatment“ nach § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 AÜG tatsächlich zu erhöhten Beitragspflichten führt.

1. Equal pay als Voraussetzung erhöhter Beitragspflichten

Voraussetzung für eine zusätzliche beitragsrechtliche Belastung der Unternehmen, welche bisher CGZP-Tarifverträge angewandt haben, ist das Bestehen von Arbeitsentgeltansprüchen, welche über das bisher Geleistete hinaus auf „equal treatment“, insbesondere auf „equal pay“ gerichtet sind.

Nach den Vorschriften für die unterschiedlichen Sozialversicherungszweige unterliegt Arbeitsentgelt der Beitragspflicht, soweit Versicherungspflicht besteht und die Beitragsbemessungsgrenze nicht überschritten ist. Die Beitragspflicht für „Arbeitsentgelt“ folgt dabei aus § 342 SGB III, § 226 Abs. 1 S. 1 SGB V, § 162 Nr. 1 SGB VI, § 57 Abs. 1 S. 1 SGB XI i.V.m. § 226 Abs. 1 S. 1 SGB V, § 82 Abs. 1 S. 1, § 153 Abs. 1-3, § 158 SGB VII. Der sozialversicherungsrechtliche Begriff des Arbeitsentgelts ist in § 14 Abs. 1 S. 1 SGB IV näher definiert. Er umfasst „alle laufenden oder einmaligen Einnahmen aus einer Beschäftigung, gleichgültig, ob ein Rechtsanspruch auf die Einnahmen besteht, unter welcher Bezeichnung oder in welcher Form sie geleistet werden und ob sie unmittelbar aus der Beschäftigung oder im Zusammenhang mit ihr erzielt werden.“¹⁰³

Nach dem soeben erarbeiteten Ergebnis besteht für die Unternehmen, welche CGZP-Tarifverträge anwandten, eine solche zusätzliche Entgeltspflicht nicht. Mangels Verpflichtung zur Zahlung von equal pay-Arbeitsentgelt greift somit nach den genannten Regelungen auch keine entsprechende Beitragspflicht.

Dennoch wird seitens der Sozialversicherungsträger die Ansicht vertreten, Arbeitgeber, die in der Vergangenheit CGZP-Tarifverträge geschlossen und diese deshalb kraft normativer Geltung oder kraft Bezugnahme angewandt hätten, schuldeten equal pay-Entgelt aus § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 AÜG. Aus diesem Grund soll im folgenden Text unterstellt werden, dass eine Entgeltspflicht nach § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 AÜG bestand und somit ein Differenzbetrag zwischen dem hiernach geschuldeten und dem – auf der Grundlage des CGZP-Tarifvertrags – tatsächlich ausgezahlten Arbeitsentgelt zu leisten war.¹⁰⁴

103 Vgl. hierzu und zu den zahlreichen Modifizierungen des Arbeitsentgeltbegriffs die umfassende Kommentierungen bei *Seewald* in *Kasseler Kommentar*, Stand 2008, § 14 SGB IV; *Vor* in *Winkler* (Hrsg.) *SGB IV*, 2007, § 14 SGB IV; *Giesen/Weselski* in *Wannagat/Eichenhofer*, *SGB*, Stand 2004, § 226 SGB V, Rn. 5 ff.

104 Vgl. *Schlegel*, *NZA* 2011, 380 (382 f.); *Park/Riederer von Paar/Schüren*, *NJW* 2008, 3670 (3673); *Schüren/Wilde*, *NZS* 2009, 303 (305); *Reipen*, *NZS* 2005, 407 ff.; *Zeppenfeld/Faust*, *NJW* 2011, 1643 (1646); für die (auch beitragsrechtliche) ex nunc-Wirkung einer möglicherweise anzunehmenden Tarifunfähigkeit der CGZP zutreffend *Sandmann/Marschall/Schneider*, *Arbeitnehmerüber-*

2. Beitragsrechtliches Entstehungs- und Zuflussprinzip

Im Sozialversicherungsrecht wird für die Entstehung des Beitragsanspruchs bei den meisten Entgeltformen daran angeknüpft, dass ein Arbeitsentgeltanspruch entstanden und fällig geworden ist, ohne dass das Entgelt ausgezahlt worden sein muss (so genanntes Entstehungsprinzip). Für manche Entgeltformen muss es dagegen tatsächlich zur Auszahlung gekommen sein (so genanntes Zuflussprinzip).

a. Prinzipielle Geltung des Entstehungsprinzips für laufendes Entgelt; Entstehung und Fälligkeit des Entgeltanspruchs als Voraussetzungen der Beitragsschuld

Die Rechtsprechung des BSG geht für das laufende Arbeitsentgelt vom Entstehungsprinzip aus.¹⁰⁵ Demnach gehört zum beitragspflichtigen Entgelt auch geschuldetes fälliges Arbeitsentgelt, das nicht gezahlt wird oder z.B. aufgrund zwischenzeitlicher Aufrechnung¹⁰⁶ nicht mehr gezahlt zu werden braucht. Die Beitragsforderung entsteht demnach nicht erst mit der Entgeltzahlung, sondern bereits mit Entstehung und Fälligkeit des Entgeltanspruchs gegen den Arbeitgeber. Das Entstehungsprinzip ergibt sich nicht ausdrücklich aus dem Gesetz, lässt sich aber unter anderem aus § 23 Abs. 1 S. 2, 3 SGB IV sowie aus einem Gegenschluss zu § 22 Abs. 1 S. 2, § 23a SGB IV und § 208 SGB III herleiten. Zudem verweist die Rechtsprechung darauf, dass Sozialversicherungsschutz in der Regel bereits mit der Beschäftigungsaufnahme durch den Versicherten und nicht erst mit der Entgeltzahlung entsteht. Außerdem sollen nicht solche Arbeitgeber beitragsrechtlich bevorzugt werden, die arbeitsvertragliche Pflichten verletzen.

lassungsgesetz Kommentar, Stand November 2010, § 9 AÜG, Rn. 22; Boemke/Lembke, Kommentar zum AÜG, 2. Aufl. 2009, § 9 AÜG, Rn. 132; Plagemann/Brand, NJW 2011, 1488 ff.

105 BSG 11.11.1975 – 3/12 RK 12/74, BSGE 41, 6 ff. = SozR 2200, § 393 Nr. 3; BSG 26.10.1982 – 12 RK 8/81, BSGE 54, 136 = SozR 2200 § 393 Nr 9; BSG 30.8.1994 – 12 RK 59/92, NZA 1995, 701; BSG 22.6.1994 – 10 RAR 3/93, NZA 1995, 704; BSG 21.5.1996 – 12 RK 64/94, SozR 3 – 2500, Nr. 2 zu § 226 SGB V, 5; BSG 14.7.2004 - B 12 KR 7/04 R, NZS 2005, 433; BSG 14.7.2004 - B 12 KR 1/04 R, NZS 2005, 538; Klose, NZS 1996, 9 ff.; Marx, NZS 2002, 126ff.; Goericke, DB 2000, 2526; Arens, BB 2001, 94; Gagel FS Hanau, 1999, 649, 655; Peters-Lange, NZA 1995, 657.

106 BSG 21.5.1996 – 12 RK 64/94, SozR 3 – 2500, Nr. 2 zu § 226 SGB V m. Anm. Marschner, NZA 1997, 300.

Das Entstehungsprinzip ist vor allem in zwei Entscheidungen des BSG zu untertariflicher Bezahlung näher begründet worden.¹⁰⁷ In beiden Fällen ging es um Unternehmen, die von einem nach § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag erfasst waren, von dessen Existenz aber nichts wussten. Aufgrund dessen hatten sie das im Tarifvertrag vorgeschriebene Arbeitsentgelt unterschritten. Die Einzugsstellen verlangten daraufhin Beitragszahlungen für den Differenzbetrag zwischen dem geleisteten und dem kraft Tarifvertrags geschuldeten Entgelt. Beim BSG erhielten sie Recht. Das Gericht begründete in beiden Urteilen eingehend das hier anzuwendende Entstehungsprinzip. Dabei befasste es sich auch mit dem Einwand, die Unternehmen als Außenseiter hätten in Unkenntnis der für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge untertariflichen Lohn gezahlt und somit nicht gewusst, dass aufgrund höherer Entgeltpflicht auch höhere Sozialversicherungsbeiträge zu zahlen waren. Das BSG verwies darauf, dass nach arbeitsgerichtlicher Rechtsprechung höheres Entgelt auch bei Unkenntnis von den allgemeinverbindlichen Tarifverträgen geschuldet werde.¹⁰⁸ Es hätte das für die Allgemeinverbindlicherklärung vorgesehene Veröffentlichungs- und Dokumentationsverfahren stattgefunden, so dass sich auch Außenseiter über das geltende Tarifrecht hätten informieren können. Spezifische Schwierigkeiten bei der Beschaffung der hier einschlägigen Tarifverträge seien nicht erkennbar gewesen.¹⁰⁹

b. Geltung des Zuflussprinzips für einmaliges und für nicht geschuldetes Entgelt

Das Zuflussprinzip gilt dagegen insbesondere gemäß § 22 Abs. 1 S. 2, § 23a SGB IV für Einmalzahlungen. Diese müssen also tatsächlich geleistet worden sein, damit der Beitragsanspruch entsteht.¹¹⁰ Das Zuflussprinzip greift zudem, wenn nicht geschuldetes Arbeitsentgelt geleistet worden ist. Hier entsteht die Beitragspflicht ebenfalls erst mit der Auszahlung und nur dann, wenn das Ausgezählte beim Arbeitnehmer verbleibt.¹¹¹

c. Ausnahmsweise Geltung des Zuflussprinzips bei streitigen und nachträglich untergegangenen Entgeltforderungen

Aber auch für das laufende Arbeitsentgelt hat das BSG immer wieder Sonderfälle entschieden, in denen es Ausnahmen vom Entstehungsprinzip

¹⁰⁷ BSG 14.7.2004 - B 12 KR 7/04 R, NZS 2005, 433; BSG 14.7.2004 - B 12 KR 1/04 R, NZS 2005, 538.

¹⁰⁸ BAG 16.8.1983 - 3 AZR 206/82, AP Nr 131 zu § 1 TVG Auslegung.

¹⁰⁹ BSG Fn. 107.

¹¹⁰ BT-Drucks. 15/26, S. 51 zu Nr. 2 - § 22.

¹¹¹ *Peters* in Kasseler Kommentar zum SGB, Stand 2011, § 226 SGB V Rz. 11.

entwickelte. So sind Entgeltansprüche, für welche in einem gerichtlichen Vergleich gemäß § 779 BGB vereinbart wurde, dass sie nicht (mehr) geltend gemacht werden, so zu behandeln, als hätten sie von Anfang an nicht bestanden. Dasselbe gilt im Fall eines vergleichsweise vereinbarten Erlasses nach § 397 BGB.¹¹² Soweit das Arbeitsentgelt zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Streit steht, besteht der Beitragsanspruch nur aus dem arbeitsgerichtlich zugesprochenen Arbeitsentgelt. Zudem wird hier die Beitragsforderung regelmäßig erst nach der rechtskräftigen Beendigung des Rechtsstreits fällig.¹¹³

3. Beitragspflicht für gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 AÜG geschuldetes Entgelt

a. Geltung des Entstehungsprinzips im Fall des equal pay-Anspruchs

Legt man das Vorangegangene zugrunde, muss bei der – hier unterstellten – rückwirkenden Entstehung des equal pay-Anspruchs aus § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 AÜG grundsätzlich das Entstehungsprinzip und nicht das Zuflussprinzip gelten.¹¹⁴ Der equal pay-Anspruch ist auf laufende Leistungen gerichtet und fällt nicht unter die Einmalleistungsregelung nach § 22 Abs. 1 S. 2, § 23a SGB IV.¹¹⁵

b. Entstehen des equal pay-Anspruchs als Voraussetzung der Beitragspflicht

Nach den Regeln des Entstehungsprinzips mangelt es am Beitragsanspruch, wenn der betreffende equal pay-Anspruch aus § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 AÜG noch nicht entstanden und fällig ist. Die Entstehung ist aber auch bei rückwirkend entstehenden Ansprüchen so lange nicht anzunehmen, bis der Arbeitnehmer die betreffende Forderung, welche ihm gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 AÜG zusteht, nicht tatsächlich eingefordert hat, s. oben II 4. Selbst wenn man sich diesem Standpunkt nicht anschließt, dürfte es mindestens an der Fälligkeit des equal pay-Anspruchs fehlen, da der Arbeitnehmer seine

112 Wenn dagegen ein Entgeltanspruch durch Aufrechnung untergegangen und deshalb im Vergleich unberücksichtigt geblieben ist, bleibt es bei der Beitragspflicht, da die Aufrechnung nach §§ 387 ff. BGB ein Sonderfall der Erfüllung ist, BSG 18.11.1980 – 12 RK 47/79, NJW 1982, 302 f. = SozR 2100 § 14 Nr. 7.

113 BSG 25.9.1981 – 12 RK 58/80, BSGE 52, 152 (157) = SozR 2100 § 25 Nr. 3.

114 Ebenso *Reiserer*, DB 2011, 764 (765), die aber zu Unrecht und ohne Eingehen auf die Frage nach dem Entstehungszeitpunkt von equal pay-Ansprüchen und auf Vertrauensgesichtspunkte auf die rückwirkende Beitragspflicht schließt.

115 *Schlegel*, NZA 2011, 380 (382 f.).

Forderung zumindest spezifizieren und demgemäß nach § 10 Abs. 4 AÜG einfordern muss.

Somit fehlt es bereits mangels Entstehung bzw. Fälligkeit des equal pay-Anspruchs aus § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 AÜG an einer Beitragsforderung.

Zum selben Ergebnis kommen *Plagemann/Brand*, die für die vorliegende Konstellation die Geltung des Zuflussprinzips anstelle des hier vertretenen Entstehungsprinzips annehmen. Der Grund liegt darin, dass *Plagemann/Brand* die Meinung vertreten, die arbeitsrechtlich möglicherweise rückwirkend eintretende Entgeltspflicht entspreche einer Einmalzahlung im Sinne des § 22 Abs. 1 S. 2 SGB IV.¹¹⁶ Dem kann man sich insofern anschließen, als es der verfassungsrechtliche Vertrauensschutz erfordert, Arbeitgeber nicht rückwirkend mit Beitragsschulden zu belasten, von deren Bestehen nicht einmal die Sozialversicherungsträger ausgegangen sind und deren rechtliche Begründung auf einer völlig überraschenden richterrechtlichen Entdeckung beruht. Andererseits ist im Fall von equal pay-Ansprüchen aus § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 AÜG auch die Situation denkbar, in der von vornherein feststeht, dass der Arbeitgeber entgegen der Wahlentscheidung des Arbeitnehmers auf der Grundlage eines unwirksamen Tarifvertrags zahlt und somit klar ist, dass er monatlich ein erhöhtes Entgelt schuldet. Diese Lage ist wiederum der laufenden Entgeltspflicht vergleichbar, welche zweifellos der Regelung des § 22 Abs. 1 S. 1 SGB IV unterworfen ist. Man wird daher hier im Ergebnis ganz ähnliche Abweichungen vom Entstehungsprinzip annehmen können, wie sie auch die Rechtsprechung bei der Entgelteinforderung etwa im Zusammenhang von Kündigungsschutzprozessen entwickelt hat.¹¹⁷ Im Ergebnis unterscheiden sich die hier vertretene Zugrundelegung des Entstehungsprinzips und die von *Plagemann/Brand* angenommene Geltung des Zuflussprinzips lediglich insoweit voneinander, als bei geltend gemachten, aber nicht erfüllten equal pay-Ansprüchen nach der hier vertretenen Ansicht Beiträge geschuldet werden, während sie nach der von *Plagemann/Brand* vertretenen Ansicht erst mit der Auszahlung geschuldet werden. Für die Fälle der nachträglichen Beitragspflicht wegen Tarifunfähigkeit der CGZP ergeben sich daraus in der Handhabung aber keine Unterschiede.

c. Mögliche Kenntnis des Arbeitgebers vom equal pay-Anspruch als Voraussetzung der Beitragspflicht

Des Weiteren ergibt sich vorliegend eine zusätzliche Besonderheit. Die Arbeitgeber, welche CGZP-Tarifverträge anwandten, wussten nichts

¹¹⁶ *Plagemann/Brand*, NJW 2011, 1488 (1490).

¹¹⁷ Vgl. oben Fn. 113.

davon, dass die betreffenden Tarifverträge unwirksam sein könnten. Das gilt unabhängig davon, ob sie selbst mit der CGZP Tarifverträge geschlossen hatten, ob sie Mitglieder in einem Arbeitgeberverband waren, der dies getan hatte, oder ob sie lediglich auf entsprechende Tarifverträge in Arbeitsverträgen Bezug nahmen. Zwar war sicher einigen von ihnen bekannt, dass sich Ver.di, DGB und die mit ihnen kooperierende Landesregierung Berlin gegen die Tariffähigkeit der CGZP wandten. Jedoch wussten sie nicht und konnten auch nicht wissen, dass das BAG die Tariffähigkeit der CGZP an der fehlenden vollständigen Vermittlung mitgliederschaflicher Tariffähigkeit an die Spitzenorganisation CGZP scheitern lassen würde. Das war niemandem bekannt; es war von niemandem in der Rechtswissenschaft diskutiert worden und es konnte auch sonst niemand ahnen.¹¹⁸

Das BSG hat nun die Beitragsbelastung für dem Arbeitgeber unbekannte Entgeltansprüche aus allgemeinverbindlichen Tarifverträgen damit gerechtfertigt, dass der Arbeitgeber die Entgeltansprüche zumindest hätte kennen können.¹¹⁹ Das Gericht erklärte zur Rechtfertigung, dass die für die Allgemeinverbindlicherklärung vorgesehenen Veröffentlichungs- und Dokumentationsverfahren stattgefunden hatten, so dass sich die Arbeitgeber über das geltende Tarifrecht hatten informieren können.¹²⁰ Dieser Stellungnahme ist zu entnehmen, dass laut BSG dort, wo keine Kenntnis von der Entgeltverpflichtung besteht und auch nicht bestehen kann, auch keine Beitragspflicht entsteht. Nimmt man rechtsstaatliche Gesichtspunkte nach Art. 20 Abs. 3 GG in den Blick, ist das leicht nachvollziehbar. Abgabenlasten, die entstehen, ohne dass man von ihnen etwas wissen kann, sind – soweit ersichtlich – in der abgabenrechtlichen Literatur nicht diskutiert worden. Das ist auch nicht weiter verwunderlich, da sie von rechtsstaatlichen Vorstellungen doch recht weit entfernt sind.

Der frühestmögliche Moment, in dem die betreffenden Arbeitgeber Kenntnis vom Bestehen der Entgeltspflicht haben konnten, war der 14.12.2010. Erst zu diesem Zeitpunkt wurde durch Pressemitteilung des BAG bekannt gemacht, dass der CGZP wegen des Erfordernisses der vollständigen Vermittlung der Tariffähigkeit durch die Mitgliedsorganisationen die eigene Tariffähigkeit als Spitzenorganisation fehle.

Die allgemeine Prognose, dass die Tariffähigkeit der CGZP verneint werden könnte, reicht für die Möglichkeit der Kenntnis von einem Beitragsanspruch nicht aus. Der Rechtsverkehr musste sich darauf verlassen können, dass die CGZP nach den herkömmlichen Maßstäben tariffähig

118 S. oben bei Fn. 2, 4.

119 BSG 14.7.2004 - B 12 KR 7/04 R, NZS 2005, 433; BSG 14.7.2004 - B 12 KR 1/04 R, NZS 2005, 538.

120 S. oben bei Fn. 107-109.

und dass somit auch die Unterschreitung des equal pay auf der Grundlage von CGZP-Tarifverträgen zulässig war. Weil sich die fehlende Tariffähigkeit nach dem BAG-Beschluss vom 14.12.2010 aus einem unabsehbaren rechtlichen Gesichtspunkt ergab, konnte auch erst dieser Termin als frühester Zeitpunkt für eine Kenntnismöglichkeit in Betracht kommen. Somit kann auch erst frühestens für die Zeit ab dem 14.12.2010 von der Entstehung einer sozialversicherungsrechtlichen Beitragspflicht ausgegangen werden.

d. Keine rückwirkende Beitragspflicht bei Rechtsprechungsänderung

aa. Allgemeine Grundsätze zur Vermeidung belastender Rückwirkungen im Abgabenrecht

Dies ergibt sich nicht zuletzt aus den besonderen Grundsätzen, welche die Finanz- und Sozialgerichte zur Neuerung von Rechtsprechung im Abgabenrecht entwickelt haben. Ebenso wie dies oben zur arbeitsrechtlichen Frage des rückwirkend richterrechtlich entstandenen equal pay-Anspruchs diskutiert wurde,¹²¹ wird auch und vor allem im Abgabenrecht die belastende Wirkung von Rechtsprechungsneuerungen gesondert berücksichtigt und gesetzlich sowie richterrechtlich abgemildert. Hintergrund ist hier wie dort, dass gegen die rückwirkende Auferlegung von Sonderlasten wegen der Beeinträchtigung des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG) und von Grundrechten Bedenken bestehen.

Im Steuerrecht kann gemäß § 176 Abs. 1 Nr. 3 AO bei der Aufhebung oder Änderung eines Steuerbescheids nicht zuungunsten des Steuerpflichtigen berücksichtigt werden, dass „sich die Rechtsprechung eines obersten Gerichtshofes des Bundes geändert hat, die bei der bisherigen Steuerfestsetzung von der Finanzbehörde angewandt worden ist.“¹²² Aber auch außerhalb des Bereiches, der durch Steuerbescheid vorgeklärt ist, stellt die Finanzgerichtsbarkeit deutlich klar, dass sich der Abgabenschuldner auf diejenige Rechtslage einstellen können muss, welche sich ihm nach aktuellem Stand als zutreffend darstellt. Daraus folgert sie, dass die Rechtsprechung verfassungsrechtlich verpflichtet ist, neue richterrechtliche Regeln nicht rückwirkend einzuführen. Zuletzt hat der Große Senat des BFH im Jahr 2007 ausführlich zur Notwendigkeit der ex nunc-Entwicklung von Richterrecht Stellung genommen, wobei er eingehend die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sowie der obersten Gerichtshöfe des Bundes aufgearbeitet und berücksichtigt hat. Demnach

¹²¹ S. oben II 3 c, bb.

¹²² S. dazu *Balmes* in Kühn/von Wedelstädt, Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung, 19. Aufl. 2008, § 176 AO, Rn. 2, 17 ff.; *Koenig* in Pahlke/Koenig, Abgabenordnung, 2. Aufl. 2009, § 176 AO, Rn. 1, 24 ff.

sind hinsichtlich des zeitlichen Anwendungsbereichs neuer höchstrichterlicher Regeln die Prinzipien der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes in gebührender Weise zu beachten. Der Große Senat des BFH stellt ausdrücklich klar, dass auf einen Wandel der Rechtsprechung diejenigen Grundsätze entsprechend anzuwenden sind, die bei rückwirkenden Gesetzen zu beachten sind, wenn aufgrund der richterrechtlichen Fortentwicklung des Rechts durch das betreffende Gericht eine solche Analogie nach Lage der Sache geboten ist.¹²³

Zudem vertreten der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes und die Finanzgerichtsbarkeit die Auffassung, dass auch bei Fehlen gerichtlicher Festsetzungen über die ex nunc-Wirkung neuer Rechtsprechung die Verwaltung aus eigener Initiative verpflichtet sei, etwa durch Billigkeitsentscheidung nach § 163 AO die Anwendung geänderter Rechtsprechung für eine Übergangszeit auszusetzen.¹²⁴ Entsprechend ist die Verwaltung auch gehalten, bei Änderung ihrer eigenen länger ausgeübten Rechtsauffassung übergangsweise Vertrauensschutz zu gewähren.¹²⁵

bb. Grundsätze zur Vermeidung belastender Rückwirkungen im sozialversicherungsrechtlichen Beitragsrecht

Die oben ausgeführten, besonders für das Abgabenrecht konkretisierten Grundsätze hat sich das BSG für das sozialversicherungsrechtliche Beitragsrecht zueigen gemacht.

So hatte das Gericht 1980 einen Fall zu entscheiden, bei dem aufgrund einer finanzgerichtlichen Rechtsprechungsänderung hohe Beitragspflichten für arbeitgeberseitig gezahlten Übernachtungs- und Verpflegungsaufwand angefallen waren. Der zuständige Krankenversicherungsträger hatte daraufhin vom klagenden Arbeitgeber erhebliche Beitragsnachzahlungen eingefordert. Der für das Beitragsrecht zuständige 12. Senat des BSG erklärte dies für unzulässig. Dabei stützte er sich aus-

123 BFH 17.12.2007 – GrS 2/04, DStR 2008, 545 (552), unter Verweis auf BGH 8.10.1969 - I ZR 7/68, BGHZ 52, 365, 369; BAG 21.9.2006 - 2 AZR 284/06, AP Nr. 12 zu § 1 KSchG 1969 Namensliste, Rn. 38 ff.; ebenso *Rüsken* in Klein, Abgabenordnung, 10. Aufl. 2009, § 176 AO, Rn. 3 ff.; *Koenig* in Pahlke/Koenig, Abgabenordnung, 2. Aufl. 2009, § 176 AO, Rn. 40 ff.

124 GemSenOGB 19.10.1971 - GmS-OGB 3/70, BFHE 105, 101 ff.; BFH 7.10.1965 – IV 139/65 U, BFHE 83, 555, BStBl. III, 1965, 700; BFH 23.2.1979 – III R 16/78, BStBl. 1979, 455 ff.; BFH 15.1.1986 – II R 141/83, BFHE 145, 453 ff.; BFH 26.9.2007 – V B 8/06, BStBl. 2008 II, S. 405 ff.; *Hey*, DStR 2004, 1897 ff.; *Rüsken* in Klein, Abgabenordnung, 10. Aufl. 2009, § 176 AO, Rn. 3a.

125 BFH 15.12.1964 – VII 226/63, BFHE 81, 353 ff.; BFH 2.2.1966 – II 55/62, BFHE 84, 483 ff.; *Hey*, DStR 2004, 1897 ff.; *Rüsken* in Klein, Abgabenordnung, 10. Aufl. 2009, § 176 AO, Rn. 4.

drücklich auf die soeben zitierten, von den Finanzgerichten entwickelten Regeln zur Gewährung von Vertrauensschutz. Nach Auffassung des BSG besteht dieser Vertrauensschutz zumindest so lange, wie nicht „von zuständiger Seite eine Änderung des Verhaltens der Verwaltung bekanntgegeben“ wird.¹²⁶ Demnach gilt auch im Beitragsrecht der Sozialversicherung, dass „die Beitragspflichtigen – hier in der Regel die für die Beitragsberechnung und -abführung ‘in Dienst genommenen’ Arbeitgeber ... nicht für eine zurückliegende Zeit mit einer Beitragsforderung überrascht werden, die in Widerspruch steht zu dem vorangegangenen Verhalten der Verwaltung, auf dessen Rechtmäßigkeit sie vertrauten und vertrauen durften“.¹²⁷ In der betreffenden Entscheidung geht das BSG nicht nur auf den durch die Verwaltung veranlassten Vertrauenstatbestand ein, sondern auch auf das Vertrauen, welches in eine bestehende Rechtsprechung gesetzt wurde. Hier unterscheidet das Gericht zwischen den Bürger begünstigende und ihn belastende Rechtsprechungsänderungen zum Beitragsrecht. Letztere erklärt das BSG bereits dann für unzulässig, „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 anzunehmen sein, der Beiträge für eine länger zurückliegende Zeit nachzahlen hätte.“ Auch die Vorteile, die wiederum dem Arbeitnehmer durch die Beitragsnachzahlungen insbesondere in der Rentenversicherung entstünden, änderten nichts an der überproportionalen Belastung des Arbeitgebers und rechtfertigten nicht den Entzug von Vertrauensschutz.¹²⁸ Des Weiteren verweist das BSG – wie die finanzgerichtliche Rechtsprechung – darauf, dass die Verwaltung gegebenenfalls gehalten ist, eine neue belastende Rechtsprechung nicht rückwirkend anzuwenden.¹²⁹

Die eben genannten Aspekte des Vertrauensschutzes im Hinblick auf Verwaltungshandeln der Sozialversicherungsträger hat das BSG in einer weiteren Entscheidung aus dem Jahr 1983 bestätigt und vertieft. Im betreffenden Fall hatte das Finanzamt die Pauschalbesteuerung von Arbeitnehmerverköstigung rückwirkend für mehrere Jahre zugelassen, während die Einzugsstelle diese Pauschalierung für die Bewertung der hierfür anfallenden Sozialversicherungsbeiträge nicht akzeptierte. Das BSG hat dies für unzulässig erklärt. Angesichts der besonderen Schwierigkeiten bei der Beantwortung der Frage, für welche Summen und in welchem Maße Bei-

126 BSG 18.11.1980 – 12 RK 59/79, BSGE 51, 31 (35); bestätigt in BSG 27.9.1983 – 12 RK 10/82, BSGE 55, 297 ff.; ebenfalls bestätigt in LSG Saarland 22.4.2005 – L 7 RJ 229/03, zitiert nach juris, wobei das LSG die betreffenden Grundsätze im konkreten Fall nicht als erfüllt ansah.

127 BSG a.a.O. S. 36.

128 BSG a.a.O. S. 37.

129 BSG a.a.O. S. 38.

träge zu zahlen sind, sah es die Sozialversicherungsträger in einer besonderen Fürsorgeverantwortung für die beitragspflichtigen Arbeitgeber. Das Gericht erklärte, die Einzugsstelle habe die Arbeitgeber „zu beraten, zu unterstützen und nach Möglichkeit vor Schäden zu bewahren“. Insbesondere habe sie sicherzustellen, dass die für die Beitragsabführung in Dienst genommenen Arbeitgeber ihre Verpflichtungen sachgerecht erfüllen könnten. Geschehe dies nicht, so könne dies zur Folge haben, „dass Beiträge nicht mehr in der vom Gesetz vorgesehen Weise erhoben werden können und dadurch den Arbeitgebern unzumutbare Lasten aufgebürdet werden.“ Ein solcher Fall liege hier vor, da die Einzugsstelle die finanzbehördliche Praxis der rückwirkenden Pauschalbesteuerung nicht beanstandet und somit den Arbeitgeber im Glauben gelassen habe, er könne in gleicher Weise beim sozialversicherungsrechtlichen Beitragseinzug verfahren.¹³⁰

cc. Anwendung der Rückwirkungsgrundsätze auf den vorliegenden Fall – insbesondere Abwägung mit den Interessen der Beschäftigten und der Versichertengemeinschaft

In der vorliegenden Situation sind beide von den Gerichten angesprochenen Konstellationen einschlägig, nämlich sowohl der Fall der Rechtsprechungsneuerung als auch der Fall der längeren Verwaltungspraxis, die das Vertrauen der beteiligten Unternehmen in ihren Fortbestand begründet hat.¹³¹

Im Hinblick auf den erstgenannten Punkt gilt das bereits oben zum Arbeitsrecht Ausgeführte.¹³² Die Rechtsprechung des BAG über das Erfordernis vollständiger Vermittlung von Tariffähigkeit auf eine Spitzenorganisation stellt einen typischen Fall richterlicher Rechtsschöpfung dar. Auf den ersten Blick könnte man meinen, die Entscheidung des BAG vom 14.12.2010 enthielte keine Änderung der Rechtsprechung im Sinne der genannten Regeln, sondern „nur“ eine Neuerung. Jedoch hat das BAG in vielfältiger Rechtsprechung schon häufig die Tariffähigkeit von Spitzenverbänden geprüft und dabei nie auch nur andeutungsweise das Kriterium der vollständigen Vermittlung von Tariffähigkeit der Mitglieder an den Spitzenverband genannt. Demnach kommt diese „Neuerung“ einer Änderung gleich.

Zudem ist auch eine längere Verwaltungspraxis der Sozialversicherungsträger anzunehmen, auf welche sich die betreffenden Unternehmen verlassen konnten. Bedenkt man, dass das BSG in seiner Entscheidung von

130 BSG 27.9.1983 – 12 RK 10/82, BSGE 55, 297 ff.

131 *Zeppenfeld/Faust*, NJW 2011, 1643 (1647).

132 Oben II 3 c, bb, bbb.

1983¹³³ der Einzugsstelle sogar das vertrauensbildende Verhalten des Finanzamts zugerechnet und von ihr verlangt hat, im Zweifelsfall schon im Vorhinein klarzustellen, dass es dessen Pauschalbemessung von Arbeitnehmerverköstigung nicht akzeptieren werde, zeigt sich, dass im vorliegenden Fall erst Recht ein Vertrauenstatbestand geschaffen wurde. Die Aufsichtsbehörde für die Zeitarbeit, die Bundesagentur für Arbeit, war über die gesamte Dauer der Anwendung von CGZP-Tarifverträgen von deren Wirksamkeit ausgegangen. Sie hatte deren Anwendung über die Jahre ständig im Rahmen der Überwachung nach §§ 1, 7 AÜG überprüft, anstandslos hingenommen, als legal akzeptiert und sogar aktiv eingefordert. Von daher ist schon deshalb staatlich veranlasster Vertrauensschutz anzunehmen.¹³⁴ Zudem haben die Krankenversicherungsträger als Einzugsstellen für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag, die Unfallversicherungsträger als Einzugsstellen für den Unfallversicherungsbeitrag sowie die Rentenversicherungsträger als Betriebsprüfer stets das Entgelt nach dem CGZP-Tarifvertrag als richtig zugrunde gelegt. Eine nachträgliche Kehrtwende im Sinne der jetzt verlangten Nachzahlung würde der Betreuungspflicht der Sozialversicherungsträger zuwiderlaufen.¹³⁵

Bei der im Rahmen der Rückwirkungsprüfung erforderlichen Abwägung ist zusätzlich zu berücksichtigen, dass Beschäftigte und Versicherten-gemeinschaft Vorteile aus einer nachträglich erhöhten Beitragsleistung ziehen. Diese Vorteile bestehen darin, dass vorherige vermeintliche Versicherungsfreiheit als geringfügig Beschäftigte jetzt in Vollversicherung umschlägt. Des Weiteren ergeben sich Vorteile bei der Berechnung von Entgeltersatzleistungen, insbesondere bei Alters-, Erwerbsunfähigkeits- und Hinterbliebenenrenten. Soweit bereits der Bereich der Pflichtversicherung erreicht ist, ergeben sich keine Vorteile bei Sachleistungen, etwa bei der Krankenbehandlung oder der Rehabilitation. Von daher dürfte bei Nachzahlungen auch die Versichertengemeinschaft insgesamt profitieren. Andererseits ist anzunehmen, dass Beschäftigte im Rahmen von § 28g SGB IV vom nachzahlenden Arbeitgeber in Regress genommen werden. Hierbei ergibt sich die Möglichkeit des zeitlich unbegrenzten Regresses wegen mangelnden Arbeitgeberschuldens im Sinne des § 28g S. 3 HS. 2 SGB IV (dazu sogleich e.).

Freilich beruhen – auch wenn man die letztgenannte Regressmöglichkeit nach § 28g SGB IV außer Acht lässt – all diese Vorteile ausnahmslos auf einer für alle Beteiligten völlig unerwarteten und unerwartbaren Rechtsprechungsneuerung durch das BAG. Für solche Fälle, in denen es zu

133 BSG 27.9.1983 – 12 RK 10/82, BSGE 55, 297 ff.

134 So zutreffend *Sandmann/Marschall/Schneider*, Arbeitnehmerüberlassungs-gesetz Kommentar, Stand November 2010, § 9 AÜG, Rn. 22.

135 *Zeppenfeld/Faust*, NJW 2011, 1643 (1647).

einer überraschenden Rechtsprechungsneuerung kommt, sind nach der Rechtsprechung des BSG die damit für die Beschäftigten und die Versichertengemeinschaft verbundenen Vorteile gegenüber den spiegelbildlichen Abgabenlasten der Beitragspflichtigen zu vernachlässigen. Das BSG erklärt hierzu schlicht, dass die Vorteile, die Arbeitnehmern durch die Beitragsnachzahlungen insbesondere in der Rentenversicherung entstünden, nichts an der entsprechenden Belastung des Arbeitgebers änderten und deshalb den Entzug von Vertrauensschutz nicht rechtfertigten.¹³⁶ Dem ist zuzustimmen. In der Tat sind Versorgungsvorteile für einzelne Versicherte sowie – im weitesten Sinne des Wortes – Staatseinnahmen erfreuliche Dinge (jedenfalls wenn man davon absieht, dass die damit verbundene insolvenzbedingte Vernichtung von Unternehmen letztendlich dem Arbeitsmarkt und der Aussicht auf Beitragseinnahmen mehr schadet als nützt). Im Falle einer überraschenden Rechtsprechungsneuerung existiert aber keine geschützte Erwartung in die betreffenden erhöhten Einnahmen. Ganz im Gegenteil folgt ja gerade aus der Überraschung der Rechtsprechung die fehlende Erwartung. Somit besteht zwar ein rechtlich geschütztes Interesse an erhöhten Beiträgen zwecks Verstärkung individuellen und kollektiven sozialen Schutzes. Dieses Interesse wiegt aber nicht schwerer als das allgemeine Interesse an der Durchsetzung von als richtig erkanntem neuem (Richter-)Recht.

Insgesamt besteht demnach für die Zeit bis mindestens zum 14.12.2010 in beitragsrechtlicher Hinsicht Vertrauensschutz in der Weise, dass Sozialversicherungsbeiträge nur auf der Grundlage der bisher als verbindlich akzeptierten CGZP-Tarifvertragsregelungen abzuführen sind.

e. Gegenschluss aus § 28g S. 3 HS. 2 SGB IV

Die fehlende Beitragshaftung des Arbeitgebers ergibt zusätzlich auch ein Gegenschluss aus § 28g S. 3 HS. 2 SGB IV.

Gemäß § 28g S. 3 HS. 1 SGB IV kann der Arbeitgeber einen unterbliebenen Beitragsabzug nur bei den nächsten drei Lohn- oder Gehaltszahlungen nachholen. Dies führt dazu, dass Arbeitgeber, die beispielsweise mehrere Jahre unzureichende Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge abgeführt haben, hierfür regelmäßig bis zum Erreichen der vierjährigen Verjährungsfrist nach § 25 Abs. 1 S. 1 SGB IV (bei Vorsatz noch darüber hinaus, s. § 25 Abs. 1 S. 2 SGB IV) haften.¹³⁷ In solchen Fällen können sie – trotz der teilweisen sozialrechtlichen Vorteile, die dem Arbeitnehmer durch umfangreiche Nachzahlungen erwachsen – beim Arbeitnehmer nur in begrenztem Maß Regress nehmen. Sie müssen dafür

¹³⁶ BSG 18.11.1980 – 12 RK 59/79, BSGE 51, 31 (37), dazu näher oben bei Fn. 128.

¹³⁷ S. dazu *Zeppenfeld/Faust*, NJW 2011, 1643 (1646 f.); *Park/Riederer von Paar/Schüren*, NJW 2008, 3670 (3673); *Schüren/Wilde*, NZS 2009, 303 (306).

die nächsten drei Zahlungstermine abwarten, also in der Regel die nächsten drei Monatsenden. Da es sich dabei um Aufrechnungen nach § 387 BGB handelt, dürfen gemäß § 394 S. 1 BGB Abzüge nur insoweit vorgenommen werden, wie die Pfändungsfreigrenze nach § 850c ZPO dies zulässt.¹³⁸

Eine Ausnahme von dieser arbeitnehmerbegünstigenden Regelung enthält § 28g S. 3 HS. 2 SGB IV für den Fall, dass „der Abzug ohne Verschulden des Arbeitgebers unterblieben ist“. Eine solche Situation war zumindest bis zum 14.12.2010 sicherlich anzunehmen, weil die Zeitarbeitgeber bis dahin davon ausgehen mussten, dass sie auf der Grundlage von CGZP-Tarifverträgen rechtmäßig ermittelte Beitragssummen abführten. Insbesondere die Praxis der Sozialversicherungsträger musste sie hierin bestärken. Das betraf zum einen die Einzugsstellen, welche diesen Beitragsabzug einforderten, die Praxis der Rentenversicherungsträger, welche den Beitragsabzug bei Betriebsprüfungen nach §§ 280 ff. SGB IV als richtig zugrunde legten und insbesondere die Praxis der Bundesagentur für Arbeit, welche im Rahmen der Überwachung nach §§ 1, 7 AÜG die Anwendung der betreffenden Tarifverträge und die Beitragszahlung auf ihrer Grundlage ständig überprüft und als legal ebenfalls gefordert hatte.¹³⁹

Würde man somit dennoch eine Beitrags- und entsprechende Abführungslast annehmen, so wären die diesbezüglich zahlungspflichtigen Arbeitgeber berechtigt, bei den betreffenden Zeitarbeitnehmern in Höhe der Arbeitnehmeranteile vollen Regress zu nehmen, da gemäß § 28g S. 3 HS. 2 SGB IV „der Abzug ohne Verschulden des Arbeitgebers unterblieben“ war. Eine solche nachträgliche Überbelastung der Arbeitnehmer wird – ebenso wie diejenige der Arbeitgeber – kaum im Sinne des Gesetzgebers stehen, zumal sie rechtsstaatlichen Grundsätzen zur Normrückwirkung zuwiderläuft und nicht mit dem sozialrechtlichen Prinzip des Beschäftigten-schutzes übereinstimmt. In der Situation, in welcher der fehlende Beitragsabzug durch staatliche Stellen veranlasst ist und nicht durch die Arbeitsvertragsparteien, ergibt somit ein Gegenschluss zu § 28g S. 3 HS. 2 SGB IV, dass die Arbeitsvertragsparteien auch nicht zur nachträglichen Beitragszahlung verpflichtet werden können.

138 *Seewald* in Kasseler Kommentar, Stand April 2010, § 28g SGB IV, Rn. 8; *Oxenknecht-Witzsch* in Lehr- und Praxiskommentar SGB IV, 2007, § 28g SGB IV, Rn. 5.

139 S. oben III d, cc, bei Fn. 134, 135; vgl. *Sandmann/Marschall/Schneider*, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz Kommentar, Stand November 2010, § 9 AÜG, Rn. 22.

Zusammengefasst gilt: Wenn man – mit den Sozialversicherungsträgern – die rückwirkende Entstehung eines equal pay-Anspruchs unterstellt, ergibt sich dennoch keine darauf bezogene Beitragspflicht.

- Zwar greift für diesen Anspruch das Entstehungsprinzip, so dass die Beitragspflicht prinzipiell unabhängig davon existiert, ob der Arbeitgeber gezahlt hat oder nicht. Jedoch setzt das Entstehungsprinzip das Entstehen und die Fälligkeit des Entgeltanspruchs voraus, und diese sind so lange nicht gegeben, wie nicht der Arbeitnehmer gemäß § 10 Abs. 4 AÜG eine konkrete equal pay-Leistung einfordert.
- Zudem konnte eine Beitragsbelastung erst entstehen, als die betreffenden Arbeitgeber, welche CGZP-Tarifverträge anwandten, ihrerseits von ihr Kenntnis haben konnten. Das war frühestens der Zeitpunkt, als bekannt wurde, dass die fehlende Tariffähigkeit der CGZP auf einer unzureichenden Vermittlung von Tariffähigkeit durch deren Mitgliedsorganisationen beruhte, also der 14.12.2010.
- Dieses Ergebnis wird durch einen Gegenschluss aus § 28g S. 3 HS. 2 SGB IV betätigt. Danach könnten die betreffenden Arbeitgeber im Fall der rückwirkenden Beitragsbelastung für nachentrichtete Arbeitnehmerbeiträge vollen Regress bei den Beschäftigten nehmen, was nicht im Sinne der Regelung steht.

4. Beitragspflicht bei Eingreifen von Ausschlussklauseln

Selbst wenn man – abweichend von den bisherigen Ergebnissen, aber übereinstimmend mit den Sozialversicherungsträgern – unterstellt, dass fällige equal pay-Ansprüche existieren, kommt noch zusätzlich deren Verfall und damit auch die fehlende Beitragspflicht aufgrund arbeitsrechtlicher Ausschlussfristregelungen in Betracht.

Regelungen über Ausschlussfristen (auch Verfallfristen, Präklusivfristen oder Verwirkungsfristen genannt) ordnen an, dass Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis nicht mehr geltend gemacht werden können, wenn sie nicht binnen bestimmter Zeit und in bestimmter Form geltend gemacht werden.¹⁴⁰ Sie können aufgrund Tarifbindung oder aufgrund Bezugnahme gelten, wobei die Rechtsprechung sie auch bei nur konkludenter Bezugnahme aufgrund betrieblicher Übung anwendet.¹⁴¹ Der Fristablauf hat zur

¹⁴⁰ Vgl. *Giesen* in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK, § 4 TVG, Stand 2011, Rn. 42 ff.; *Henssler*, in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 4. Aufl. 2010, § 4 TVG, Rn 59; *Wank* in *Wiedemann*, Kommentar zum TVG, 7. Aufl. 2007, § 4 TVG, Rn 713.

¹⁴¹ BAG 19.1.1999 – 1 AZR 606/98, NZA 1999, 879 ff. = AP Nr. 9 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

Folge, dass der Inhaber des betreffenden Rechts, insbesondere der Gläubiger des von der Regelung erfassten Anspruchs, mit diesem ausgeschlossen ist.¹⁴²

a. Auf den equal pay-Anspruch anwendbare Regelungen über Ausschlussfristen

Bei den Unternehmen, die CGZP-Tarifverträge anwandten, kommen auf den ersten Blick unterschiedliche Ausschlussregelungen in Betracht. Allerdings sind bei näherem Hinsehen die meisten von ihnen nicht anwendbar:

- Soweit man - wie gesagt - unterstellt, dass die CGZP-Tarifverträge bereits seinerzeit unwirksam waren, können auch die dort normierten Ausschlussfristenregelungen nicht eingreifen.¹⁴³
- Ausschlussklauseln, die beim Entleiher gelten, können nach der Rechtsprechung des BAG ebenfalls nicht zur Anwendung kommen. Nach einem Urteil vom 23.3.2011 fallen Ausschlussklauseln, welche beim Entleiher für vergleichbare Arbeitnehmer galten, nicht unter den Begriff der „wesentlichen Arbeitsbedingungen“, die gemäß § 10 Abs. 4 AÜG auch für den Leiharbeiter anzuwenden sind. Deshalb ist es möglich, dass equal pay-Ansprüche für Leiharbeiter nach Maßgabe der Regeln beim Entleiher entstehen, aber dennoch die dort ebenfalls gültigen Ausschlussfristregelungen nicht greifen.¹⁴⁴

142 Dabei bestehen hinsichtlich der dogmatischen Konstruktion Unklarheiten. Das BAG vertritt die Ansicht, dass das Recht mit dem Fristablauf lediglich nicht mehr geltend gemacht werden könne, BAG 30.3.1962 – 2 AZR 101/61, BAGE 13, 57 ff. = NJW 1962, 1360; BAG 16.1.2002 – 5 AZR 430/00, NZA 2002, 746 f.; ebenso *Giesen* in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK, § 4 TVG, Stand 2011, Rn. 42 ff. In der Literatur wird teils angenommen, das betreffende Recht erlösche, *Wank* in Wiedemann, Kommentar zum TVG, 7. Aufl. 2007, § 4 TVG, Rn 719; *Henssler* in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 4. Aufl. 2010, § 4 TVG, Rn 59; *Zwanziger* in *Däubler*, 2. Aufl 2006, § 4 TVG, Rn 1185; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Band 1, § 18 IV 1 j, S. 832 f.

143 Konsequenz daher ArbG Bremen-Bremerhaven 12.5.2011 – 5 Ca 5129/10, zitiert nach juris; ArbG Frankfurt (Oder) 9.6.2011 – 3 Ca 422/11, zitiert nach juris; *Schlegel*, NZA 2011, 380 (382); vgl. auch näher *Zeppenfeld/Faust*, NJW 2011, 1643 (1644); *Reiserer*, DB 2011, 764 f.

144 Hier greift also eine Art überschießende Privilegierung der entlehnten Arbeitnehmer, da diese von den Vorteilen der Arbeitskollegen beim Entleiher profitieren, von den für sie ebenfalls eingreifenden Benachteiligungen durch Ausschlussfristen aber verschont bleiben, BAG 23.3.2011 – 5 AZR 7/10, NZA 2011, 850 ff. Anders die Vorinstanz LAG München 12.11.2009 – 3 Sa 579/09, LAGE Nr. 5 zu § 10 AÜG, Rn. 52 ff.; ebenso wie das BAG ArbG Bielefeld 9.2.2010

- Jedoch ist es möglich, dass zwischen dem Leiharbeitnehmer und seinem Arbeitgeber (Verleiher) zusätzlich zur Anwendbarerklärung von Tarifvertragsvorschriften im Arbeitsvertrag weitere Ausschlussfristen vereinbart wurden. Das ist insbesondere denkbar, wenn sich die Arbeitsvertragsparteien aufgrund der Entscheidung des BAG vom 14.12.2010 oder bereits zuvor aufgrund der Entscheidungen der Vorinstanzen darauf geeinigt haben, anstelle der bisherigen CGZP-Tarifvertragsregelungen andere Vorschriften anzuwenden. Soweit die betreffenden Regelungen wirksam vereinbart wurden, erfassen sie in der Regel auch bisherige arbeitsrechtliche Ansprüche, die auf Gesetz beruhen, und somit auch den equal pay-Anspruch aus § 10 Abs. 4 AÜG.¹⁴⁵

Der praktisch häufigste Fall der Anwendung von Ausschlussfristen dürfte dabei die Anwendung der entsprechenden Vorschriften aus dem DGB-BZA-Flächentarifvertrag sein. Der DGB-BZA-Flächentarifvertrag enthält übliche zweiteilige Ausschlussregelungen. Danach müssen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis zunächst innerhalb von zwei Monaten (bei Ausscheiden: innerhalb eines Monats) nach Fälligkeit schriftlich geltend gemacht werden. Lehnt die Gegenpartei den Anspruch schriftlich ab, so muss dieser dann innerhalb eines Monats nach der Ablehnung bzw. dem Fristablauf gerichtlich geltend gemacht werden. Nach Ablauf einer der beiden Fristen sind die Ansprüche ausgeschlossen.

Zwar hat das BVerfG Ende 2010 die tarifvertraglich festgelegte Obliegenheit zur klageweisen Geltendmachung von Ansprüchen – gegen die Rechtsprechung des BAG¹⁴⁶ – für unzulässig erklärt, weil damit die Rechtsdurchsetzung übermäßig erschwert werde.¹⁴⁷ Hiervon ist aber lediglich der zweite Teil der hier genannten Ausschlussfristenregelung erfasst, welcher die gerichtliche Geltendmachung betrifft. Auch nach dem BVerfG-Entscheid bleibt es deshalb dabei, dass der erste Teil als selbständige Regelung wirksam ist. Danach entfällt der Anspruch, wenn er nicht innerhalb zweier Monate (bei Ausscheiden ein Monat) nach Fälligkeit schriftlich geltend gemacht worden ist.

– 5 Ca 2730/09, ArbR 2010, 537; Brors, NZA 2010, 1385 ff.; Schlegel, NZA 2011, 380 (382). Vgl. auch Zeppenfeld/Faust, NJW 2011, 1643 (1645).

¹⁴⁵ Zum möglichen Verlust eines Anspruchs aus § 10 Abs. 4 AÜG durch arbeitsvertragliche Ausschlussklauseln Zeppenfeld/Faust, NJW 2011, 1643 (1645 f.); Reiserer, DB 2011, 764 (765).

¹⁴⁶ BAG 26.4.2006 – 5 AZR 403/05, NZA 2006, 845 ff. = NJW 2006, 2653 f.

¹⁴⁷ Kammerbeschluss BVerfG 1.12.2010 – 1 BvR 1682/07, NZA 2011, 354 ff.; dazu Nägele/Gertler, NZA 2011, 442 ff.; Brecht-Heitzmann, DB 2011, 1523 ff.

Es stellt sich die Frage, ob Beitragspflichten für (hier unterstellte) equal pay-Ansprüche bestehen, die aufgrund solcher Ausschlussklauseln verfallen sind. Dass die betreffenden Klauseln auch equal pay-Ansprüche betreffen, ergibt sich in der Regel – insbesondere beim DGB-BZA-Flächentarifvertrag – aus ihrer umfassenden Formulierung. Wenn der Arbeitnehmer mangels Information über seine Rechte keine Ansprüche geltend machen konnte, greifen die Ausschlussfristen jedenfalls in dem Moment, in dem er in der Frist keine Auskunftsansprüche nach § 13 AÜG geltend gemacht hat.¹⁴⁸

b. Entstehungsprinzip: Grundsätzliche Beitragspflicht auch für Entgeltansprüche, die später aufgrund Ausschlussfristenklauseln wieder entfallen

Nach der Rechtsprechung des BSG schuldet der Arbeitgeber Beiträge auch für Arbeitsentgelt, das der Arbeitnehmer wegen einer vertraglichen oder tariflichen Ausschlussklausel nicht mehr verlangen kann.¹⁴⁹ Das Gericht erklärt, nach dem Entstehungsprinzip bewirke ein einmal entstandener zivilrechtlicher Arbeitsentgeltanspruch den öffentlich-rechtlichen Beitragsanspruch, dessen Bestand dann wiederum nicht mehr der Gestaltungsbefugnis der Arbeitsvertragsparteien unterliege. Für den Fall der Ausschlussklauseln wird also streng an dem Prinzip festgehalten, nach welchem ein Arbeitsentgeltanspruch entstanden und fällig geworden sein muss, um seinerseits die Beitragspflicht entstehen zu lassen, und dass den Arbeitsvertragsparteien danach ein diesbezüglicher Zugriff grundsätzlich versagt ist.¹⁵⁰

Das heißt aber auch, dass die Beitragspflicht für den equal pay-Entgeltanspruch tatsächlich entstanden sein muss, bevor dieser aufgrund Ausschlussfristregelung wieder entfallen ist. Hat die Ausschlussfristregelung den equal pay-Entgeltanspruch wieder entfallen lassen, bevor der diesbezügliche Beitragsanspruch entstehen konnte, ist eine nachträgliche Entstehung des Beitragsanspruchs nicht mehr möglich.

Geht man demnach – wie hier mit den Sozialversicherungsträgern unterstellt – davon aus, dass rückwirkend ein equal pay-Anspruch aus § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 AÜG anzunehmen ist, dann unterlag dieser auch schon in der Vergangenheit, also ebenfalls rückwirkend, einer

148 S. näher *Zeppenfeld/Faust*, NJW 2011, 1643 (1645).

149 BSG 30.8.1994 – 12 RK 59/92, NZA 1995, 701; BSG 22.6.1994 – 10 RAr 3/93, NZA 1995, 704; in obiter dicta bestätigt durch BSG 14.7.2004 - B 12 KR 7/04 R, NZS 2005, 433; BSG 14.7.2004 - B 12 KR 1/04 R, NZS 2005, 538.

150 BSG a.a.O.; *Schlegel*, NZA 2011, 380 (382). S. zu den hierfür geltenden Ausnahmen im Fall späterer Vergleichs- oder Erlassvereinbarungen der Arbeitsvertragsparteien oben III 2 c, bei Fn. 113.

eventuell einschlägigen Ausschlussfristregelung. Diese begann frühestens mit dem Zeitpunkt dieser Entstehung und dem Zeitpunkt ihrer Vereinbarung zu laufen. (Übrigens: Wem diese Konsequenz ungerecht vorkommt, weil der Arbeitnehmer nichts von seinem equal pay-Anspruch wissen konnte, dem sei hier Recht gegeben. Dasselbe galt auch für den Arbeitgeber. Von daher zeigt diese Überlegung bereits, dass es schwer ist, die Rechtsansicht der Sozialversicherungsträger von der rückwirkend entstandenen Entgelt- und Beitragspflicht als zutreffend zu unterstellen – sie ist es nicht.)

Wie oben unter III 3 c. dargelegt, waren mit der Entstehung des equal pay-Anspruchs die Voraussetzungen für die Beitragspflicht aber noch nicht erfüllt. Es bedurfte der Möglichkeit einer Kenntnis des Arbeitgebers vom equal pay-Anspruch. Diese war aber frühestens erst am 14.12.2010 gegeben, als das BAG per Pressemitteilung bekannt gab, dass es der CGZP mangels vollständiger Vermittlung von Tariffähigkeit durch die Mitgliedsorganisationen auf den Spitzenverband an eigener Tariffähigkeit mangle.

Deshalb kommt eine Entstehung der Beitragspflicht für den – hier unterstellt – rückwirkend entstandenen und fällig gewordenen equal pay-Anspruch aus § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 AÜG bei bis zum 14.12.2010 bestehendem Eingreifen einer Ausschlussfristregelung nicht in Betracht. Die Ausschlussfristregelung hat dann nämlich zu diesem Zeitpunkt schon den Wegfall des equal pay-Anspruchs bewirkt. Die diesbezügliche Beitragspflicht konnte aber erst nach diesem Zeitpunkt, nämlich ab dem 14.12.2010, entstehen. In diesem Fall war der Arbeitsentgeltanspruch, für den die Beitragspflicht eingreifen konnte, bereits mit dem frühestmöglichen Entstehungsdatum entfallen. Aufgrund dessen scheidet auch ein diesbezüglicher Beitragsanspruch aus.

5. Unzulässigkeit des Beitragseinzugs aufgrund nach Art. 3 Abs. 1 GG gebotener Niederschlagung gemäß § 76 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SGB IV

Zudem geht zumindest die Deutsche Rentenversicherung Bund bis heute (September 2011) nur eine beschränkte Anzahl von Unternehmen an. Es ist anzunehmen, dass sie nicht in der Lage ist, von der Bundesagentur für Arbeit aktuelle Informationen darüber zu erheben, bei wem und in welcher Weise CGZP-Tarifverträge angewandt worden sind. Die Regionaldirektionen der Bundesagentur für Arbeit haben in der Vergangenheit stets aktuell und vollständig auf der Grundlage von § 7 AÜG sämtliche Daten erhoben, welche der Tarifierung in den Zeitarbeitsunternehmen zugrunde lagen. Derzeit scheint ein Problem darin zu liegen, die betreffenden ausgefüllten Formulare auszuwerten und möglichst in elektronische Form zu überführen. Daher spricht alles dafür, dass die Deutsche Rentenversicherung Bund seit Monaten mit unvollständigen

Daten und überalterten Tarifvertragslisten arbeitet. Das führt dazu, dass ein Großteil der Zeitarbeitsunternehmen bisher nicht kontaktiert worden ist, also wissentlich nicht in Anspruch genommen wird.

a. Nichteinziehung von Beiträgen als Niederschlagung i.S.d. § 76 SGB IV

Was die Nichteinziehung von Beiträgen bei einer Vielzahl von Arbeitgebern betrifft, könnte es sich um eine Niederschlagung von Beitragsansprüchen nach § 76 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SGB IV handeln. Der Begriff der Niederschlagung im Sinne dieser Regelung umfasst jede befristete oder unbefristete Zurückstellung der Weiterverfolgung eines fälligen Anspruchs des Sozialversicherungsträgers ohne Verzicht auf den Anspruch selbst. Die Niederschlagung ist insbesondere zulässig, wenn sich nach dem Ermessen der zuständigen Sozialversicherungsträger Erfolglosigkeit der Einziehung oder überzogene Kosten der Einziehung ergeben.¹⁵¹ Die betreffende Einschätzung kann sich aus der Prüfung rechtlicher Risiken oder problematischer wirtschaftlicher Verhältnisse des Schuldners ergeben. Die Niederschlagung kann mit Außenwirkung als Verwaltungsakt, aber auch als im Innenbereich der Verwaltung angelegte Unterlassung der Geltendmachung erfolgen.¹⁵²

Im vorliegenden Fall dürfte sich eine gemischte Motivlage daraus ergeben, dass die Deutsche Rentenversicherung Bund und die Bundesagentur für Arbeit den Aufwand der Unternehmens- und Tarifvertragsermittlung scheuen und dass bei ihnen zudem rechtsstaatliche Bedenken gegen rückwirkende nicht vorhergesehene Beitragslasten bestehen. Des Weiteren könnte eine Rolle spielen, dass im Fall der Geltendmachung die meisten Unternehmen mit existenzvernichtenden Lasten belegt würden, was mit zunehmenden Arbeitslosenzahlen und in der Folge langfristigen Beitragsrückgängen verbunden wäre.

Zuständig für die Niederschlagung sind zum einen die Krankenkassen als Einzugsstellen und zum anderen die Träger der Rentenversicherung sowie die Agentur für Arbeit, s. im Einzelnen § 76 Abs. 3 S. 1, Abs. 3 S. 3 Nr. 2 SGB IV. Vorliegend ist das Vorgehen der Sozialversicherungsträger zentral durch ihre Spitzenverbände abgestimmt worden. Aus diesem Grund ist

¹⁵¹ *Breitkreuz*, in Lehr- und Praxiskommentar SGB IV, 2007, § 76 SGB IV, Rn. 14; *Peters*, Sozialgesetzbuch IV, Stand 1989, § 76 SGB IV, Anm. 4.

¹⁵² *Breitkreuz*, in Lehr- und Praxiskommentar SGB IV, 2007, § 76 SGB IV, Rn. 14; *Peters*, Sozialgesetzbuch IV, Stand 1989, § 76 SGB IV, Anm. 4; als rein verwaltungsinterne Maßnahme bezeichnet die Niederschlagung *Hassenkamp* in Wannagat/Eichenhofer, Stand 1998, § 76 SGB IV, Rn. 16 f. Dem wird man jedenfalls dann nicht mehr zustimmen können, wenn eine Mitteilung über die Niederschlagung erfolgt, so zu Recht *Peters* a.a.O.

anzunehmen, dass die gemäß § 76 Abs. 3 S. 1, Abs. 3 S. 3 Nr. 2 SGB IV zuständigen Stellen an der Niederschlagung beteiligt waren.

Zweifel am Vorliegen einer Niederschlagung i.S.d. § 76 SGB IV ergeben sich hier freilich daraus, dass die Sozialversicherungsträger bisher noch nicht gegen die betreffenden Unternehmen vorgegangen sind. Schließlich erfordert der Begriff der Niederschlagung, dass ein Anspruch des Sozialversicherungsträgers nicht *weiter* verfolgt wird. Er muss also schon einmal in irgendeiner Weise verfolgt worden sein. Deshalb kann man eine Niederschlagung nur dort annehmen, wo ein Zeitarbeitsunternehmen zumindest einmal ein Rundschreiben oder eine ähnliche Mitteilung erhalten hat, wonach Sozialversicherungsbeiträge für die Vergangenheit aufgrund des CGZP-Beschlusses des BAG zu zahlen seien. In allen anderen Fällen ist schlicht davon auszugehen, dass die betreffenden Ansprüche – zunächst - nicht geltend gemacht werden.

b. Art. 3 Abs. 1 GG in Verbindung mit den Grundsätzen über die Selbstbindung der Verwaltung

Die nur selektive Geltendmachung von Beitragsforderungen könnte vorliegend nach Art. 3 Abs. 1 GG in Verbindung mit den Grundsätzen über die Selbstbindung der Verwaltung unzulässig sein. Den Grundsätzen über die Selbstbindung der Verwaltung geht es darum, Willkür entgegenzuwirken und unzulässige Motivlagen seitens zuständiger Stellen auszuschließen. Sie sind auf den allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG zurückzuführen. Das daraus hergeleitete Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit bewirkt, dass die Verwaltung bei ihrem Handeln dazu verpflichtet ist, nicht ohne sachlichen Grund von ihrer eigenen Praxis abzuweichen. Diese Abweichung muss dabei keine zeitliche Divergenz aufweisen. Es genügt bereits, dass sofortige Abweichungen von einer im Übrigen bestehenden Übung auftreten.¹⁵³

Im Hinblick auf die Anwendung von Art. 3 Abs. 1 GG gilt zunächst die Willkürformel, die es verbietet, „wesentlich Gleiches willkürlich ungleich (und wesentlich Ungleiches willkürlich gleich) zu behandeln“.¹⁵⁴ Nach der

153 Heun in Dreier, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 3 GG, Rn. 55 ff.; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2009, § 7 Rn. 15; § 24 Rn. 21.

154 Eine Gleichheitssatzverletzung ist demnach gegeben, wenn sich für eine Ungleichbehandlung „ein vernünftiger, aus der Natur der Sache oder sonst wie einleuchtender Grund“ nicht finden lässt oder die Regelung bei einer „am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise“ als willkürlich erscheint, BVerfG 23.10.1951 – 2 BvG 1/51, E 1, 14 (52); BVerfG 30.9.1987 – 2 BvR 933/82, E 76, 256 (329); BVerfG 7.11.1995 – 2 BvR 413/88, E 93, 319 (348); Osterloh in Sachs, Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl. 2009, Art. 3 GG,

so genannten „neuen Formel“ darf „der Gesetzgeber eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu einer anderen Gruppe von Normadressaten nur dann ungleich behandeln, wenn zwischen beiden Gruppen Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen“.¹⁵⁵

Beide Formeln sind hier ohne weiteres einschlägig. Sachliche Gründe für die Benachteiligung von Arbeitgebern, welche die Deutsche Rentenversicherung Bund in ihren überalterten Unterlagen ausfindig machen konnte, kommen nicht in Betracht. Der equal pay-Anspruch aus § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 AÜG wird gesetzlich für sämtliche Arbeitsvertragsparteien gleichermaßen angeordnet, ohne dass es irgendwelche Anhaltspunkte für Ungleichbehandlungen gäbe. Auch die Frage der Durchsetzbarkeit der hier unterstellten Beitragspflichten für equal pay-Ansprüche stellt sich bei allen Arbeitgebern in gleichem Maße. Die Zulassung und die Überwachung von Zeitarbeitsunternehmen gestaltet sich insbesondere nach §§ 1, 7 AÜG gleich. Die Regionaldirektionen der Bundesagentur für Arbeit haben im Rahmen ihrer flächendeckend und ausnahmslos eingreifenden Überwachung der Zeitarbeitsunternehmen stets exakt abgefragt, ob und welche Tarifverträge zur Anwendung kommen und welche Grundlage dafür besteht (Tarifbindung oder Bezugnahme). In allen betreffenden Formularen zur Erlaubnis sowie zur Aufrechterhaltung der Erlaubnis gewerblicher Arbeitnehmerüberlassung sowie in allen Formularen zur Auskunft nach § 7 Abs. 2 S. 1 AÜG wurde dies überprüft. Die zutreffende Beantwortung dieser Abfragen wurde exakt überwacht.

Von daher gibt es keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Verschonung bestimmter Arbeitgeber gerechtfertigt sein könnte. Zwar können in der Tat Kostengesichtspunkte bei der Vorbereitung und der Durchführung einer tatsächlichen Inanspruchnahme berücksichtigt werden und somit etwa für die Verschonung von Unternehmen sprechen, deren Identität oder Beitragsschuld nur mit unverhältnismäßigem Aufwand ausfindig gemacht werden kann. Solche Gesichtspunkte können im vorliegenden Fall auch wirklich eine Rolle spielen, da sich die Beitragsschuld für den einzelnen Arbeitnehmer wirklich nur in den wenigsten Fällen erheben lassen dürfte, und auch dort nur mit übergroßem Aufwand.

Rn. 8 ff.; in diesem Sinne auch BVerfG 12.10.1976 – 1 BvR 197/73, E 42, 374 (388); BVerfG 10.2.1987 – 1 BvL 18/81, E 74, 182 (200).
155 BVerfG 4.5.1982 – 1 BvL 26/77, E 60, 329 (346); BVerfG 30.5.1990 – 1 BvL 2/83, E 82, 126 (146); *Osterloh* in Sachs, Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl. 2009, Art. 3 GG, Rn. 13 ff.; in diesem Sinne auch BVerfG 7.10.1980 – 1 BvL 50/79, E 55, 72 (88).

Jedoch sprechen weder verwaltungstechnische noch rechtliche oder wirtschaftliche Gesichtspunkte dagegen, dass die Deutsche Rentenversicherung Bund die Informationen der Bundesagentur für Arbeit über die von ihr beaufsichtigten Zeitarbeitsunternehmen nutzt. Da die Bundesagentur für Arbeit ebenfalls Beitragsgläubiger ist und die Aufsicht gerade die Funktion hat, Rechtstreue auch bei der sozialen Sicherung sicherzustellen, sind die entsprechenden Daten ohne weiteres zur Verfügung zu stellen. Auch die Tatsache, dass handschriftlich ausgefüllte Fragebögen gelesen und die entsprechenden Informationen (möglichst) elektronisch erfasst werden sollte, führt nicht zu einer übergroßen wirtschaftlichen Belastung. Nachdem die Sozialversicherungsträger davon Mehreinnahmen von mindestens mehreren hundert Millionen Euro erwarten, dürfte der damit verbundene Personalaufwand eher unterproportional ausfallen.

c. Rechtsfolgen der Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG in Verbindung mit den Grundsätzen über die Selbstbindung der Verwaltung

Die somit festgestellte Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG gebietet es grundsätzlich, die unzulässigerweise ungleich behandelten Normadressaten gleich zu behandeln.

Im vorliegenden Fall kommt daher – wenn man von den bereits dargelegten Gründen für die Rechtswidrigkeit eines entsprechenden Beitragseinzugs absieht – zum einen die einheitliche Durchsetzung von Beitragsansprüchen gegen alle Arbeitgeber in Betracht. Zum anderen ist die Nichtgeltendmachung bzw. Niederschlagung sämtlicher Beitragsforderungen denkbar, wie sie bereits jetzt im Hinblick auf die nicht erfassten Unternehmen praktiziert wird.

Welche der beiden Rechtsfolgen der Gleichheitssatzverletzung gewählt wird, ist prinzipiell Sache der ermessensausübenden Verwaltung. Von daher könnte man die Ansicht vertreten, dass der Beitragseinzug bei den in Anspruch genommenen Unternehmen erlaubt ist. Dem steht aber entgegen, dass diese Inanspruchnahme derzeit noch Ergebnis einer rechtswidrigen Verwaltungspraxis ist. Unter Geltung von Art. 3 Abs. 1 GG ist daher die Inanspruchnahme jedenfalls so lange unzulässig, wie sich die betreffende Praxis der Sozialversicherungsträger nicht insgesamt geändert hat. Solange keine eindeutige Bewertung der gesamten Sach- und Rechtslage erfolgt, bleibt es bei der Unzulässigkeit des Beitragseinzugs.

6. Unzulässigkeit des Beitragseinzugs bei rechtskräftiger Feststellung der Beitragspflicht

Soweit für bestimmte Zeiträume in der Folge von Betriebsprüfungen erlassene Beitragsbescheide vorliegen, können die in ihnen vorgenommenen

Feststellungen zur Beitragspflicht auf der Grundlage von CGZP-Tarifverträgen nicht mehr im Nachhinein abgeändert werden. Voraussetzung für eine entsprechende Änderung wäre, dass der Beitragsschuldner den ursprünglichen Bescheid durch arglistige Täuschung, Drohung oder Bestechung erwirkte (§ 45 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 SGB X), dass der Bescheid auf Angaben beruhte, die der Beitragsschuldner vorsätzlich oder grob fahrlässig in wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig machte (§ 45 Abs. 2 S. 3 Nr. 2 SGB X) oder dass der Beitragsschuldner die Rechtswidrigkeit des Bescheides kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte (§ 45 Abs. 2 S. 3 Nr. 3 SGB X).¹⁵⁶ Keine dieser Fallgruppen ist bei Beitragsschuldnern anzunehmen, die bis zum 14.12.2010 auf der Grundlage von CGZP-Tarifverträgen sozialversicherungspflichtiges Entgelt meldeten. Dass sie die für alle überraschende Rechtsprechung des BAG nicht vorausahnten, rechtfertigt nicht die Annahme der groben Fahrlässigkeit, also einer Außerachtlassung der erforderlichen Sorgfalt in besonders schwerem Maße. Hinzu kommt, dass bei einer eventuellen Aufhebung der Bescheid, der von der Aufhebung betroffen ist, bezeichnet werden und der Beitragsschuldner nach § 24 SGB X angehört worden sein muss.¹⁵⁷

Dieser Schutz des Vertrauens in rechtskräftige Beitragsbescheide besteht nicht, soweit die Bescheide unter dem Vorbehalt der nachträglichen Prüfung als vorläufige Bescheide erlassen wurden. Allerdings verlangt das BSG für die Wirksamkeit eines solchen Vorbehalts, dass er hinreichend bestimmt Inhalt und Umfang sowie Grund der Vorläufigkeit wiedergibt.¹⁵⁸ Das bedeutet, dass entsprechende Beitragsbescheide ausdrücklich und konkret auf eine noch ausstehende Klärung der Wirksamkeit von equal-treatment-Abweichungen durch CGZP-Tarifverträge hingewiesen haben müssen.

7. Zusammenfassung zu III.

Nach den vorliegenden Ergebnissen besteht auf der Grundlage des CGZP-Beschlusses des BAG vom 14.12.2010 keine rückwirkende Pflicht zur equal pay-Zahlung von Arbeitgebern, die CGZP-Tarifverträge angewandt haben. Der CGZP-Beschluss enthält hierzu keine Feststellung, aber auch aus der materiellen Rechtslage ergibt sich keine entsprechende Verpflichtung zur equal pay-Zahlung aus § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 AÜG. Somit

¹⁵⁶ BayLSG 18.1.2011 – L 5 R 752/08, zit. nach juris.

¹⁵⁷ BSG 9.11.2010 - B 4 AS 37/09 R, zit. nach juris; BayLSG 18.1.2011 – L 5 R 752/08, zit. nach juris.

¹⁵⁸ BSG 22.3.2006 – B 12 KR 14/05 R, BSGE 96, 119 ff.; vgl. auch BSG 28.6.1990 – 4 RA 57/89, BSGE 67, 104 ff.

konnte bereits mangels arbeitsrechtlicher Entgeltspflicht keine Beitragspflicht entstehen.

Selbst bei unterstellter Entgeltspflicht wäre eine Beitragspflicht nicht anzunehmen. Denn nach dem Entstehungsprinzip musste der entsprechende equal pay-Anspruch gemäß § 10 Abs. 4 AÜG zunächst eingefordert werden, somit also entstehen und fällig gestellt werden, bevor ein Beitragsanspruch eingreifen konnte. Des Weiteren konnte eine Beitragspflicht auch so lange nicht entstehen, wie die betreffenden Arbeitgeber nicht wissen konnten, aus welchem Grund und in welcher Höhe sie Beiträge zu entrichten haben könnten. Das war nicht vor dem 14.12.2010 der Fall.

Zudem folgt aus der abgabenrechtlichen Rechtsprechung insbesondere des BFH und des BSG, dass in der vorliegenden Situation keine rückwirkenden Beitragspflichten entstehen konnten. So gewährt das BSG im Fall von Rechtsprechungsänderungen, welche sich rückwirkend beitrags erhöhend auswirken könnten, Vertrauensschutz durch ex nunc-Geltung der neuen Regeln. Ebenso gewährt es Vertrauensschutz bei einer entsprechenden beitragsrechtlichen Verwaltungspraxis. Beides ist hier einschlägig. Der Beschluss des BAG vom 14.12.2010, mit dem das Erfordernis vollständiger Vermittlung von Tariffähigkeit auf eine Spitzenorganisation völlig überraschend neu statuiert wurde, stellt einen typischen Fall richterlicher Rechtsschöpfung dar. Da die Sozialversicherungsträger bei der Überwachung der Zeitarbeitsunternehmen, beim Beitragseinzug und bei Betriebsprüfungen stets von der Verbindlichkeit der CGZP-Regelungen ausgegangen sind, ist auch ein Fall behördlich begründeten Vertrauensschutzes gegeben, der ebenfalls den ex tunc-Beitragseinzug ausschließt.

Dieses Ergebnis wird durch einen Gegenschluss aus § 28g S. 3 HS. 2 SGB IV betätigt. Nach dieser Vorschrift könnten die betreffenden Arbeitgeber im Fall der rückwirkenden Beitragsbelastung für nachentrichtete Arbeitnehmerbeiträge vollen Regress bei den Beschäftigten nehmen, was nicht im Sinne des Gesetzgebers liegt.

Soweit man mit den Sozialversicherungsträgern rückwirkend fällige equal pay-Ansprüche unterstellt, ist in denjenigen Fällen, in denen aufgrund Ausschlussfristen keine Entgeltansprüche mehr geltend gemacht werden können, keine Beitragspflicht entstanden.

An der Beitragspflicht mangelt es auch deshalb, weil die Sozialversicherungsträger ihre – vermeintlichen – Beitragsforderungen bei vielen Zeitarbeitsunternehmen nicht geltend machen oder gemäß § 76 SGB IV niedergeschlagen haben. Nach Art. 3 Abs. 1 GG und den Grundsätzen zur Selbstbindung der Verwaltung folgt daraus die vorläufige Unzulässigkeit der Beitragserhebung bei den übrigen Zeitarbeitsunternehmen.

Soweit für die Vergangenheit Beitragsbescheide vorliegen, die auf der Grundlage von Entgeltzahlungen nach CGZP-Tarifvertrag erlassen wurden, können diese nicht mehr abgeändert werden. Hier bleibt es gemäß § 45 SGB X bei den dort vorgenommenen Feststellungen zur Beitragspflicht.

IV. Prüfung, Schätzung und Verjährung von Beitragspflichten

1. Keine Auskunftspflichten und Prüfungsmöglichkeiten ohne Beitragspflichten

Zeitarbeitsunternehmen, welche auf der Grundlage der ehemals anzuwendenden CGZP-Tarifverträge Arbeitsentgelte meldeten, entsprachen damit ihren beitragsrechtlichen Mitteilungspflichten.

Beitragsrechtliche Mitteilungspflichten ergeben sich allgemein daraus, dass der Arbeitgeber bei der Abführung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags und der Unfallversicherungsbeiträge nach §§ 14, 23 SGB IV, §§ 152, 153 Abs. 2 SGB VII selbst zu ermitteln hat, welche Entgelte geschuldet bzw. gezahlt werden. Bei Erstattung der Jahresmeldung hat er nach § 28a Abs. 3 S. 2 Nr. 2 lit. b, c SGB IV, § 198 SGB V wiederum beitragspflichtiges Arbeitsentgelt anzugeben. Hierbei besteht gemäß § 14 DEVÜ eine Stornierungspflicht bei unzutreffenden Angaben.¹⁵⁹ Beide Verpflichtungen sind nach dem Informationsstand des Arbeitgebers zu erfüllen. Daraus folgt, dass diejenigen Unternehmen, welche die CGZP-Tarifverträge korrekt anwandten und entsprechende Meldungen vornahmen, den vorgenannten Pflichten entsprachen. Das gilt selbst dann, wenn man sich der Rechtsansicht der Sozialversicherungsträger von der rückwirkenden Beitragspflicht anschließt, da die betreffenden Meldungen nicht die unabsehbare BAG-Rechtsprechung vorwegnehmen konnten und mussten.

Nach den vorgenannten Ergebnissen besteht auch keine Möglichkeit der anderweitigen Beitragsermittlung auf der Grundlage von Betriebsprüfungen nach § 28p SGB IV. Da keine rückwirkende Beitragspflicht besteht, kann auch eine Betriebsprüfung nicht zu dem Ergebnis kommen, dass mehr als dasjenige, was auf der Grundlage der CGZP-Tarifverträge an Entgelt geschuldet wurde, der Beitragsberechnung dienen kann.

2. Auskunftspflichten und Prüfungsmöglichkeiten bei unterstellter Beitragspflicht

Wenn man sich der Rechtsansicht der Sozialversicherungsträger von der rückwirkenden Beitragspflicht anschließt, könnte eine nochmalige Über-

prüfung – in den Grenzen der Verjährung nach § 25 SGB IV¹⁶⁰ – zu erhöhten Beitragspflichten führen.

a. Ermittlung des Vergleichsentgelts ohne Entgeltverlangen des Leiharbeitnehmers?

Dies hat zur Voraussetzung, dass der betreffende equal pay-Anspruch aus § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 AÜG tatsächlich ermittelt werden kann. Das ist heute praktisch durchgehend nicht mehr der Fall. Wie bereits dargelegt, ist meist nicht bekannt, welches die „im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts“ i.S.d. § 10 Abs. 4 AÜG sind. Deshalb hat der Gesetzgeber in den §§ 12, 13 AÜG ein eigenes System von Auskunftsansprüchen geschaffen, welches den Zweck hat, schlussendlich dem Arbeitnehmer die Einforderung seines equal pay-Anspruchs nach § 10 Abs. 4 AÜG zu ermöglichen. Ein solches System besteht für die Sozialversicherungsträger nicht. Nach dem Grundsatz, dass ein Beitragsanspruch erst mit Entstehen und Fälligkeit des Entgeltanspruchs entstehen kann, greift die Beitragspflicht des Arbeitgebers erst dann ein, wenn der Arbeitnehmer den equal pay-Anspruch einfordert und fällig stellt.¹⁶¹ In diesem Moment besteht dann auch kein erhöhter Ermittlungsbedarf für den Sozialversicherungsträger, da er sich an der Forderung des Arbeitnehmers orientieren und auf deren Grundlage Beiträge erheben kann.

Hält man sich dies vor Augen, ist es nicht ganz einfach, die Rechtsansicht der Sozialversicherungsträger von der rückwirkenden Beitragspflicht als zutreffend zu unterstellen. Sie führt nämlich dazu, dass ein auf equal pay gerichteter Entgeltanspruch ermittelt werden muss, obwohl es mangels Geltendmachung durch den Arbeitnehmer keine Anhaltspunkte für seine Bemessung gibt. Die sich damit auftuende Informationslücke lässt sich praktisch nicht füllen.

b. Ermittlung des Vergleichsentgelts beim Verleiher

Grundsätzlich gilt, wie gesagt, dass der Arbeitgeber nach § 28a SGB IV die für die Verbeitragung erforderlichen Daten regelmäßig zu melden hat. Das betrifft gemäß § 28a Abs. 3 S. 2 Nr. 2 lit. b, c SGB IV auch das beitragspflichtige Arbeitsentgelt. Im Fall fehlerhafter Meldungen hat er gemäß § 14 DEÜV Stornierungen vorzunehmen. Diese Regelungen verlangen aber lediglich eine Meldung nach bestem Wissen des Arbeitgebers. Der Arbeitgeber ist weder zu einer Prognose hinsichtlich möglicher rückwirkender Änderungen der Rechtslage verpflichtet, noch muss er einmal abgegebene

160 Dazu unten IV 4.

161 S. oben II 2.

zutreffende Meldungen später korrigieren.¹⁶² Vielmehr trifft eine diesbezügliche eventuelle Ermittlungslast für die Feststellung von Beitragspflichten den Sozialversicherungsträger als Gläubiger des Beitragsanspruchs.¹⁶³

Entsprechende Feststellungen werden durch Betriebsprüfungen nach § 28p SGB IV vorgenommen. Der Arbeitgeber hat dabei eine gesetzlich konkretisierte Mitwirkungspflicht. Gemäß § 28f Abs. 1 SGB IV muss er für jeden Beschäftigten getrennt Lohnunterlagen führen, die er bei der Betriebsprüfung vorlegt.¹⁶⁴ Freilich ergeben sich aus den Lohnunterlagen des Verleihers keine Anhaltspunkte über die „im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts“.¹⁶⁵

Hinzu kommt die weitere Auskunftspflicht aus § 98 Abs. 1 S. 2 SGB X, welche die Aufzeichnungs- und Nachweispflicht des § 28f SGB IV ergänzt.¹⁶⁶ Nach § 98 Abs. 1 S. 2 SGB X hat der Arbeitgeber wegen der Entrichtung von Beiträgen „auf Verlangen über alle Tatsachen Auskunft zu erteilen, die für die Erhebung der Beiträge notwendig sind.“ Das wird in der Literatur auf all dasjenige bezogen, was zur Beurteilung der Versicherungspflicht, der Versicherungsfreiheit, der Beitragspflicht von Arbeitsentgelt, der Beitragserhebung und sonstigen damit zusammenhängenden Fragen notwendig ist.¹⁶⁷ Freilich muss der Arbeitgeber ledig-

162 S. im Einzelnen *Rieble/Vielmeier*, ZIP 2011, 789 (793 f.). Laut *Zeppenfeld/Faust*, NJW 2011, 1643 (1646), sind Stornierungen der Meldungen für das Jahr 2010 noch denkbar. Sie sind deshalb der Meinung, dass – nach einer konkludenten Verlängerung der Meldefrist gemäß § 10 Abs. 1 DEÜV bis zum 31.5.2011 – korrigierte Beitragsmeldungen für 2010 mit equal pay-Arbeitsentgeltmeldungen denkbar seien. Das ist schon deshalb unzutreffend, weil die „Stornierung“ i.S.d. § 14 Abs. 1 S. 1 DEÜV lediglich die Korrektur rechnerisch oder technisch unzutreffender Übermittlungsfehler betrifft, aber keine eigene Nachermittlungspflicht einschließlich Nachprüfungen beim Entleihunternehmen umfassen kann. Freilich gestehen auch *Zeppenfeld/Faust* ein, dass eine solche Verpflichtung unmöglich erfüllt werden kann und somit letztendlich keine Melde- oder Ermittlungslast besteht.

163 *Rieble/Vielmeier*, ZIP 2011, 789 (794).

164 *Breidenbach*, BB 2002, 1910 ff.; *Mette* in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, Beck-OK, Stand 2011, § 28p Rn 2; *Rieble/Vielmeier*, ZIP 2011, 789 (794 f.). Letztere verweisen insbesondere auf die Sonderregelung des § 28f Abs. 1a SGB IV, nach welcher Bauunternehmen beim Arbeitseinsatz von Arbeitnehmern eine Zuordnung zu den jeweils erfüllten Werk- und Dienstverträgen vorzunehmen haben. Entsprechende Vorgaben existieren für die Zeitarbeit nicht.

165 *Breidenbach*, BB 2002, 1910 ff.; *Mette* in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, Beck-OK, Stand 2011, § 28p Rn 2; *Rieble/Vielmeier*, ZIP 2011, 789 (794 f.).

166 *Scholz* in Kasseler Kommentar, Stand April 2010, § 98 SGB X, Rn. 18.

167 *Scholz* in Kasseler Kommentar, Stand April 2010, § 98 SGB X, Rn. 20.

lich bei ihm vorhandene Information preisgeben, aber nicht im Auftrag des prüfenden Rentenversicherungsträgers ermitteln. Er schuldet also nur dasjenige, was er an Information hat und muss keine fremde Information beschaffen.¹⁶⁸ Das bedeutet insbesondere, dass er beim Entleiher, der in gutem Glauben und zu Recht keine Informationen über die bei ihm üblichen Entgelte gegeben hat, diese auch nicht nachträglich einfordern muss. Eine solche Verpflichtung des Verleihers wäre im Übrigen unverhältnismäßig. Sie würde wegen des damit verbundenen Bruchs der Vertraulichkeit die Kundenbeziehung belasten, was in vielen Fällen zum Verlust der Kunden führen würde.

c. Ermittlung des Vergleichsentgelts beim Entleiher

Bei fehlender Information über die „im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts“ kommt auch eine Auskunft des Entleihers in Betracht. Dieser ist zwar nicht von § 28p SGB IV erfasst, weil Betriebsprüfungen jeweils nur die eigene Belegschaft betreffen. Aus diesem Grund ist er auch nicht nach § 28f Abs. 1 SGB IV dokumentationspflichtig.¹⁶⁹ Jedoch ist der Entleiher als dritte Person von § 98 Abs. 3 SGB X erfasst, weil er als nach § 28e Abs. 2 SGB IV, § 150 Abs. 3 SGB VII selbstschuldnerisch bürgende und somit mithaftende Person „wie ein Arbeitgeber Beiträge für eine kraft Gesetzes versicherte Person zu entrichten“ hat. Freilich dürfte auch diese Auskunftspflicht, die ebenfalls Offenlegungs- und nicht Verschaffungspflicht ist, meist keinen Aufschluss bieten über die „im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts“. Schließlich ist es, auch wenn Lohnunterlagen des Entleihers vorliegen, kaum möglich, nach längerer Zeit ohne weitere Untersuchungen noch Vergleichbarkeiten zu ermitteln. Hinzu kommt, dass nach dem hier vertretenen Standpunkt Sozialversicherungsbeiträge auf der Grundlage von equal pay nicht rückwirkend geschuldet werden und somit auch entsprechende Auskunftspflichten insbesondere nach § 98 SGB X nicht bestehen. Eine gesetzlich nicht vorgeschriebene Preisgabe der betreffenden Daten durch den Entleiher führt deshalb gegebenenfalls zur Strafbarkeit nach § 85a SGB X sowie nach § 203 Abs. 2 StGB.¹⁷⁰ Das bedeutet, dass sich der Entleiher nach derzeitigem Kenntnisstand zumindest dem Risiko der Strafverfolgung aussetzt, wenn er einem eventuellem Informationsbegehren eines Sozialversicherungsträgers entspricht.

168 Rieble/Vielmeier, ZIP 2011, 789 (795); Scholz in Kasseler Kommentar, Stand April 2010, § 98 SGB X, Rn. 22; Zeppenfeld/Faust, NJW 2011, 1643 (1646).

169 S. im Einzelnen Rieble/Vielmeier, ZIP 2011, 789 (795 f.).

170 Darauf verweisen zu Recht Rieble/Vielmeier, ZIP 2011, 789 (796).

d. Ermittlung des Vergleichsentgelts bei Arbeitnehmern des Entleihers

Zuletzt wäre in Betracht zu ziehen, bei solchen Arbeitnehmern Erkundigungen einzuziehen, die möglicherweise als „vergleichbare Arbeitnehmer“ im Betrieb des Entleihers in Betracht kommen. Dieses Vorgehen ist freilich nicht zugelassen. Zwar hat ein Beschäftigter gemäß § 28o Abs. 2 SGB IV Auskunft über den Arbeitgeber, die Art und Dauer seiner Beschäftigung, die hierbei erzielten Arbeitsentgelte sowie über die für die Beitragserhebung erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die entsprechenden Unterlagen vorzulegen. Diese Pflichten beziehen sich aber jeweils auf die Beschäftigungsverhältnisse der betreffenden Personen. Sie können nicht zur Ermittlung der Beitragslast für andere Beschäftigte dienen.

3. Beitragsschätzung durch die Sozialversicherungsträger?

Vor diesem Hintergrund wäre daran zu denken, dass die Sozialversicherungsträger die Beitragshöhe schätzen. Dem steht prinzipiell der Amtsermittlungsgrundsatz nach § 20 SGB X entgegen, welcher der Behörde Sachverhaltsaufklärung abverlangt.

Als Ausnahme dazu ist in § 28f Abs. 2 S. 3 SGB IV eine gesonderte Schätzungsbefugnis normiert, auf deren Grundlage ein Sozialversicherungsträger in Orientierung an den Lohnsummen Beitragsbescheide erlassen kann (so genannte Summenbescheide). Diese Regelung greift in den Fällen des § 28f Abs. 2 S. 1 SGB IV ein, also wenn ein Arbeitgeber die Aufzeichnungspflicht nicht ordnungsgemäß erfüllt hat und die Versicherungs- oder Beitragspflicht dadurch nicht festgestellt werden kann. Das ist etwa dann der Fall, wenn der Arbeitgeber die Aufzeichnungen nach § 28f Abs. 1 SGB IV i.V.m. § 8 Abs. 1 BVV unterlässt.¹⁷¹ Erfasst ist dabei gemäß § 28f Abs. 1 S. 1 SGB IV i.V.m. § 8 Abs. 1 Nr. 11 BVV auch das beitragspflichtige Arbeitsentgelt bis zur Beitragsbemessungsgrenze der Rentenversicherung, seine Zusammensetzung und seine zeitliche Zuordnung. Diese Voraussetzung greift vorliegend nicht ein, wenn die Zeitarbeitsunternehmen ihre Aufzeichnungspflichten seinerzeit ordnungsgemäß erfüllt haben. Eine Meldung laut CGZP-Tarifvertrag war, wie oben dargelegt, seinerzeit in jedem Fall zutreffend. Selbst wenn man sich der späteren Rechtsansicht der Sozialversicherungsträger anschließt und eine rückwirkend anzunehmende Beitragspflicht

¹⁷¹ *Krauskopf/Baier*, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 71. Ergänzungslieferung 2010, § 28f SGB IV, Rn. 10; *Rieble/Vielmeier*, ZIP 2011, 789 (796). Die Schätzungsbefugnis der Krankenkassen als Einzugsstellen nach § 28h Abs. 2 S. 2 SGB IV kommt nur im Rahmen des Beitragseinzugs in Betracht, der vorliegend schon abgeschlossen ist.

konstruiert, waren entsprechende Aufzeichnungen und Meldungen dennoch ordnungsgemäß im Sinne des § 28f Abs. 2 S. 1 SGB IV, weil sie zwangsläufig nur den seinerzeitigen Wissensstand spiegeln konnten. Über das Arbeitsentgelt nach § 10 Abs. 4 AÜG kann in der Regel von Seiten des Verleihers keine Aufzeichnung geführt worden sein, da dieser damals von der Rechtmäßigkeit der Beitragsabführung unter den Bedingungen des CGZP-Tarifvertrages ausgehen musste.¹⁷²

4. Verjährung der Beitragspflicht nach § 25 Abs. 1 SGB IV

Sollte man entgegen aller vorangegangenen Ausführungen – so wie die Sozialversicherungsträger – von einer nachträglich rückwirkend entstandenen und fällig gewordenen Beitragspflicht ausgehen, so stellt sich das Problem der Verjährung. Schon die Frage zu stellen, fällt schwer, wenn den beitragspflichtigen Arbeitgebern noch nicht einmal bekannt ist und auch nicht bekannt sein kann, in welcher Höhe Entgelt geschuldet wird und in welcher Höhe somit Beiträge abzuführen wären. Trotzdem soll der Punkt hier kurz behandelt werden.

Gemäß § 25 Abs. 1 S. 1 SGB IV verjähren Beitragsansprüche in vier Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem sie fällig geworden sind. Ansprüche auf vorsätzlich vorenthaltene Beiträge verjähren gemäß § 25 Abs. 1 S. 2 SGB IV in dreißig Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem sie fällig geworden sind.

Aus § 25 Abs. 1 S. 1 SGB IV ergibt sich, dass Beitragsansprüche, die ab Januar 2006 fällig wurden, bis Ende 2010 noch nicht verjährt waren. Monatlich abzuführende Gesamtsozialversicherungsbeiträge waren nach § 23 Abs. 1 S. 2 SGB IV a.F. am Anfang des Folgemonats fällig, so dass die Beiträge für die Monate ab einschließlich Dezember 2005 noch nicht verjährt waren.¹⁷³ Da im Jahr 2005 die Fälligkeit von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen durch Neufassung von § 23 Abs. 1 S. 2 SGB IV auf das Ende des Monats (genauer: für die voraussichtliche Beitragsschuld auf den drittletzten Bankarbeitstag des Beschäftigungsmonats) vorverlegt wurde, verjährten Ende 2010 die Beitragsansprüche für die dreizehn Monate Dezember 2005 bis einschließlich Dezember 2006, da diese nach der neuen Regelung alle zwischen dem 1.1. und dem 31.12.2006 fällig wurden.

Nun haben die Träger der Rentenversicherung noch Ende Dezember 2010 an – wie es heißt – 1.600 Zeitarbeitsunternehmen Schreiben versandt, in denen sie die Unternehmen aufgrund des BAG-Beschlusses vom 14.12.2010 auf ihre erweiterte Beitragspflicht aufmerksam gemacht haben.

¹⁷² Rieble/Vielmeier, ZIP 2011, 789 (796).

¹⁷³ Schlegel, NZA 2011, 380 (383).

Daraus schließen sie, diese Zeitarbeitsunternehmen seien seitdem als „bösgläubig“ hinsichtlich ihrer Beitragsschuld anzusehen. Somit gelte für sie ab diesem Zeitpunkt die 30jährige Verjährungsfrist nach § 25 Abs. 1 S. 2 SGB IV, weshalb die Beitragsansprüche für die dreizehn Monate Dezember 2005 bis einschließlich Dezember 2006 am Ende des Jahres 2010 nicht verjährt seien.¹⁷⁴

Selbst bei unterstellter rückwirkender Beitragspflicht stellt sich aber die Frage, ob tatsächlich seit Ende Dezember 2010 entsprechende Beiträge „vorsätzlich vorenthalten“ werden, wie es § 25 Abs. 1 S. 2 SGB IV fordert. Laut BSG kann der Vorsatz im Sinne dieser Regelung auch erst nach Fälligkeit und noch während des Fristlaufs der Verjährung entstehen.¹⁷⁵ Hinsichtlich des subjektiven Elements genügt dabei bedingter Vorsatz, also das billigende Inkaufnehmen einer rechtsfehlerhaften Nichtabführung.¹⁷⁶ Dies hat das BSG im Fall eines Kneipenwirts entschieden, der mit der bei ihm beschäftigten Köchin vereinbart hatte, dass diese an seiner statt Sozialversicherungsbeiträge abführen sollte. Hier erklärte das BSG, dass der Wirt zumindest in Kauf genommen hatte, eine unwirksame Vereinbarung getroffen zu haben, die ihn von der Abführungspflicht als Arbeitgeber nicht befreite.¹⁷⁷ Dem ist zuzustimmen, denn es ist klar, dass eine eindeutige Rechtslage, die vom rechtsunkundigen Rechtsunterworfenen in Ansätzen erkannt wird, nicht den bedingten Vorsatz hindern kann. Eine ohne weiteres zu leistende Parallelwertung in der Laiensphäre hätte dem Wirt klar machen können, dass er die Arbeitgeberbeiträge als Arbeitgeber selbst abzuführen hat.

Anders ist es aber im Fall der Zeitarbeitsunternehmen. Wie in der Literatur zutreffend dargelegt, konnten diese durch ein einfaches Rundschreiben nicht ohne weiteres „bösgläubig“ gemacht werden.¹⁷⁸ Schließlich konnte man, selbst wenn sich die Rechtslage sich so verhalten sollte wie die Sozialversicherungsträger behaupten, nicht von einer sofortigen Ab-

174 S. oben I 4.; ebenso *Park/Riederer von Paar/Schüren*, NJW 2008, 3670 (3673); *Schlegel*, NZA 2011, 380 (383); *Schüren/Wilde*, NZS 2009, 303 (306); anderer Ansicht *Lützel/Bissels* DB 2011, 1636 (1637); *Zeppenfeld/Faust*, NJW 2011, 1643 (1646 f.).

175 BSG 8.4.1992 – 10 Rar 5/91, BSGE 70, 261 (264 f.); *Seewald* in Kasseler Kommentar, Stand März 2005, § 25 SGB IV, Rn. 6.

176 BSG 21.6.1990 – 12 RK 13/89, DB 1992, 2090; *Seewald* in Kasseler Kommentar, Stand März 2005, § 25 SGB IV, Rn. 6.

177 BSG 21.6.1990 – 12 RK 13/89, DB 1992, 2090. Ein noch eindeutigerer Fall bedingten Vorsatzes findet sich in BSG 26.5.1977 – 12/3 RK 68/75, SozR 2200 § 29 Nr. 9. Hier hatte ein arbeitsgerichtliches Urteil vorgelegen, in welchem unter ausdrücklichem Hinweis auf die damit verbundene Sozialversicherungspflicht ein Arbeitsverhältnis festgestellt worden war.

178 *Zeppenfeld/Faust*, NJW 2011, 1643 (1646 f.).

führungspflicht der Unternehmen Ende 2010 ausgehen. Diese mussten zumindest die Rechts- und Tatsachenlage in der Weise prüfen können, dass bestimmte Geldbeträge für die jeweils in den Jahren 2005 und 2006 Beschäftigten ausgewiesen werden. Wie das hätte möglich sein sollen, ist nicht ersichtlich.

Unabhängig davon war für die Zeitarbeit Ende 2010 (und ist bis heute) keineswegs geklärt, ob tatsächlich zusätzlich rückwirkend Beiträge auf der Grundlage von „equal pay“ abzuführen waren. Das Einnehmen eines gut vertretbaren - meines Erachtens auch völlig zutreffenden – Rechtsstandpunktes kann hier keinen bedingten Vorsatz für den Fall der Unrichtigkeit des Rechtsstandpunkts begründen.¹⁷⁹ Hier greift gerade nicht der Gedanke der „Parallelwertung in der Laiensphäre“. Vielmehr darf der rechtsunterworfenen Bürger vor der Klärung einer Rechtsfrage diese in seinem Sinne werten. Dafür ist schließlich die Möglichkeit der rechtsförmigen Klärung einer Rechtsfrage gegeben, die in der Regel mit einer verjährungshemmenden Prüfung beim Arbeitgeber beginnt (§ 25 Abs. 2 S. 2 SGB IV, § 28p SGB IV) und zu einem 30 Jahre lang vollstreckbaren Beitragsbescheid führen kann (§ 52 Abs. 2 SGB X). Soweit diese Möglichkeit nicht wahrgenommen wird, kann hinsichtlich einer ungeklärten Rechtslage nicht von bedingtem Vorsatz desjenigen Rechtsunterworfenen gesprochen werden, der eine andere Ansicht vertritt als die Behörde.

Insgesamt gilt somit: Selbst wenn man entgegen aller vorangegangenen Ausführungen von einer nachträglich rückwirkend entstandenen und fällig gewordenen Beitragspflicht ausgeht, so gilt für sie dennoch, dass die Regelung des § 25 Abs. 1 S. 1 SGB IV über die vierjährige Verjährung anzuwenden ist. Danach sind insbesondere eventuelle Beitragspflichten für 2005 und 2006 am Ende des Jahres 2010 verjährt.

5. Zusammenfassung zu IV.

Zusammengefasst ist festzuhalten, dass der Verleiher als Arbeitgeber gemäß § 28f Abs. 1 SGB IV für jeden Beschäftigten Lohnunterlagen führen muss, die er bei der Betriebsprüfung nach § 28p SGB IV vorzulegen hat. Weiter muss er gemäß § 98 Abs. 1 S. 2 SGB X auf Verlangen Angaben zur Beitragserhebung machen, ist aber nicht zur Beschaffung bei ihm nicht vorhandener Informationen verpflichtet. Deshalb wird eine Betriebsprüfung beim Verleiher in der Regel keine hinreichenden Anhaltspunkte liefern über die „im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts“.

179 So zutreffend *Lützeler/Bissels* DB 2011, 1636 (1637) unter Verweis auf LSG Mecklenburg-Vorpommern 9.2.2005 – 7 L KR 28/03, zitiert nach juris.

Aber auch eine entsprechende Ermittlung des Vergleichsentgelts beim Entleiher ist regelmäßig nicht möglich. Zwar ist der Entleiher als nach § 28e Abs. 2 SGB IV, § 150 Abs. 3 SGB VII mithaftende Person gemäß § 98 Abs. 3 SGB X von einer Auskunftspflicht erfasst. Den Entleiher trifft aber ebenfalls lediglich eine Offenlegungs- und keine Informationsverschaffungspflicht. Auch seine Lohnunterlagen werden in der Regel nicht zur Ermittlung des Vergleichsentgelts ausreichen. Zudem wird er, um sich nicht nach § 85a SGB X und § 203 Abs. 2 StGB strafbar zu machen, dem eventuellen Informationsbegehren eines Sozialversicherungsträgers nicht entsprechen.

Einer Beitragsschätzung durch die Sozialversicherungsträger steht grundsätzlich der Amtsermittlungsgrundsatz nach § 20 SGB X entgegen. Die ausnahmsweise Beitragsschätzung mit der Möglichkeit des Erlasses so genannter Summenbescheide nach § 28f Abs. 2 S. 3 SGB IV ist ebenfalls ausgeschlossen. Sie setzt voraus, dass ein Arbeitgeber die Aufzeichnungspflicht nicht ordnungsgemäß erfüllt hat und die Versicherungs- oder Beitragspflicht dadurch nicht festgestellt werden kann. Das war bei Zeitarbeitsunternehmen, die seinerzeit CGZP-Tarifverträge anwandten und auf dieser Grundlage meldeten, nicht der Fall.

Selbst wenn man von einer nachträglich rückwirkend entstandenen und fällig gewordenen Beitragspflicht ausgeht, so gilt für sie, dass die Regelung des § 25 Abs. 1 S. 1 SGB IV über die vierjährige Verjährung anzuwenden ist. Danach sind insbesondere Beitragsansprüche für 2005 und 2006 am Ende des Jahres 2010 verjährt.

V. Gesamtergebnis

1. Equal treatment-Anspruch aus § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 AÜG

Der equal treatment-Anspruch aus § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 AÜG setzt voraus, dass der Leiharbeitnehmer sein Wahlrecht zugunsten des equal treatment ausgeübt hat. Solange der Arbeitnehmer dies nicht getan hat, bleibt es bei den vertraglich vereinbarten Entgeltansprüchen.

Ein Anspruch aus § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 AÜG kann im Fall der Anwendung von CGZP-Tarifverträgen nur bestehen, wenn diese Tarifverträge unwirksam sind. Das war und ist nicht der Fall.

Inbesondere ergibt sich die Unwirksamkeit nicht aus dem am 14.12.2010 vom BAG festgestellten Mangel der Tariffähigkeit der CGZP. Der Beschluss des BAG vom 14.12.2010 ist lediglich, ausgehend vom Stichtag des 7.12.2009, gegenwartsbezogen und trifft somit keine Aussage für die Zeit davor. Zudem endete seine Bindungswirkung am 30.4.2011, als § 3a AÜG n.F. in Kraft trat. Mit dieser Vorschrift wird zwar nicht zwingend das

geltende Tarifvertragsrecht verändert. Jedoch betrifft die neue Regelung den Begründungsansatz des BAG und liefert zudem eine neue Gesetzesregelung zur Tariffähigkeit in der Zeitarbeit. Damit haben sich mit ihr die rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse, welche der Entscheidung vom 14.12.2010 zugrunde lagen, wesentlich geändert. Des Weiteren hat der Beschluss keine Bindungswirkung für Unternehmen, die mit der CGZP Firmentarifverträge schlossen und am betreffenden Beschlussverfahren nicht beteiligt wurden.

Aber auch in der Sache ist festzuhalten, dass die von der CGZP geschlossenen Tarifverträge wirksam sind. Das ist selbst dann anzunehmen, wenn man das – fragwürdige - vom Ersten Senat des BAG neu geschaffene Erfordernis vollständiger Tariffähigkeitsvermittlung der Mitglieder an den Spitzenverband als zutreffend zugrunde legt. Dieses Erfordernis ist richterrechtlich völlig neu statuiert worden. Daher ist es verfassungsrechtlich ausgeschlossen, dass die neue Rechtsprechung rückwirkend eingeführt wird. Würde man Rückwirkung annehmen, läge darin ein Verstoß gegen die Grundsätze zur Rückwirkung neuen Richterrechts, vorliegend gegen das Rechtsstaatsgebot des Art. 20 Abs. 3 GG in Verbindung mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG sowie des Eigentumsschutzes nach Art. 14 Abs. 1 GG. Bei der Anwendung des Rückwirkungsverbots war ein Stichtag zu ermitteln, ab welchem von der CGZP geschlossene Tarifverträge unwirksam werden. Der betreffende Zeitpunkt ist frühestens der 1.7.2011.

Unabhängig davon ist zusätzlich denkbar, dass die CGZP vor Änderung ihrer Satzung am 5.12.2005 Tarifverträge nicht als Spitzenverband i.S.d. § 2 Abs. 3 TVG, sondern als Stellvertreterin für ihre Mitgliedsgewerkschaften nach § 164 BGB geschlossen hat. Ob das tatsächlich der Fall ist, kann freilich nur in jedem Einzelfall für sich geklärt werden. Die daraus resultierenden Folgefragen, insbesondere die nach dem unbeabsichtigten Fortbestand von alten Tarifverträgen (deren spätere tarifvertragliche Aufhebung sich heute als unwirksam erweist), zeigen freilich eher die prinzipielle Fragwürdigkeit eines rückwirkenden Inkraftsetzens der neuen Rechtsprechung.

Am 15.3.2010 wurden Zeitarbeitstarifverträge zwischen dem Arbeitgeberverband AMP und der CGZP sowie ihren Mitgliedsgewerkschaften geschlossen. Diese Tarifverträge sind selbst dann als wirksam anzusehen, wenn man die Ansicht vertritt, dass es der CGZP zu dieser Zeit an Tariffähigkeit mangelte und die von ihr geschlossenen Tarifverträge deshalb unwirksam sind. Entscheidend ist die Tariffähigkeit der beteiligten Gewerkschaften.

2. Beitragspflicht für aufgrund equal pay-Gebots erhöhte Entgeltansprüche

Auch bei unterstellter Annahme der arbeitsrechtlichen Entgeltspflicht wäre eine sozialversicherungsrechtliche Beitragspflicht nicht entstanden. Denn nach dem Entstehungsprinzip musste der entsprechende equal pay-Anspruch gemäß § 10 Abs. 4 AÜG zunächst eingefordert und fällig gestellt werden, bevor ein Beitragsanspruch eingreifen konnte. Zudem konnte eine Beitragspflicht auch so lange nicht entstehen, wie die betreffenden Arbeitgeber nicht wissen konnten, aus welchem Grund und in welcher Höhe sie Beiträge zu entrichten haben könnten. Das war nicht vor dem 14.12.2010 der Fall.

Des Weiteren ergibt sich aus der abgabenrechtlichen Rechtsprechung insbesondere des BFH und des BSG, dass in der vorliegenden Situation keine rückwirkenden Beitragspflichten entstehen konnten. Das folgt zum einen daraus, dass der Beschluss des BAG vom 14.12.2010, der das Erfordernis vollständiger Vermittlung von Tariffähigkeit für eine Spitzenorganisation statuiert, einen typischen Fall richterlicher Rechtsschöpfung darstellt. In einem solchen Fall schließen die Gerichte eine darauf beruhende zusätzliche Beitragslast für die Vergangenheit aus. Zum anderen folgt es auch daraus, dass die Sozialversicherungsträger bei der Überwachung der Zeitarbeitsunternehmen, beim Beitragseinzug und bei Betriebsprüfungen stets von der Verbindlichkeit der CGZP-Regelungen ausgegangen sind und sie durchgesetzt haben. Die sich daraus ergebende Vertrauensposition der Beitragsschuldner verbietet es, im Nachhinein höhere Beiträge einzufordern.

Dieses Ergebnis wird durch einen Gegenschluss aus § 28g S. 3 HS. 2 SGB IV betätigt. Danach könnten die Arbeitgeber bei rückwirkender Beitragsbelastung für nachentrichtete Arbeitnehmerbeiträge vollen Regress zulasten der Beschäftigten nehmen, was nicht im Sinne des Gesetzgebers liegt.

Soweit man mit den Sozialversicherungsträgern rückwirkend fällige equal pay-Ansprüche unterstellt, ist dort, wo aufgrund Ausschlussfristen keine Entgeltansprüche mehr geltend gemacht werden können, keine Beitragspflicht entstanden.

An der Beitragspflicht mangelt es auch deshalb, weil die Sozialversicherungsträger ihre – vermeintlichen – Beitragsforderungen bei vielen Zeitarbeitsunternehmen nicht geltend machen oder gemäß § 76 SGB IV niedergeschlagen haben. Nach Art. 3 Abs. 1 GG und den Grundsätzen zur Selbstbindung der Verwaltung folgt daraus die vorläufige Unzulässigkeit der Beitragserhebung bei den übrigen Zeitarbeitsunternehmen.

Soweit für die Vergangenheit Beitragsbescheide vorliegen, die auf der Grundlage von Entgeltzahlungen nach CGZP-Tarifvertrag erlassen wurden, können diese gemäß § 45 SGB X nicht mehr abgeändert werden.

3. Prüfung, Schätzung und Verjährung von Beitragspflichten

Selbst eine Beitragspflicht unterstellt, würde die Ermittlung der Beitragsansprüche meist nicht möglich sein. Den Sozialversicherungsträgern als Beitragsgläubigern würde es in der Regel nicht gelingen, ihre Beitragsansprüche zu benennen und somit rechtmäßige Beitragsbescheide zu erlassen. Auch entsprechende Melde- oder Nachforschungspflichten, aufgrund derer die Verleiher als Arbeitgeber nachträglich zur Ermittlung ehemaliger Arbeitsbedingungen bei den Entleiher angehalten werden könnten, bestehen nicht. Verleiher als Arbeitgeber müssen gemäß § 28f Abs. 1 SGB IV für jeden Beschäftigten Lohnunterlagen führen, die sie bei Betriebsprüfungen nach § 28p SGB IV vorzulegen haben. Weiter treffen sie zwecks Beitragserhebung Auskunftspflichten aus § 98 Abs. 1 S. 2 SGB X. Sie sind aber nicht zur Informationsbeschaffung verpflichtet. Deshalb wird eine Betriebsprüfung beim Verleiher in der Regel keine hinreichenden Anhaltspunkte liefern über Beitragsansprüche. Auch eine entsprechende Ermittlung des Vergleichsentgelts beim Entleiher ist regelmäßig nicht möglich. Zwar ist der Entleiher als nach § 28e Abs. 2 SGB IV, § 150 Abs. 3 SGB VII mithaftende Person gemäß § 98 Abs. 3 SGB X von einer Auskunftspflicht erfasst. Ihn trifft aber ebenfalls lediglich eine Offenlegungs- und keine Informationsverschaffungspflicht.

Einer Beitragsschätzung durch die Sozialversicherungsträger steht grundsätzlich der Amtsermittlungsgrundsatz nach § 20 SGB X entgegen. Die ausnahmsweise Beitragsschätzung mit der Möglichkeit des Erlasses so genannter Summenbescheide nach § 28f Abs. 2 S. 3 SGB IV kommt ebenfalls nicht in Betracht. Sie setzt voraus, dass ein Arbeitgeber seine Aufzeichnungspflichten nicht ordnungsgemäß erfüllt hat und dadurch die Versicherungs- oder Beitragspflichten nicht festgestellt werden können. Das ist nicht der Fall, wenn die Beitragsmeldung seinerzeit ordnungsgemäß auf der Grundlage der CGZP-Tarifverträge erfolgte.

Selbst wenn man von einer rückwirkend entstandenen und fällig gewordenen Beitragspflicht ausgeht, greift die vierjährige Verjährung gemäß § 25 Abs. 1 S. 1 SGB IV. Danach sind insbesondere Beitragsansprüche für 2005 und 2006 am Ende des Jahres 2010 verjährt.

Literaturverzeichnis:

- Arens, Wolfgang*, Das Entstehensprinzip in der gesetzlichen Sozialversicherung – weitere Fälle für geringfügige Beschäftigungsverhältnisse?, BB 2001, 94, (zitiert: Arens, BB 2001, 94)
- Ascheid, Reiner/Bader, Peter/Dörner, Hans-Jürgen/Leinemann, Wolfgang/Mikosch, Ernst/Schütz, Friedrich/Vossen, Reinhard/Wenzel, Leonhard (Hrsg.)*, Gemeinschaftskommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz (GK-ArbGG), Loseblatt, Stand September 2010, (zitiert: Bearbeiter in GK-ArbGG, Loseblattsammlung, Stand September 2010)
- Bayreuther, Frank*, Tarifpolitik im Spiegel der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung – Zum „equal-pay“-Beschluss des BVerfG, (zitiert: Bayreuther, NZA 2005, 341 ff.)
- Birk, Rolf*, Die Ankündigung von Rechtsprechungsänderungen, JZ 1974, 735 ff., (zitiert: Birk, JZ 1974, 735)
- Bissels, Alexander*, Kommentar zu: LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 15.06.2011 – 6 Ta 99/11, „Equal pay: LAG Rheinland-Pfalz bestätigt erstinstanzlichen Aussetzungsbeschluss“, BB 2011, 1916, (zitiert: Bissels, BB 2011, 1916)
- Boemke, Burkhard/ Lembke, Mark (Hrsg.)*, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Kommentar, 2. Auflage 2005 u. 2. Auflage 2009, (zitiert: Boemke/Lembke, Kommentar zum AÜG, Aufl. Jahr)
- Böhm, Wolfgang*, „Billig-Tarifverträge“ in der Zeitarbeit – Risiken für die Kunden, DB 2003, 2598 ff., (zitiert: Böhm, DB 2003, 2598 ff.)
- Brecht-Heitzmann, Holger*, Verfassungsrechtliche Neubewertung zweistufiger Ausschlussfristen, DB 2011, 1523, (zitiert: Brecht-Heitzmann, DB 2011, 1523 ff.)
- Breidenbach, Wolfgang*, Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen auf Tariflohn und Vertrauensschutz, BB 2002, 1910 ff., (zitiert: Breidenbach, BB 2002, 1910 ff.)
- Brors, Christiane*, Die tariflichen Konsequenzen des CGZP-Beschlusses, AuR 2011, 138 ff., (zitiert: Brors, AuR 2011, 138)
- ders.*, Equal Pay Anspruch und Ausschlussfristen, NZA 2010, 1385 ff., (zitiert: Brors, NZA 2010, 1385 ff.)
- Brüning, Christoph*, Die Rückwirkung von Legislativakten, NJW 1998, 1525 ff., (zitiert: Brüning, NJW 1998, 1525 ff.)

- Bydlinski, Franz*, Hauptpositionen zum Richterrecht, JZ 1985, 149 ff., (zitiert: Bydlinski, JZ 1985, 149)
- Däubler, Wolfgang (Hrsg.)*, Tarifvertragsgesetz, 2. Auflage 2006, (zitiert: Bearbeiter in Däubler, § TVG)
- ders./Bonin, Birger/Deinert, Olaf (Hrsg.)*, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, Kommentar zu den §§ 305 bis 310 BGB, 3. Aufl. 2010, (zitiert: Bearbeiter in Däubler/Bonin/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2010)
- Dornbusch, Gregor/Fischermeier, Ernst/Löwisch, Manfred (Hrsg.)*, Fachanwaltskommentar Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2010, (zitiert: Bearbeiter in Dornbusch/Fischermeier/Löwisch, Fachanwaltskommentar Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2010)
- Dreier, Horst (Hrsg.)*, Grundgesetz-Kommentar, Band I, 2. Auflage 2004, (zitiert: Bearbeiter in Dreier, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 2. Aufl. 2004)
- Düwell, Franz Josef*, Überlassung zur Arbeitsleistung – Neues aus Rechtsprechung und Gesetzgebung, DB 2011, 1520 ff., (zitiert: Düwell, DB 2011, 1520 ff.)
- Epping, Volker /Hillgruber, Christian (Hrsg.)*, Beck'scher Online-Kommentar zum Grundgesetz, Stand 1.7.2011, (zitiert: Bearbeiter in Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Stand 2011)
- Ferme, Marco*, Die Lehren aus der Tarifunfähigkeit der CGZP, NZA 2011, 619 ff., (zitiert: Ferme, NZA 2011, 619 ff.)
- Franzen, Martin*, Tarifrechtssystem und Gewerkschaftswettbewerb – Überlegungen zur Flexibilisierung des Flächentarifvertrags, RdA 2001, 1 ff., (zitiert: Franzen, RdA 2001, 1)
- ders.*, Tarifzuständigkeit und Tariffähigkeit im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung, BB 2009, 1472 ff., (zitiert: Franzen, BB 2009, 1472 ff.)
- Gabbey, Andreas*, Probleme des Rechtsprechungswandels im Verwaltungsrecht: Zugleich eine kritische Betrachtung der Einstufung von Präjudizien als Rechtserkenntnisquelle, 2000, (zitiert: Gabbey, Probleme des Rechtsprechungswandels im Verwaltungsrecht, 2000, S.)
- Gamillscheg, Franz*, Kollektives Arbeitsrecht Band I: Grundlagen, Koalitionsfreiheit, Tarifvertrag, Arbeitskampf und Schlichtung, 1997, (zitiert: Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, Band 1, §, S.)
- Gaul, Björn/Koehler, Lisa-Marie*, Tarifunfähigkeit der CGZP – Aktuelle Entwicklungen seit dem Beschluss des BAG vom 14.12.2010, ArbRB 9/2011, 112 ff., (zitiert: Gaul/Koehler, ArbRB 2011, 112 ff.)

- Germelmann, Claas-Hinrich/Matthes, Hans-Christoph/Müller-Glöge, Rudi/Prütting, Hanns/Schlewing, Anja (Hrsg.)*, Arbeitsgerichtsgesetz Kommentar, 7. Aufl. 2009, (zitiert: Bearbeiter in: Germelmann u.a., Kommentar zum ArbGG, 7. Aufl. 2009)
- Giesen, Richard*, Staatsneutralität bei der Verbindlicherklärung von Tarifverträgen, *ZfA* 2008, 355 ff., (zitiert: Giesen, *ZfA* 2008, 355 ff.)
- Goericke, Ehrenfried*, Die Beitragsprüfung des Rentenversicherungsträgers unter Einbeziehung der Sozialversicherungspflicht bei tariflichen Entgeltansprüchen, *DB* 2000, 2526 ff., (zitiert: Goericke, *DB* 2000, 2526)
- Grunsky, Wolfgang*, Grenzen der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung, 1970, (zitiert: Grunsky, Grenzen der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung, 1970, S.)
- Heinze, Meinhard/Ricken, Oliver*, Verbandsaustritt und Verbandsauflösung im Spannungsfeld von Tarifeinheit und Tarifpluralität, *ZfA* 2001, 159 ff., (zitiert: Heinze/Ricken *ZfA* 2001, 159)
- Henssler, Martin/Willemsen, Hein Josef/Kalb, Heinz-Jürgen (Hrsg.)*, Arbeitsrecht Kommentar, 4. Aufl. 2010, (zitiert: Bearbeiter in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 4. Aufl. 2010)
- Herschel, Wilhelm*, Zur Entstehung des Tarifvertragsgesetzes, *ZfA* 1973, 183 ff., (zitiert: Herschel, *ZfA* 1973, 183)
- Hey, Johanna*, Schutz des Vertrauens in BFH-Rechtsprechung und Verwaltungspraxis, *DStR* 2004, 1897 ff., (zitiert: Hey, *DStR* 2004, 1897 ff.)
- Isenhardt, Udo (Hrsg.)*, Arbeitsrecht und Sozialpartnerschaft, Festschrift für Peter Hanau, 1999, (zitiert: Gagel FS Hanau, 1999, S.)
- Jacobs, Matthias*, Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit einer Spitzenorganisation i. S. des § 2 III TVG, *ZfA* 2010, 27 ff., (zitiert: Jacobs, *ZfA* 2010, 27 ff.)
- ders./Krause, Rüdiger/Oetker, Hartmut (Hrsg.)*, Tarifvertragsrecht, 2007, (zitiert: Jacobs/Krause/Oetker, Tarifvertragsrecht, 2007)
- Kempen, Otto-Ernst/Zachert, Ulrich (Hrsg.)*, Kommentar zum Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl. 2006, (zitiert: Bearbeiter in Kempen/Zachert, Kommentar zum TVG, 4. Aufl. 2006)
- Klein, Franz/Orlopp, Gerd (Begr.)*, Kommentar zur Abgabenordnung, 10. Aufl. 2009, (Bearbeiter in Klein, Abgabenordnung, 10. Aufl. 2009, §)
- Klose, Wolfgang*, Tarifliche Ausschlußfristen und Sozialversicherungsbeiträge – Eine Erwiderung, *NZS* 1996, 9 ff., (zitiert: Klose, *NZS* 1996, 9 ff.)

- Knittel, Wilhelm*, Zum Problem der Rückwirkung einer Änderung der Rechtsprechung, 1965, (zitiert: Knittel, Zum Problem der Rückwirkung einer Änderung der Rechtsprechung, 1965, S.)
- Knödler, Christoph/Daubner, Robert*, Angekündigte Rechtsprechungsänderungen. Die Annunziationsjudikatur des Bundesarbeitsgerichts, BB 1992, 1861 ff., (zitiert: Knödler/Daubner, BB 1992, 1861 ff.)
- Krauskopf, Dieter (Begr.)/Wagner, Regine/Knittel, Stefan (Hrsg.)/Gerhard Baier (Bearb.)*, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung Kommentar, 71. Ergänzungslieferung 2010, (zitiert: Krauskopf/Baier, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 71. Ergänzungslieferung 2010)
- Kühn, Rolf/von Wedelstädt, Alexander (Hrsg.)*, Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung, Kommentar, 19. Auflage 2008, (zitiert: Bearbeiter in Kühn/von Wedelstädt, Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung, 19. Aufl. 2008)
- Leitherer, Stephan (Hrsg.)*, Kasseler Kommentar zum SGB, Stand März 2005, Stand August 2008, Stand April 2010 u. Stand Juli 2011, (zitiert: Bearbeiter in Kasseler Kommentar zum SGB, Stand Jahr)
- Lembke, Mark*, Die Aussetzung von Verfahren zur Prüfung der Tariffähigkeit einer Organisation (hier: CGZP), NZA 2008, 451 ff., (zitiert: Lembke, NZA 2008, 451 ff.)
- ders.*, Die Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen, NZA 2007, 1333 ff., (zitiert: Lembke, NZA 2007, 1333 ff.)
- Leuchten, Alexius*, Das neue Recht der Leiharbeit, Die wesentlichen Neuerungen im AÜG, NZA 2011, 608 ff., (zitiert: Leuchten, NZA 2011, 608 ff.)
- Löwisch, Manfred*, Die Tariffähigkeit von Spitzenorganisationen und ihre Feststellung, Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen (SAE), Ausgabe 2/2011, 61 ff., (zitiert: Löwisch, SAE 2011, 61)
- ders./Rieble, Volker (Hrsg.)*, Kommentar zum Tarifvertragsgesetz, 2. Aufl. 2006, (zitiert: Löwisch/Rieble, Kommentar zum TVG, 2. Aufl. 2006)
- Lützeler, Martin/Bissels, Alexander*, Leiharbeit: Neue tarif- und sozialversicherungsrechtliche Aspekte nach der CGZP-Entscheidung, DB 2011, 1636 ff., (zitiert: Lützeler/Bissels DB 2011, 1636)
- Marschner, Andreas*, Die Berechnung von Sozialversicherungsbeiträgen bei lohnmindernden Vertragsstrafen, NZA 1997, 300, (zitiert: Marschner, NZA 1997, 300)

- Marx, Stefan*, Das Entstehungsprinzip in der Sozialversicherung – eine Rechtfertigung des Abweichens von steuerrechtlichen Regelungen, NZS 2002, 126 ff., (zitiert: Marx, NZS 2002, 126 ff.)
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Begr.)*, Kommentar zum Grundgesetz, Stand November 2006, (zitiert: Bearbeiter in Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Stand November 2006)
- Maurer, Hartmut*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2009, (zitiert: Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2009)
- Möller, Johannes/Rührmeier, Alfred*, Die Bedeutung der Grundrechte für die verfassungsrechtlichen Anforderungen an rückwirkende Gesetze, NJW 1999, 908 ff., (zitiert: J. Möller/Rührmeier, NJW 1999, 908 ff.)
- Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.)*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 11. Aufl. 2011, (zitiert: ErfK/Bearbeiter)
- Nägele, Stefan/Gertler, Nils Fabian*, Tarifliche Ausschlussfristen auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts, NZA 2011, 442 ff., (zitiert: Nägele/Gertler, NZA 2011, 442 ff.)
- Neef, Klaus*, Reichweite des CGZP-Beschlusses. Offene Fragen und prozessuale Hürden, NZA 2011, 615 ff., (zitiert: Neef, NZA 2011, 615 ff.)
- Pahlke, Armin/Koenig, Ulrich (Hrsg.)*, Abgabenordnung, Kommentar, 2. Aufl. 2009, (zitiert: Bearbeiter in: Pahlke/Koenig, Abgabenordnung, 2. Aufl. 2009)
- Palandt, Otto (Begr.)*, Kommentar zum BGB, Beck'sche Kurzkommentare, 70. Aufl. 2011, (zitiert: Bearbeiter in: Palandt, Kommentar zum BGB, 70. Aufl. 2011)
- Park, Tido/Riederer von Paar, Britta/Schüren, Peter*, Arbeits-, sozial- und strafrechtliche Risiken bei der Verwendung von Scheintarifverträgen, NJW 2008, 3670, (zitiert: Park/Riederer von Paar/Schüren, NJW 2008, 3670)
- Peters, Horst (Begr.)*, Sozialgesetzbuch IV, Stand 1989, (zitiert: Peters, Sozialgesetzbuch IV, Stand 1989, §)
- Peters-Lange, Susanne*, Tarifliche Ausschlussfristen und Sozialversicherungsbeiträge, NZA 1995, 657, (zitiert: Peters-Lange, NZA 1995, 657)
- Picker, Eduard*, Richterrecht und Richterrechtssetzung – zu neuen Rechtsbildungsmethoden des Bundesarbeitsgerichts, JZ 1984, 153, (zitiert: Picker, JZ 1984, 153)

- Plagemann, Hermann/Brand, Jürgen*, Sozialversicherungsbeiträge für nicht erfüllte „Equal pay“-Ansprüche? Sozialrechtliche Folgen der CGZP-Entscheidung des BAG, NJW 2011, 1488 ff., (zitiert: Plagemann/Brand, NJW 2011, 1488 ff.)
- Raab, Thomas*, Europäische und nationale Entwicklungen im Recht der Arbeitnehmerüberlassung, ZfA 2003, 389, (zitiert: Raab, ZfA 2003, 389)
- Reipen, Markus*, Dubiose Gewerkschaften – Sozialversicherungsrechtliche Risiken für Zeitarbeitsunternehmen und ihre Kunden, NZS 2005, 407 ff., (zitiert: Reipen, NZS 2005, 407 ff.)
- Reiserer, Kerstin*, Gestaltung von Leiharbeitsverträgen nach dem Beschluss des BAG zur Tarifunfähigkeit der CGZP, DB 2011, 764 ff., (zitiert: Reiserer, DB 2011, 764 ff.)
- Ricken, Oliver*, Autonomie und tarifliche Rechtssetzung, Die Tarifzuständigkeit als Wirksamkeitserfordernis des Tarifvertrages, 2006, (zitiert: Ricken, Autonomie und tarifliche Rechtssetzung, 2006, S.)
- Rieble, Volker*, Die Tarifzuständigkeit von Spitzenverbänden, DB 2001, 2194, (zitiert: Rieble, DB 2001, 2194 ff.)
- ders.*, Staatshilfe für Gewerkschaften, ZfA 2005, 245, (zitiert: Rieble, ZfA 2005, 245)
- ders./Klebeck, Ulf*, Lohngleichheit für Leiharbeit, NZA 2003, 23 ff., (zitiert: Rieble/Klebeck, NZA 2003, 23 f.)
- ders./Vielmeier, Stephan*, Rechtsirriges Bemessung des Arbeitsentgelts und Beitragsschuld, ZIP 2011, 789 ff., (zitiert: Rieble/Vielmeier, ZIP 2011, 789)
- Ringhofer, Kurt/Robert, Walter (Hrsg.)*, Allgemeine Theorie der Normen, im Auftrag des Hans Kelsen Instituts aus dem Nachlass, Wien 1979, (zitiert: Bearbeiter in: Ringhofer/Walter (Hrsg.), Allgemeine Theorie der Normen, aus dem Nachlass von Hans Kelsen, Wien 1979)
- Rixecker, Roland/Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.)*, Münchener Kommentar zum BGB, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil: §§ 241-432 BGB, 5. Aufl. 2007, (zitiert: Bearbeiter in Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007)
- Robbers, Gerhard*, Rückwirkende Rechtsprechungsänderung, JZ 1988, 481 ff., (zitiert: Robbers, JZ 1988, 481)

- Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Kreikebohm, Ralf/Udsching, Peter (Hrsg.)*, Beck'scher Online-Kommentar zum Arbeitsrecht, Stand 1.6.2011, (zitiert: Bearbeiter in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, Beck-OK, Stand 2011)
- Rüfner, Wolfgang*, Verantwortung des Staates für die Parität der Sozialpartner, RdA 1997, 130 ff., (zitiert: Rüfner, RdA 1997, 130 ff.)
- Sachs, Michael (Hrsg.)*, Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl. 2009, (zitiert: Bearbeiter in Sachs, Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl. 2009)
- Sandmann, Georg/Marschall, Dieter/Schneider, Tobias (Hrsg.)*, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz Kommentar, Stand November 2010, (zitiert: Sandmann/Marschall/Schneider, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz Kommentar, Stand November 2010, §)
- Schlegel, Rainer*, Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Konsequenzen des CGZP-Beschlusses, NZA 2011, 380, (zitiert: Schlegel, NZA 2011, 380)
- ders.*, Übergangsrecht – Aspekte von Rückwirkung und Vertrauensschutz, VSSR 2004, 313 ff., (zitiert: Schlegel, VSSR 2004, 313)
- Schöne, Steffen*, „Billig-Tarifverträge“ in der Zeitarbeit – Wo genau liegt das Risiko?, DB 2004, 136 ff., (zitiert: Schöne, DB 2004, 136 ff.)
- Schüren, Peter (Hrsg.)*, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz Kommentar, 4. Auflage 2010, (zitiert: Schüren, Kommentar zum AÜG, 4. Aufl. 2010, §)
- ders./Wilde, Anna*, Selbstständige und akzessorische Beitragsansprüche bei nichtigen „Billigtarifverträgen“ in der Leiharbeit, NZS 2009, 303 ff., (zitiert: Schüren/Wilde, NZS 2009, 303)
- ders.*, Die Tariffähigkeit der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und PSA vor den deutschen Arbeitsgerichten – Ergebnisse einer Umfrage, NZA 2007, 1213 ff., (zitiert: Schüren, NZA 2007, 1213 ff.)
- ders.*, Tariffähigkeit der CGZP wegen Missbrauchs der tariflichen Normsetzungsbefugnis in der Leiharbeit, AuR 2008, 239 ff., (zitiert: Schüren, AuR 2008, 239 ff.)
- ders.*, Tariffähigkeit der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für die Leiharbeitsbranche, NZA 2008, 453 ff. (zitiert: Schüren, NZA 2008, 453)
- ders.*, Verjährung von Nachzahlungsansprüchen der Leiharbeitnehmer nach Feststellung der Tariffähigkeit der CGZP, AuR 2011, 142 ff., (zitiert: Schüren, AuR 2011, 142 ff.)

- Schwab, Norbert/Weth, Stephan (Hrsg.)*, Kommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz, 3. Aufl. 2011, (zitiert: Bearbeiter in: Schwab/Weth (Hrsg.), Kommentar zum ArbGG, 3. Aufl. 2011)
- Staudinger, Julius von (Begr.)*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255 - 304 BGB (Leistungsstörungenrecht 1), Stand 2001, (zitiert: Bearbeiter in Staudinger, Kommentar zum BGB, Stand 2001)
- Thüsing, Gregor (Hrsg.)*, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz Kommentar, 2. Aufl. 2008, (zitiert: Bearbeiter in Thüsing, Kommentar zum AÜG, 2. Aufl. 2008)
- ders.*, Equal pay bei Leiharbeit, Zur Reichweite der Gleichbehandlungspflicht nach dem AÜG, DB 2003, 446, (zitiert: Thüsing, DB 2003, 446 f.)
- Ulber, Jürgen (Hrsg.)*, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz Kommentar, 3. Auflage 2006, (zitiert: Ulber, Kommentar zum AÜG, 3. Aufl. 2006, §)
- ders.*, Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit der CGZP, AuR 2008, 297 ff., (zitiert: Ulber, AuR 2008, 297 ff.)
- von Mangoldt, Hermann (Begr.)/Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hrsg.)*, Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl. 2010, (zitiert: Bearbeiter in von Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl. 2010)
- Wannagat, Georg (Begr.)/Eichenhofer, Eberhard (Bearb.)*, Kommentar zum Sozialgesetzbuch, Stand 1998 u. Stand 2004, (zitiert: Bearbeiter in Wannagat/Eichenhofer, SGB, Stand Jahr, §)
- Wiedemann, Herbert (Hrsg.)*, Tarifvertragsgesetz Kommentar, 7. Aufl. 2007, (zitiert: Bearbeiter in Wiedemann, Kommentar zum TVG, 7. Aufl. 2007)
- ders./Thüsing, Gregor*, Die Tariffähigkeit von Spitzenorganisationen und der Verhandlungsanspruch der Tarifvertragsparteien, RdA 1995, 280 ff., (zitiert: Wiedemann/Thüsing, RdA 1995, 280 ff.)
- Winkler, Jürgen (Hrsg.)*, Sozialgesetzbuch IV, Lehr- und Praxiskommentar, 2007, (zitiert: Bearbeiter in Lehr- und Praxiskommentar SGB IV, 2007)
- Zeppenfeld, Guido/Faust, Holger*, Zeitarbeit nach dem CGZP-Beschluss des BAG, Rechtsfolgen und Risiken für die Zeitarbeitsbranche, NJW 2011, 1643, (zitiert: Zeppenfeld/Faust, NJW 2011, 1643)
- Zöller, Richard (Begr.)*, Zivilprozessordnung Kommentar, 28. Aufl. 2010, (zitiert: Bearbeiter in Zöller, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 28. Aufl. 2010)

Anhang 1.

Beschluss des BAG vom 14.12.2010 – 1 ABR 19/10

Tariffähigkeit einer Spitzenorganisation - Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP)

Leitsätze

Die Tariffähigkeit einer von Gewerkschaften gebildeten Spitzenorganisation iSd. § 2 Abs. 3 TVG setzt voraus, dass deren Organisationsbereich mit dem ihrer Mitgliedsgewerkschaften übereinstimmt.

Tenor

Die Rechtsbeschwerden der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen, des Arbeitgeberverbands Mittelständischer Personaldienstleister e. V. sowie der Bundesvereinigung Deutscher Dienstleistungsunternehmen e. V. gegen den Beschluss des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 7. Dezember 2009 - 23 TaBV 1016/09 - werden zurückgewiesen.

Gründe

- 1 A. Die Beteiligten streiten über die Tariffähigkeit der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (*CGZP*).
- 2 Antragsteller sind die zu 1. beteiligte Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft (*ver.di*) und das zu 2. beteiligte Land Berlin.
- 3 Der Organisationsbereich von *ver.di* umfasst nach § 4 Nr. 1 *ver.di*-Satzung idF vom 12./14. März 2008 ua. Unternehmen, Betriebe, Einrichtungen und Verwaltungen der im Anhang 1 zur Satzung abschließend aufgeführten Bereiche. Danach ist *ver.di* ua. zuständig für Druckereien, Zeitungs- und Zeitschriftenverlage, Zeitschriftenbetriebe sowie Nebenbetriebe dieser Bereiche einschließlich Kantinen, Kasinos, Auslieferungs-, Zustell- und anderer Servicebetriebe (*Nr. 1.3 Anhang 1 ver.di-Satzung*). Zu den erfassten Organisationseinheiten im Bereich Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr zählen ua. Verwaltungen, Betriebe und Einrichtungen des öffentlichen und privaten Gesundheitswesens sowie des öffentlichen und privaten Nah- und Fernverkehrs einschließlich der

Flughäfen (Nr. 1.4 Anhang 1 ver.di-Satzung). Nr. 1.2.4 Anhang 1 ver.di-Satzung lautet:

„1.2.4 Sonstiger privater Dienstleistungsbereich

Sonstige Unternehmen und Organisationen des Dienstleistungsbereichs einschließlich rechtlich ausgegliederter bzw. selbständiger, jedoch wirtschaftlich-organisatorisch zugeordneter Dienstleistungsbetriebe, z.B. Datenverarbeitung, Organisation, Verwaltung und Bildungseinrichtungen sowie ihre Verbände.

1.2.4.3 Verleihwesen

Leasingunternehmen, Autoverleiher und sonstige Verleihunternehmen“

- 4 Der Gewerkschaftsrat von ver.di befasste sich auf seiner Sitzung vom 15. - 17. Juni 2009 mit einer Änderung des in Anhang 1 enthaltenen Organisationskatalogs. Nach einer vom Bundesvorstand eingebrachten Vorlage sollten dem Satz 1 von Nr. 1.2.4 Anhang 1 ver.di-Satzung folgende Sätze 2 und 3 angefügt werden:

„Dies umfasst auch Unternehmen der gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung. Die Zuständigkeit erstreckt sich außerdem auf Arbeitnehmer/innen, die von einem Verleihbetrieb an die vom Organisationsbereich der ver.di erfassten Betriebe (Entleihbetrieb) zur Arbeitsleistung überlassen sind.“

- 5 Die zu 3. beteiligte CGZP ist am 11. Dezember 2002 von Mitgliedern des zu 5. beteiligten Christlichen Gewerkschaftsbundes Deutschlands (CGB) gegründet worden. Die erste Satzung der CGZP ist auf ihrer Mitgliederversammlung vom 15. Januar 2003 angenommen worden. § 1 und § 3 Abs. 1 ihrer am 5. Dezember 2005 geänderten Satzung lauteten:

„§ 1 Name und Zweck

Die Tarifgemeinschaft vertritt 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 (Entleihern) Arbeitnehmer (Leiharbeiter) gewerbsmäßig zur Arbeitnehmerüberlassung überlassen wollen.

§ 3 Mitgliedschaft

(1) Mitglieder können die Gewerkschaften im Christlichen Gewerkschaftsbund Deutschlands (CGB) werden, die ihren Beitritt zur Tarifgemeinschaft erklären.“

- 6 Nach einer Satzungsänderung vom 8. Oktober 2009 heißt es in dem angefügten § 1 Abs. 2 sowie in § 7 Abs. 1 CGZP-Satzung 2009:

„§ 1 Name und Zweck

(2) Die Wahrnehmung der Interessen der Mitglieder der Mitgliedsgewerkschaften, die bei Arbeitgebern beschäftigt sind, die als Verleiher Dritten Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung überlassen, erfolgt über haupt- und ehrenamtliche Funktionsträger der Mitgliedsgewerkschaften. Dazu gehören insbesondere: die gewerkschaftliche Betreuung und die rechtliche Vertretung der Mitglieder in den Mitgliedsgewerkschaften, sowie das Vorbereiten und Führen von Tarifverhandlungen sowie von Maßnahmen zur Durchsetzung und Einhaltung von tariflichen Lohn- und Arbeitsbedingungen.

§ 7 Abschluss von Tarifverträgen

(1) Tarifvertragsschließende Partei in der Zeitarbeit ist die Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP). Durch ihren Beitritt zur CGZP erkennen die Mitgliedsgewerkschaften die Satzung der CGZP an.

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.“

- 7 Die CGZP hat nach den beim Tarifregister des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (*BMAS*) eingereichten Vereinbarungen seit dem 12. Dezember 2002, dem Tag nach ihrer Gründung, eine Vielzahl von Firmen- und Verbandstarifverträgen abgeschlossen.
- 8 Zum Zeitpunkt der Satzungsänderung am 8. Oktober 2009 waren die zu 8. beteiligte Christliche Gewerkschaft Metall (*CGM*), die zu 10. beteiligte DHV - Die Berufsgewerkschaft e.V. (*DHV*) sowie die zu 11. beteiligte Gewerkschaft Öffentlicher Dienst und Dienstleistungen (*GÖD*) Mitglieder der CGZP. Die von den Vorinstanzen zu 9. beteiligte Christliche Gewerkschaft Postservice und Telekommunikation (*CGPT*) hat mit Wirkung zum 30. Juni 2009 ihren Austritt aus der CGZP erklärt.
- 9 § 1 Abs. 3 und § 3 Abs. 1 der am 21. Oktober 2007 in Kraft getretenen Satzung der CGM lauten:

„§ 1 Name, Sitz und Organisationsbereich

...

3. Die Christliche Gewerkschaft Metall ist eine unabhängige Gewerkschaft gegenüber politischen Parteien, Kirchen, Regierungen und Unternehmen. Der Organisationsbereich erstreckt sich auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland und umfasst die Bereiche der metallerzeugenden und -verarbeitenden Industrie, des Metallhandwerks, der Elektroindustrie und der sonstigen Metallbetriebe.

§ 3 Beitrittsvoraussetzungen

1. Mitglied bei der Christlichen Gewerkschaft Metall kann jeder in der metallerzeugenden und -verarbeitenden Industrie, in dem Metallhandwerk, in der Elektroindustrie und in den sonstigen Metallbetrieben Beschäftigte ohne Rücksicht auf Alter, Geschlecht, Herkunft, Nationalität, politische und konfessionelle Bindung werden.“

10 In der seit dem 12. Juni 2009 geltenden Satzung der DHV ist bestimmt:

„§ 2 Aufgaben und Ziele

1. Die DHV ist eine Gewerkschaft der Arbeitnehmer insbesondere in kaufmännischen und verwaltenden Berufen. Sie ist damit zuständig zum Abschluss von Tarifverträgen für diese Arbeitnehmergruppen. Andere Arbeitnehmergruppen können in Tarifverträge einbezogen werden, wenn sie in einer Branche oder in Unternehmen beschäftigt sind, die durch kaufmännische und verwaltende Tätigkeiten geprägt sind. Hierzu gehören der Groß-, Außen- und Einzelhandel und die Warenlogistik, die Finanz- und Versicherungswirtschaft, die gesetzliche Sozialversicherung sowie diesen Branchen zuzuordnende Dienstleistungsbetriebe. In Tarifverträge können auch andere Arbeitnehmergruppen einbezogen werden, soweit sie in Unternehmen oder Branchen beschäftigt werden, in denen die DHV Tarifpartner ist oder in denen die DHV über eine hinreichende Repräsentativität verfügt. Diese sind im Anhang zur Satzung abschließend aufgeführt. Der Anhang ist Bestandteil der Satzung. Die Tarifzuständigkeit erstreckt sich auch auf Arbeitnehmer, die in einer in Ziff. 1. Abs. 2 oder im Anhang aufgeführten Branchen bzw. Unternehmen im Sinne des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes überlassen werden.“

11 Im Anhang zu § 2 DHV-Satzung sind im Einzelnen bezeichnete Branchen und Unternehmen aufgeführt.

12 § 2 und § 5 der Satzung der GÖD idF vom 20./21. April 2005 lauteten:

„§ 2 Organisationsbereich

Der räumliche Organisationsbereich erstreckt sich auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland.

§ 5 Mitgliedschaft

Mitglieder der GÖD können werden:

1) Arbeitnehmer/innen, Angestellte und Beamte/Beamtinnen, die im Dienst des Bundes, der Länder, der kommunalen Verwaltungen und Betriebe oder sonstigen Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts stehen, sowie Richter/Richterinnen, Soldaten/Soldatinnen der Bundeswehr, Zivilbedienstete der Stationierungstreitkräfte, Versorgungsempfänger, Rentner/innen und Auszubildende, sowie Arbeitnehmer/innen von privatrechtlich organisierten Dienstleistungsbetrieben und Organisationen, die auch die Grundsätze und die Satzung der GÖD anerkennen und bereit sind, ihre Ziele zu fördern und keiner konkurrierenden Gewerkschaft angehören.

2) Die GÖD kann sich durch Beschluss des Bundesvorstandes für andere Tarifbereiche zuständig erklären.“

- 13 Nach einer am 1. Oktober 2009 beschlossenen Satzungsänderung heißt es in § 2, § 5 und § 21 Abs. 1 der GÖD-Satzung:

„§ 2 Organisationsbereich/Zuständigkeitsbereich

1) Der räumliche Organisationsbereich erstreckt sich auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland. Der sachliche Zuständigkeitsbereich erstreckt sich auf den Bereich des öffentlichen Dienstes, insbesondere ... Er erstreckt sich auch auf den gesamten privatwirtschaftlichen Dienstleistungsbereich. Um den Bestimmtheitsgrundsätzen zu genügen, kann dieser Satzung eine Anlage beigelegt werden, die einzelne Branchen aufführt.

2) Die GÖD kann sich durch Beschluss des Bundesvorstandes für andere Tarifbereiche zuständig erklären.

§ 5 Mitgliedschaft

Mitglieder der GÖD können werden:

Arbeitnehmer und Beamte, die im Dienst des Bundes, der Länder, der kommunalen Verwaltungen und Betriebe oder sonstigen Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts stehen, sowie Richter, Soldaten der Bundeswehr, Zivilbedienstete der Stationierungstreitkräfte, Versorgungsempfänger, Rentner und

Auszubildende und Arbeitnehmer von privatrechtlich organisierten Dienstleistungsbetrieben und Organisationen. ...

§ 21 Kooperationen/Fusionen

1) Der Bundesvorstand kann durch Beschluss mit einfacher Mehrheit andere, nicht konkurrierende Gewerkschaften, Berufsverbände oder Arbeitnehmervereinigungen in die GÖD aufnehmen oder andere Formen der Kooperation mit diesen eingehen.“

- 14 Die in § 2 Abs. 1 GÖD-Satzung in Aussicht gestellte Anlage ist der Satzung der GÖD bisher nicht beigefügt worden.
- 15 In der Anhörung vor dem Arbeitsgericht haben sich die CGM, die DHV und die GÖD zu ihren Mitgliederzahlen am Jahresende 2008 erklärt. Danach soll die CGM 90.000 Mitglieder, die DHV 78.000 Mitglieder und die GÖD 57.000 Mitglieder haben. Nach Angaben der CGZP in der Beschwerdebegründung waren am 31. Dezember 2008 in ihren Mitgliedsgewerkschaften 1.383 Leiharbeiter organisiert (*CGM: 900 Mitglieder; DHV: 312 Mitglieder; GÖD: 171 Mitglieder*). Im Jahr 2008 wurden nach Angaben der Bundesagentur für Arbeit durchschnittlich 760.604 Leiharbeiter beschäftigt.
- 16 Die Vorinstanzen haben aufgrund der Angaben in der Antragsschrift den Deutschen Gewerkschaftsbund (*DGB*) als Beteiligten zu 4., die Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (*BDA*) als Beteiligte zu 6. sowie das BMAS als Beteiligten zu 7. angehört. Daneben sind auf Anregung der CGZP der zu 12. beteiligte Arbeitgeberverband Mittelständischer Personaldienstleister e. V. (*AMP*) sowie die zu 13. beteiligte Bundesvereinigung Deutscher Dienstleistungsunternehmen e. V. (*BVD*) in das Verfahren einbezogen worden.
- 17 Bei Eingang der Antragsschrift im vorliegenden Verfahren war bereits seit dem 15. April 2008 ein später an das Arbeitsgericht Berlin verwiesenes Beschlussverfahren zur Feststellung der Tariffähigkeit der CGZP anhängig (- 63 BV 9415/08 -). Dieses Verfahren wurde aufgrund eines Aussetzungsbeschlusses des Arbeitsgerichts Bamberg vom 16. April 2008 in dem Verfahren - 2 Ca 249/08 -, der in der Folgezeit durch die Beschlüsse vom 21. November 2008 und vom 6. Februar 2009 ergänzt wurde, eingeleitet. Streitgegenstand jenes Verfahrens sind Vergütungsansprüche aus einem Leiharbeitsverhältnis für die Zeit vom 17. Oktober 2006 bis zum 31. Januar 2008. Für diese ist nach Auffassung des Arbeitsgerichts Bamberg die Tariffähigkeit der CGZP bei Abschluss des „Entgelttarifvertrags West“ am 22. Juli 2003 vorgreiflich. Nach der Aussetzung des Ver-

fahrens - 2 Ca 249/08 - leitete der dortige Kläger das Verfahren - 63 BV 9415/08 - ein. Sein angekündigter Antrag richtete sich auf die Feststellung, dass die CGZP nicht tariffähig ist.

- 18 Die Antragsteller haben die Tariffähigkeit der CGZP sowohl nach § 2 Abs. 1 TVG als auch als Spitzenorganisation nach § 2 Abs. 3 TVG in Abrede gestellt. Der CGZP fehle die für eine Gewerkschaft erforderliche soziale Mächtigkeit. Die von ihr bisher abgeschlossenen Tarifverträge indizierten diese nicht, da es sich um Gefälligkeitstarifverträge handele, mit denen von der Öffnungsklausel in § 9 Nr. 2 AÜG Gebrauch gemacht werde. Mit diesen Vereinbarungen werde im Interesse der Arbeitgeber der gesetzliche Mindestschutz der Leiharbeitnehmer einseitig zu deren Lasten verschlechtert. Der CGZP fehle die Tariffähigkeit auch dann, wenn es sich bei ihr um eine Spitzenorganisation nach § 2 Abs. 3 TVG handele, für deren Tariffähigkeit die ihrer Mitglieder ausreiche. Diese bestehe nur im Bereich der satzungsmäßigen Zuständigkeit, für die Arbeitnehmerüberlassung sei aber keines der Mitglieder der CGZP zuständig.
- 19 Ver.di, das Land Berlin sowie in den Vorinstanzen der DGB haben beantragt festzustellen, dass die Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen nicht tariffähig ist.
- 20 Die CGZP, der CGB, die CGM, die DHV, die GÖD, der AMP sowie die BVD haben beantragt, die Anträge zurückzuweisen.
- 21 Die BDA und das BMAS haben von einer Antragstellung abgesehen.
- 22 Die CGZP, der AMP und die BVD haben die Anträge für unzulässig gehalten. Es liege eine doppelte Rechtshängigkeit vor, die zur Unzulässigkeit einer Sachentscheidung führe. Den Antragstellern fehle die Antragsbefugnis. Ver.di sei für den Bereich der Arbeitnehmerüberlassung nicht zuständig. Diese werde von den im Anhang 1 ver.di-Satzung bezeichneten Bereichen nicht erfasst. Die von ver.di behauptete Satzungsänderung durch den Gewerkschaftsrat im Jahr 2009 sei nicht wirksam erfolgt. Das Land Berlin sei nicht antragsbefugt, da sich die Tätigkeit der CGZP auf das gesamte Bundesgebiet erstrecke und eine unmittelbare Betroffenheit des Landes in einer geschützten Rechtsstellung nicht ersichtlich sei. Das Verfahren werde von den Antragstellern rechtsmissbräuchlich betrieben. Ver.di gehe es um die Ausschaltung eines missliebigen Konkurrenten, während das Land Berlin das Verfahren aus parteipolitischen Gründen betreibe. Der Antrag sei auch unbegründet. Bei der CGZP handele es sich um eine nach § 2 Abs. 3 TVG tariffähige Spitzenorganisation, zu deren satzungsgemäßen Aufgaben der Abschluss von Tarifverträgen gehöre. Für ihre Tariffähigkeit genüge es,

dass zwei ihrer Mitglieder tariffähig sind. Die Tariffähigkeit des CGM und der DHV sei gerichtlich festgestellt worden. Unabhängig davon erfülle die CGZP selbst die Voraussetzungen für die Tariffähigkeit. Sie sei tarifwillig, verfüge mit dem Zugriff auf die hauptamtlichen Mitglieder der Mitgliedsgewerkschaften über eine leistungsfähige Organisation und besitze die erforderliche Durchsetzungskraft, durch die sie vom sozialen Gegenspieler wahrgenommen werde. Dies werde durch die Vielzahl der von ihr abgeschlossenen Tarifverträge belegt. Auf die Tarifzuständigkeit ihrer Mitgliedsgewerkschaften für die Arbeitnehmerüberlassung komme es nicht an. Selbst wenn diesen die Tarifzuständigkeit im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung fehle, hätte dies nicht die Tariffunfähigkeit ihrer Spitzenorganisation zur Folge.

- 23 Das Arbeitsgericht hat die Anträge des DGB und von ver.di zurückgewiesen und dem Antrag des Landes Berlin entsprochen. Gegen diesen Beschluss haben ver.di, die CGZP, der DGB, der AMP sowie die BVD Beschwerde eingelegt. Das Landesarbeitsgericht hat der Beschwerde von ver.di stattgegeben und die Beschwerden der CGZP, des DGB, des AMP sowie der BVD zurückgewiesen. Hiergegen richten sich die Rechtsbeschwerden der CGZP, des AMP sowie der BVD, mit denen diese weiterhin ihren Abweisungsantrag verfolgen. Das Land Berlin hat in der Anhörung vor dem Senat seinen Antrag um einen im Schriftsatz vom 9. November 2010 angekündigten Hilfsantrag ergänzt, wonach die Tariffunfähigkeit der CGZP in zeitlicher Abhängigkeit von der Satzungsänderung am 8. Oktober 2009 festgestellt werden soll. Die CGZP, der AMP sowie die BVD haben beantragt, auch diesen Antrag abzuweisen.
- 24 Die nach dem Geschäftsverteilungsplan ursprünglich für die Anhörung vor dem Senat herangezogene ehrenamtliche Richterin S hat fernmündlich am 30. November 2010 ihre Verhinderung angezeigt und die dafür maßgeblichen Gründe in einer E-Mail vom 1. Dezember 2010 näher ausgeführt. Zu Beginn der Anhörung hat der AMP erklärt, nach seiner Auffassung sei der Senat nicht ordnungsgemäß besetzt, da bei Frau S ein Verhinderungsgrund nicht vorgelegen habe.
- 25 B. Die Rechtsbeschwerden der CGZP, des AMP und der BVD sind unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat den Anträgen von ver.di und dem Hauptantrag des Landes Berlin im Ergebnis zu Recht entsprochen. Sein Hilfsantrag fällt dem Senat nicht zur Entscheidung an.
- 26 I. Der Senat war entgegen der vom AMP erhobenen Rüge ordnungsgemäß besetzt. Die Heranziehung des ehrenamtlichen Richters K

zum Sitzungstermin am 14. Dezember 2010 entsprach dem in der Verfügung der Senatsvorsitzenden vom 9. Dezember 2009 und dem in C. 4 des Geschäftsverteilungsplans des Bundesarbeitsgerichts für das Geschäftsjahr 2010 vorgesehenen Verfahren. Die zunächst herangezogene ehrenamtliche Richterin S war an der Wahrnehmung ihres Richteramts gehindert. An ihre Stelle ist der ehrenamtliche Richter K getreten.

- 27 1. Nach § 43 Abs. 3 ArbGG iVm. § 31 Abs. 1 ArbGG sollen die ehrenamtlichen Richter zu den Sitzungen nach der Reihenfolge einer Liste herangezogen werden, die der Senatsvorsitzende nach näherer Maßgabe des § 31 Abs. 1 ArbGG aufstellt. Für die Heranziehung von Vertretern bei unvorhergesehener Verhinderung kann eine Hilfsliste von ehrenamtlichen Richtern aufgestellt werden, die am Gerichtssitz oder in der Nähe wohnen oder ihren Dienstsitz haben (§ 31 Abs. 2 ArbGG).
- 28 2. Erklärt sich ein zu einem Terminstag herangezogener ehrenamtlicher Richter unter Angabe eines Grundes für verhindert, so muss das Gericht das Vorliegen des angeführten Hinderungsgrundes nicht näher nachprüfen. Vielmehr darf es bei den auf gewissenhafte Amtsführung vereidigten ehrenamtlichen Richtern (§ 45 DRiG) grundsätzlich davon ausgehen und sich ohne weitere Ermittlungen darauf verlassen, dass sie sich ihrer richterlichen Pflicht nicht ohne triftigen Grund entziehen, sondern nach pflichtgemäßer Abwägung zu dem Ergebnis gelangt sind, verhindert zu sein (BFH 22. Dezember 2004 - II B 166/03 - zu II 1 b aa der Gründe, BFH/NV 2005, 705; BVerwG 28. Februar 1984 - 9 C 136/82 - Buchholz 310 § 30 VwGO Nr. 18). Nur wenn Anhaltspunkte für eine pflichtwidrige Entscheidung des ehrenamtlichen Richters vorliegen, kann Veranlassung bestehen, den angegebenen Hinderungsgrund nachzuprüfen und ggf. auf einer Teilnahme des ehrenamtlichen Richters an der Sitzung zu bestehen (BVerwG 30. August 1983 - 9 C 281/82 - Buchholz 310 § 30 VwGO Nr. 17).
- 29 3. Solche Anhaltspunkte sind im vorliegenden Fall weder vom AMP vorgetragen noch sonst ersichtlich. Die von der ehrenamtlichen Richterin S zunächst fernmündlich und anschließend in ihrer an das Bundesarbeitsgericht gerichteten E-Mail vom 1. Dezember 2010 angeführte Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied einer Aktiengesellschaft stellt einen Grund für eine unvorhergesehene Verhinderung iSd. § 31 Abs. 2 ArbGG dar. Die Teilnahme an einer Aufsichtsratsratssitzung und die Erledigung der hierfür erforderlichen Vorbereitungsarbeiten haben zu einer Pflichtenkollision mit der Ausübung des Richteramts geführt, über deren Auflösung die ehrenamtliche Richterin nach pflichtgemäßer Abwägung selbst zu befinden hatte.

Für den Senat hat kein Anlass bestanden, den von ihr angeführten Hinderungsgrund nachzuprüfen oder auf ihrer Teilnahme an der Sitzung vom 14. Dezember 2010 zu bestehen. Da sich die auf der Liste des erkennenden Senats an nächstbereiter Stelle befindlichen ehrenamtlichen Richter B und H nach einem bei der Akte befindlichen Vermerk für verhindert erklärt haben, ist zunächst der ehrenamtliche Richter Dr. K herangezogen worden. Nachdem dieser aufgrund seiner vom Senat durch Beschluss vom 14. Dezember 2010 als begründet erachteten Selbstablehnung aus dem Verfahren ausgeschieden war, ist der ihm auf der Liste nachfolgende ehrenamtliche Richter K für dieses Verfahren herangezogen worden.

- 30 II. Die Rechtsbeschwerden der CGZP, des AMP und der BVD sind zulässig. Die Rechtsbeschwerdeführer sind durch die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts beschwert. Dies gilt nicht nur für die CGZP, sondern auch für die beiden anderen Beteiligten, deren Beschwerden vom Landesarbeitsgericht zurückgewiesen worden sind.
- 31 III. Der von ver.di als alleiniger und vom Land Berlin im Rechtsbeschwerdeverfahren als Hauptantrag gestellte Feststellungsantrag ist zulässig.
- 32 1. Die Antragsteller verfolgen ihr Begehren im Wege subjektiver Antragshäufung. Dies unterliegt keinen Bedenken. Zwar sind die §§ 59 ff. ZPO in § 80 Abs. 2 ArbGG nicht in Bezug genommen. Gleichwohl ist eine notwendige Streitgenossenschaft auch im Beschlussverfahren zulässig, wenn - wie vorliegend - über einen identischen Antrag nur eine einheitliche Sachentscheidung ergehen kann (*BAG 13. März 2007 - 1 ABR 24/06 - Rn. 19 mwN, BAGE 121, 362*). Die einzelnen Prozessvoraussetzungen sind jedoch für sämtliche Antragsteller getrennt zu prüfen.
- 33 2. Der Antrag von ver.di und der Hauptantrag des Landes Berlin sind auf die Gegenwart gerichtet und nicht vergangenheitsbezogen. Beiden Antragstellern geht es ersichtlich um die gegenwärtige Feststellung, dass die CGZP nicht tariffähig ist. Dies folgt aus der ausdrücklich auf die Gegenwart bezogenen Antragsformulierung („tariffähig ist“) und der dazu gegebenen Begründung. Der Wortlaut ihrer Feststellungsanträge ist in den Vorinstanzen unverändert geblieben, während die Antragsteller ihren Vortrag im Verfahrensverlauf an der jeweils geltenden Satzung der CGZP ausgerichtet haben. Dies war zunächst die Satzung vom 5. Dezember 2005 und nach deren Änderung ihre seit dem 8. Oktober 2009 geltende Fassung. Auch das Landesarbeitsgericht hat die Anträge als auf eine gegenwärtige Feststellung gerichtet verstanden.

- 34 3. Den gegenwartsbezogenen Anträgen steht das Verfahrenshindernis der anderweitigen Rechtshängigkeit (§ 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO) nicht entgegen.
- 35 a) Nach dem auch im Beschlussverfahren anwendbaren § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO bewirkt die Rechtshängigkeit einer Streitsache, dass sie von keinem Beteiligten anderweitig anhängig gemacht werden kann. Die doppelte Rechtshängigkeit begründet ein Verfahrenshindernis, das in jeder Lage des Verfahrens, auch noch in der Rechtsbeschwerdeinstanz, von Amts wegen zu beachten ist und zur Unzulässigkeit des Antrags führt. Sie liegt vor, wenn die Beteiligten und die Streitgegenstände beider Verfahren identisch sind.
- 36 b) Die frühere Rechtshängigkeit des vor dem Arbeitsgericht Berlin geführten Beschlussverfahrens - 63 BV 9415/08 - führt nicht zur Unzulässigkeit der gegenwartsbezogenen Feststellungsanträge. Die Streitgegenstände des vorliegenden und des Verfahrens - 63 BV 9415/08 - sind trotz der übereinstimmenden Antragsformulierung nicht identisch. Es kann daher offenbleiben, ob wegen der über die Verfahrensbeteiligten hinausgehenden Rechtskraftwirkung einer Entscheidung im Verfahren nach § 97 Abs. 1 ArbGG das Verfahrenshindernis nach § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO auch bei fehlender Identität der Beteiligten bestanden hätte.
- 37 aa) Der Streitgegenstand richtet sich nicht nur nach dem zur Entscheidung gestellten Antrag (*Klageziel*), sondern auch nach dem zugehörigen Lebenssachverhalt (*Klagegrund*), aus dem die begehrte Rechtsfolge hergeleitet wird. Nach der prozessrechtlichen Auffassung vom zweigliedrigen Streitgegenstand, der nach der Senatsrechtsprechung auch für das Beschlussverfahren zu folgen ist (19. Januar 2010 - 1 ABR 55/08 - Rn. 15, EZA BetrVG 2001 § 23 Nr. 4), wird der Streitgegenstand nicht allein durch das Antragsziel bestimmt. Die Einheitlichkeit des Klageziels genügt deshalb nicht, um einen einheitlichen Streitgegenstand anzunehmen. Vielmehr muss auch der Klagegrund identisch sein. Hieran fehlt es vorliegend.
- 38 bb) Streitgegenstand des Verfahrens - 63 BV 9415/08 - ist die Tariffähigkeit der CGZP bei Abschluss des „Entgelttarifvertrags West“ mit der Tarifgemeinschaft für Zeitarbeitsunternehmen in der BVD am 22. Juli 2003. Dies folgt aus dem vom dortigen Antragsteller zur Begründung seines Antrags angeführten Lebenssachverhalt. Dieser begehrt die Feststellung der fehlenden Tariffähigkeit der CGZP nur soweit dies zur Durchsetzung seines vor dem Arbeitsgericht Bamberg im Verfahren - 2 Ca 249/08 - erhobenen prozessualen Anspruchs erforderlich ist. Der Antragsteller hat zunächst im Urteilsverfahren auf den Equal-Pay-Grundsatz gestützte Vergütungs-

ansprüche für die Zeit seines Leiharbeitsverhältnisses geltend gemacht. Das Arbeitsgericht Bamberg hat sich an einer Sachentscheidung gehindert gesehen, da nach seiner Auffassung der zur Entscheidung gestellte Anspruch von der Tariffähigkeit der CGZP am 22. Juli 2003 abhängt. Aus diesem Grund hat es jenes Verfahren ausgesetzt und dem dortigen Kläger die Möglichkeit eröffnet, als Antragsteller nach § 97 Abs. 5 Satz 2 ArbGG ein Beschlussverfahren über die Tariffähigkeit der CGZP einzuleiten. Der Aussetzungsbeschluss vom 16. April 2008 lässt allerdings den Zeitraum, für den das Arbeitsgericht die Tariffähigkeit der CGZP als entscheidungserheblich ansieht, nicht eindeutig erkennen. Aus der vom Arbeitsgericht ergänzten Begründung seines Aussetzungsbeschlusses, die bei der Auslegung der Beschlussformel zu berücksichtigen ist (*BAG 29. Juni 2004 - 1 ABR 14/03 - zu BI 2 a der Gründe, BAGE 111, 164*), wird jedoch deutlich, dass dieses die Tariffähigkeit der CGZP für das Verfahren - 2 Ca 249/08 - nur bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses des dortigen Klägers als entscheidungserheblich ansieht. Der Streitgegenstand des Verfahrens - 63 BV 9415/08 - ist daher auf eine vergangenheitsbezogene Feststellung über die Tariffähigkeit der CGZP beschränkt. Ein darüber hinausgehendes Begehren wäre zudem von der dem Kläger des Ausgangsverfahrens durch den Aussetzungsbeschluss eröffneten Antragsbefugnis nicht erfasst. Diese beschränkt sich auf die Vorfrage, wegen derer das Gericht sein Verfahren ausgesetzt hat (*BAG 29. Juni 2004 - 1 ABR 14/03 - aaO*).

- 39 4. Ver.di und das Land Berlin sind nach § 97 Abs. 1 ArbGG antragsberechtigt.
- 40 a) Antragsberechtigt in einem Verfahren über die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmerkoalition sind nach § 97 Abs. 1 ArbGG neben anderen eine räumlich und sachlich zuständige Vereinigung von Arbeitnehmern und die oberste Arbeitsbehörde eines Landes, auf dessen Gebiet sich die Tätigkeit der Vereinigung erstreckt.
- 41 b) Ver.di verfügt über die notwendige Antragsbefugnis.
- 42 aa) Die Antragsbefugnis einer konkurrierenden Arbeitnehmervereinigung in einem Verfahren nach § 97 Abs. 1 ArbGG setzt kein weitergehendes eigenes Recht der Gewerkschaft voraus. Aus § 97 Abs. 1 ArbGG folgt die prozessuale Befugnis einer räumlich und sachlich zuständigen Vereinigung von Arbeitnehmern, die Tariffähigkeit einer anderen, ganz oder teilweise denselben Zuständigkeitsbereich beanspruchenden Arbeitnehmervereinigung gerichtlich klären zu lassen (*BAG 28. März 2006 - 1 ABR 58/04 - Rn. 27, BAGE 117, 308*). Entgegen der Auffassung der CGZP ist es aus-

reichend, wenn sich der räumliche und sachliche Zuständigkeitsbereich der antragstellenden Gewerkschaft zumindest teilweise mit den Zuständigkeitsbereichen der Vereinigung deckt, deren Tariffähigkeit bestritten wird (*BAG 6. Juni 2000 - 1 ABR 10/99 - zu B I 2 der Gründe, BAGE 95, 36*). Soweit eine antragstellende Koalition die Tariffähigkeit einer anderen Vereinigung bestreitet, muss sie selbst tariffähig sein (*BAG 28. März 2006 - 1 ABR 58/04 - Rn. 28 mwN, aaO*). Die Tariffähigkeit von ver.di wird von keinem der Beteiligten in Abrede gestellt.

- 43 bb) Die erforderliche Konkurrenz gegenüber der von der CGZP beanspruchten Tarifzuständigkeit für den Bereich der Arbeitnehmerüberlassung (§ 1 Abs. 1 CGZP-Satzung 2009) liegt vor. Ver.di ist nach ihrem gleichermaßen arbeitgeber- und betriebsbezogen gefassten Organisationsbereich (§ 4 Nr. 1 ver.di-Satzung) auch für Arbeitgeber tarifzuständig, die gewerbsmäßig Arbeitnehmer als Leiharbeitnehmer einsetzen.
- 44 Der in Nr. 1.3 Anhang 1 ver.di-Satzung angeführte Begriff der Servicebetriebe von Zeitungsverlagen erfasst Arbeitgeber, die der gleichen Unternehmensgruppe wie der Zeitungsverlag angehören und an diesen aufgrund einer gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis Leiharbeitnehmer verleihen, damit diese im Betrieb des Zeitungsverlags tätig werden. Nach Nr. 1.4 Anhang 1 ver.di-Satzung organisiert ver.di Beschäftigte, die in einem öffentlich-rechtlich verfassten Krankenhaus als Leiharbeitnehmer eingesetzt werden, wenn diese von einem privatrechtlich verfassten Unternehmen, dessen Gesellschaftsanteile unmittelbar oder mittelbar von der öffentlichen Hand gehalten werden, eingestellt werden. Solche Sachverhalte waren auch bereits Gegenstand von Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (*zu Zeitungsverlagen: 21. Juli 2009 - 1 ABR 35/08 - Rn. 2, AP AÜG § 3 Nr. 4 = EzA BetrVG 2001 § 99 Einstellung Nr. 12; zum Gesundheitswesen: 16. Juli 2008 - 7 ABR 13/07 - Rn. 4 bis 6, BAGE 127, 126; 21. Mai 2008 - 8 AZR 481/07 - Rn. 2 bis 9, AP BGB § 613a Nr. 354 = EzA BGB 2002 § 613a BGB Nr. 96*). Ebenso ist ver.di nach Nr. 1.4 Anhang 1 ver.di-Satzung tarifzuständig für Leiharbeitnehmer aus einem konzernangehörigen Unternehmen eines Flughafenbetreibers, die dieser im Flughafenbetrieb einsetzt (*zur Auslegung eines von ver.di für Leiharbeitnehmer des Fraport-Konzerns abgeschlossenen Tarifvertrags: 17. Oktober 2007 - 4 AZR 812/06 - Rn. 4 f., AP BAT § 53 Nr. 9*).
- 45 cc) Auf die noch in der Rechtsbeschwerdeinstanz zwischen den Beteiligten umstrittene Frage, ob ver.di nach Nr. 1.2.4.3 Anhang 1 ver.di-Satzung oder jedenfalls aufgrund der Anfügung der Sätze 2

und 3 an Nr. 1.2.4 Anhang 1 ver.di-Satzung umfassend für den Bereich der gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung tarifzuständig ist, kommt es danach nicht an.

- 46 c) Auch das Land Berlin ist antragsbefugt.
- 47 aa) § 97 Abs. 1 ArbGG dient der Sicherung der durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Tarifautonomie (*BAG 28. Januar 2008 - 3 AZB 30/07 - Rn. 18, AP ArbGG 1979 § 97 Nr. 17 = EzA ArbGG 1979 § 97 Nr. 9*). Da der Gesetzgeber bisher weitgehend von der Normierung der Voraussetzungen für die Tariffähigkeit abgesehen hat, kann jede Arbeitnehmervereinigung ohne vorherige Zulassung am Tarifgeschehen teilnehmen und für ihre Mitglieder Vereinbarungen abschließen, die für sich die Geltung als Tarifvertrag beanspruchen. Das objektivierte Verfahren nach § 97 Abs. 1 ArbGG stellt das im Interesse einer funktionierenden Tarifautonomie dazu notwendige Korrektiv dar. Die gerichtliche Entscheidung soll klären, ob die Vereinigung die rechtlichen Voraussetzungen für den Abschluss von Tarifverträgen erfüllt.
- 48 bb) Die Antragsbefugnis zur Einleitung eines solchen Verfahrens hat der Gesetzgeber vorrangig den in § 97 Abs. 1 ArbGG genannten Vereinigungen und Stellen übertragen, sofern deren Interessen von der Tätigkeit der Vereinigung berührt werden. Hiervon geht das Gesetz bei der obersten Arbeitsbehörde des Bundes stets und bei den obersten Arbeitsbehörden der Länder dann aus, wenn die Tätigkeit der Koalition, deren Tariffähigkeit oder Tarifzuständigkeit umstritten ist, sich auf das räumliche Gebiet des jeweiligen Bundeslandes erstreckt. Eine darüber hinausgehende Betroffenheit muss nicht vorliegen. Es steht mit dem Normzweck der § 2a Abs. 1 Nr. 4, § 97 Abs. 1 ArbGG in Einklang, wenn neben der obersten Arbeitsbehörde des Bundes auch die nach Landesrecht zuständigen obersten Arbeitsbehörden zugunsten der auf ihrem Landesgebiet tätigen Arbeitnehmer und Arbeitgeber eine gerichtliche Entscheidung über die Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit einer Vereinigung herbeiführen können, die für ihre Mitglieder die normative Regelung von Arbeitsbedingungen beansprucht.
- 49 cc) Die Antragsbefugnis der obersten Arbeitsbehörde eines Landes steht nicht unter dem Vorbehalt, dass sich die Tätigkeit der Vereinigung auf das Gebiet der antragstellenden Arbeitsbehörde eines Bundeslandes beschränkt (*BAG 15. März 1977 - 1 ABR 16/75 - zu II 1 der Gründe, BAGE 29, 72; ebenso GK-ArbGG/Dörner Stand November 2010 § 97 Rn. 33; GMP Matthes/Schlewing ArbGG 7. Aufl. § 97 Rn. 18; Schwab/Weth/Walker ArbGG 3. Aufl. § 97 Rn. 12; offengelassen HWK/Bepler 4. Aufl. § 97 ArbGG Rn. 7*). Eine

ausschließliche, die Zuständigkeit der obersten Arbeitsbehörden der Länder verdrängende Antragsbefugnis sieht § 97 Abs. 1 ArbGG - anders als die Zuständigkeitsverteilung im Bereich der Heimarbeit (§ 3 HAG) - gerade nicht vor. Neben dem Wortlaut spricht auch der Zweck eines Verfahrens zur Feststellung der Tariffähigkeit einer Vereinigung für eine vorbehaltlose Antragsbefugnis der obersten Arbeitsbehörde eines Bundeslandes. Ein solches Verfahren ist darauf gerichtet, mit allgemeiner Wirkung von Amts wegen zu ermitteln, ob eine Vereinigung in der Lage ist, mit den Mitteln des staatlichen Tarifrechts die Arbeitsbedingungen ihrer Mitglieder zu regeln. Angesichts der ordnungspolitischen Funktion dieses Verfahrens, das der Stärkung der Tarifautonomie dient, ist kein Grund dafür ersichtlich, die Antragsbefugnis bei einer länderübergreifenden Tätigkeit der Vereinigung ausschließlich dem Bund zuzuweisen und den gleichermaßen betroffenen Ländern vorzuenthalten. Hinzu kommt, dass auch in diesem Fall für die obersten Arbeitsbehörden der jeweils betroffenen Bundesländer keine rechtlich abgesicherte Möglichkeit besteht, das BMAS zur Einleitung eines Verfahrens nach § 97 Abs. 1 ArbGG anzuhalten und auf dessen Verfahrensführung einzuwirken.

- 50 dd) Entgegen der Auffassung der CGZP ist § 97 Abs. 1 ArbGG in Bezug auf die Antragsbefugnis der obersten Arbeitsbehörden der Länder auch nicht wegen der Freiheitsrechte der betroffenen Arbeitnehmerkoalition teleologisch zu reduzieren. Die Vorschrift schafft weder ein gerichtliches Konzessionierungsverfahren für Tarifvertragsparteien noch wird die Freiheit der Koalitionsbildung nach Art. 9 Abs. 3 GG berührt. Die Tariffähigkeit einer Vereinigung wird im Verfahren nach § 97 Abs. 1 ArbGG nicht begründet, sondern nur festgestellt.
- 51 ee) Für die der obersten Arbeitsbehörde eines Landes durch § 97 Abs. 1 ArbGG ausdrücklich verliehene Antragsbefugnis bedarf es keiner weiteren Voraussetzungen.
- 52 5. Ver.di und das Land Berlin haben an der begehrten gegenwartsbezogenen Feststellung das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche rechtliche Interesse.
- 53 a) Das Gesetz räumt den nach § 97 Abs. 1 ArbGG Antragsberechtigten die Möglichkeit ein, ein Verfahren nach § 2a Abs. 1 Nr. 4 ArbGG zur Entscheidung über die Tariffähigkeit einer Vereinigung einzuleiten. Für einen solchen Antrag besteht ein Feststellungsinteresse, wenn diese Eigenschaft von dem Antragsteller oder sonst im Arbeitsleben in Zweifel gezogen wird. Eine Vereinigung von Arbeitnehmern oder Arbeitgebern hat daher stets zu

gewärtigen, dass ihre Tariffähigkeit Gegenstand eines Verfahrens nach § 97 Abs. 1 ArbGG sein kann, wenn sie für sich in Anspruch nimmt, durch den Abschluss von Tarifverträgen zur Ordnung des Arbeitslebens beizutragen. Andererseits eröffnet das Verfahren nach § 2a Abs. 1 Nr. 4 ArbGG einer Vereinigung, deren Tariffähigkeit oder Tarifzuständigkeit umstritten ist, selbst die Möglichkeit, eine der Rechtskraft zugängliche Klärung herbeizuführen. In einem solchen Verfahren kann auch die (*positive*) Feststellung beantragt werden, dass eine bestimmte Vereinigung tariffähig oder tarifzuständig ist. Diese Grundsätze gelten nicht nur für Vereinigungen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern, sondern gleichermaßen für einen Zusammenschluss von Gewerkschaften.

- 54 b) Die Konkurrenzsituation zwischen der CGZP sowie ihren Mitgliedern und ver.di führt danach nicht dazu, dass deren Antrag als rechtsmissbräuchlich anzusehen ist. Derart widerstrebende Interessen sind allen Verfahren nach § 97 Abs. 1 ArbGG immanent, in denen über die Tariffähigkeit einer Vereinigung auf Arbeitnehmerseite gestritten wird (*BAG 5. Oktober 2010 - 1 ABR 88/09 - Rn. 25; 28. März 2006 - 1 ABR 58/04 - Rn. 32, BAGE 117, 308*). Ebenso unterliegt es in Bezug auf das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Interesse keinen rechtlichen Bedenken, wenn sich das Land Berlin zur Feststellung der Tariffähigkeit der CGZP des hierfür vom Gesetzgeber vorgesehenen Verfahrens nach § 97 Abs. 1 ArbGG bedient. Anhaltspunkte dafür, dass es den Antragstellern nicht um eine Feststellung zur Tariffähigkeit geht, sondern darum, die CGZP oder ihre Mitglieder in einer mit Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG nicht zu vereinbarenden Weise in ihrer koalitionsmäßigen Betätigungsfreiheit zu behindern, sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Die in der Antragschrift verwandte Diktion („Schmutzkonkurrenz“) lässt nicht erkennen, dass die Antragsteller mit diesem Verfahren nicht nur eine Feststellung über die Tariffähigkeit der CGZP anstreben, sondern deren Betätigungsfreiheit oder die ihrer Mitglieder beschränken wollen.
- 55 6. Über die von den Vorinstanzen angehörten Beteiligten hinaus sind am Verfahren keine weiteren Personen, Vereinigungen oder Stellen beteiligt.
- 56 a) Die Beteiligung an einem Verfahren zur Entscheidung über die Tariffähigkeit einer Vereinigung von Arbeitnehmern ist - wie auch sonst in Beschlussverfahren - noch im Rechtsbeschwerdeverfahren von Amts wegen zu prüfen. Personen und Stellen, die bis dahin zu Unrecht nicht gehört wurden, sind auch ohne Rüge zum Verfahren hinzuzuziehen. Dagegen ist im Rechtsbeschwerdeverfahren grundsätzlich nicht von Amts wegen zu prüfen, ob sämtliche in den Vor-

instanzen beteiligten Personen, Vereinigungen und Stellen zu Recht angehört wurden (*BAG 14. Dezember 2004 - 1 ABR 51/03 - zu B I 1 der Gründe, BAGE 113, 82*).

- 57 b) In dem Verfahren um die Tariffähigkeit einer Vereinigung ist der Antragsteller notwendiger Beteiligter. Dies ist nicht nur die Vereinigung oder Stelle, die den verfahrenseinleitenden Antrag gestellt hat, sondern auch die antragsbefugte Vereinigung oder oberste Arbeitsbehörde, sofern sie im Verfahren einen eigenen Sachantrag gestellt hat. Dieser kann neben den des ursprünglichen Antragstellers oder den der Arbeitnehmervereinigung treten, deren Tariffähigkeit vom Antragsteller oder einer Mehrheit von Antragstellern bestritten wird (*BAG 25. November 1986 - 1 ABR 22/85 - zu B I 4 der Gründe, BAGE 53, 347*). Daher kann auch der Antrag, der auf die Abweisung eines oder mehrerer Anträge gerichtet ist, die Beteiligtenstellung einer der in § 97 Abs. 1 ArbGG genannten Vereinigungen und obersten Arbeitsbehörden begründen.
- 58 c) Die weiteren Beteiligten ergeben sich aus § 83 Abs. 3 ArbGG, der gemäß § 97 Abs. 2 ArbGG aber nur entsprechende Anwendung findet. Maßgeblich ist die unmittelbare Betroffenheit in der Rechtsstellung als Arbeitnehmer- oder Arbeitgebervereinigung. Daher ist stets die Vereinigung beteiligt, über deren Tariffähigkeit gestritten wird, selbst wenn diese keinen eigenen Antrag gestellt hat. Beteiligt sind ferner die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite, soweit die Entscheidung sie berühren kann. Dabei ist grundsätzlich die Beteiligung der jeweiligen Spitzenverbände ausreichend (*BAG 28. März 2006 - 1 ABR 58/04 - Rn. 19, BAGE 117, 308*).
- 59 d) Hingegen sind einzelne Arbeitgeber, die Vereinbarungen mit einer Arbeitnehmervereinigung abgeschlossen haben, deren Tariffähigkeit umstritten ist, nicht im Verfahren nach § 97 Abs. 1 ArbGG anzuhören. Dessen Zweck bringt es mit sich, dass die Interessen dieser Arbeitgeber durch die Beteiligung der Spitzenverbände auf Arbeitgeberseite als ausreichend gewahrt gelten, selbst wenn die Arbeitgeber keinem Arbeitgeberverband angehören und es insoweit an einer mitgliedschaftlichen Legitimation des Spitzenverbands fehlt. Dies ist auch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten schon deshalb unbedenklich, weil sie dort, wo sie in ihrer Rechtsstellung als Tarifvertragspartei betroffen sind, die Rechtswirksamkeit der von ihnen abgeschlossenen Vereinbarung als Tarifvertrag iSd. § 1 Abs. 1 TVG im Rahmen einer Verbandsklage (§ 9 TVG) feststellen lassen können. Im Rahmen eines solchen Rechtsstreits muss das Arbeitsgericht das Verfahren nach § 97 Abs. 5 ArbGG aussetzen, wenn entweder die Tariffähigkeit der abschließenden Arbeitnehmervereinigung streitig ist oder wenn gegen diese Bedenken bestehen,

wobei im Arbeitsleben geäußerte Vorbehalte zu berücksichtigen und vom Arbeitsgericht aufzugreifen sind (*BAG 28. Januar 2008 - 3 AZB 30/07 - Rn. 17, AP ArbGG 1979 § 97 Nr. 17 = EzA ArbGG 1979 § 97 Nr. 9*). Unter diesen Voraussetzungen hat das Arbeitsgericht auch ein Verfahren nach § 9 TVG auszusetzen, um dessen Parteien die Einleitung eines Beschlussverfahrens nach § 97 Abs. 1 ArbGG über die Tariffähigkeit der Arbeitnehmervereinigung oder des Spitzenverbands zu ermöglichen. In dieses Beschlussverfahren sind die Arbeitgeber, die mit der in ihrer Tariffähigkeit umstrittenen Vereinigung einen „Firmentarifvertrag“ abgeschlossen haben, entweder als Antragsteller oder als Beteiligte einbezogen (§ 97 Abs. 5 Satz 2 ArbGG). Mit der Interessenwahrnehmung durch den auf Arbeitgeberseite am Verfahren nach § 97 Abs. 1 ArbGG stets beteiligten Spitzenverband sowie die aufgezeigte Rechtsschutzmöglichkeit über das Verbandsklageverfahren erhalten auch die betroffenen Arbeitgeber eine Rechtsschutzmöglichkeit, die den sich aus dem Rechtsstaatsprinzip (*Art. 20 Abs. 3 GG*) ergebenden Anforderungen an die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes genügt.

- 60 Die Beschränkung der nach § 97 Abs. 2 ArbGG iVm. § 83 Abs. 3 ArbGG anzuhörenden Stellen ist auch aus Gründen der Verfahrensökonomie geboten. Ein Verfahren über die Tariffähigkeit einer Vereinigung von Arbeitnehmern kann sein Ziel nur erreichen, wenn seine Durchführung nicht durch eine Vielzahl von anzuhörenden Personen oder Stellen gefährdet wird. Dies wäre aber der Fall, wenn auch einzelne Arbeitgeber in ein solches Verfahren einzubeziehen wären. Der Abschluss und die Beendigung von Firmentarifverträgen würden zu einem unüberschaubaren und ständigen Wechsel der anzuhörenden Personen und Stellen führen, was einem zügigen und rechtsstaatlichen Grundsätzen genügenden Verfahrensabschluss entgegenstünde.
- 61 e) Hiernach ist nicht ersichtlich, dass im vorliegenden Verfahren die Anhörung einer Vereinigung oder Stelle unterblieben wäre, die durch die zu treffende Entscheidung in ihrer Rechtsstellung als Arbeitnehmer- oder Arbeitgebervereinigung unmittelbar betroffen ist. Neben den Antragstellern sowie den Spitzenorganisationen der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite haben die Vorinstanzen die CGZP und die nach § 97 Abs. 1 ArbGG antragsbefugten Arbeitgeberverbände angehört, die einen eigenen Sachantrag gestellt haben.
- 62 f) Die Verfahrensrüge des AMP, mit der dieser die unterbliebene Anhörung einzelner Arbeitgeber beanstandet, ist jedenfalls unbegründet. Die Arbeitgeber, mit denen die CGZP Firmentarifverträge abgeschlossen hat, sind nicht nach § 97 Abs. 2 ArbGG am Ver-

fahren beteiligt. Es ist auch weder ersichtlich noch von den Beteiligten geltend gemacht, dass die Anhörung einer Person oder Stelle unterblieben ist, die in Bezug auf die gegenwartsbezogenen Anträge nach § 97 Abs. 5 Satz 2 ArbGG am Verfahren beteiligt ist. Dahinstehen kann, ob auch die Mitglieder der CGZP im Verfahren anzuhören waren. Insoweit hat keiner der Beteiligten eine Verfahrensrüge erhoben.

- 63 IV. Die gegenwartsbezogenen Feststellungsanträge sind begründet. Die CGZP ist weder nach § 2 Abs. 1 TVG als Gewerkschaft noch nach § 2 Abs. 3 TVG als Spitzenorganisation tariffähig.
- 64 1. Der Begriff der Tariffähigkeit ist gesetzlich nicht definiert. § 2 Abs. 1 bis 3 TVG bestimmt zwar, wer Partei eines Tarifvertrags sein kann, enthält aber selbst keine nähere Definition der Tariffähigkeit. Dies beruht auf einer bewussten Entscheidung des Gesetzgebers, der hiervon zur besseren Lesbarkeit des Gesetzestextes und größeren Verständlichkeit für den Laien abgesehen hat (*Herschel ZfA 1973, 183, 189*). Die Tariffähigkeit wird in § 2a Abs. 1 Nr. 4, § 97 Abs. 1, Abs. 5 Satz 1 ArbGG deshalb als Eigenschaft vorausgesetzt. Es handelt sich um die rechtliche Fähigkeit, durch Vereinbarung mit dem sozialen Gegenspieler Arbeitsbedingungen tarifvertraglich mit der Wirkung zu regeln, dass sie für die tarifgebundenen Personen unmittelbar und unabdingbar wie Rechtsnormen gelten (*BVerfG 19. Oktober 1966 - 1 BvL 24/65 - zu CI 1 der Gründe, BVerfGE 20, 312; BAG 28. März 2006 - 1 ABR 58/04 - Rn. 35, BAGE 117, 308*). Die Tariffähigkeit ist Voraussetzung für den Abschluss von Tarifverträgen iSd. § 1 Abs. 1 TVG. Die in § 2 TVG enthaltene Aufzählung der möglichen Tarifvertragsparteien ist abschließend. Auf Arbeitnehmerseite kann Partei eines Tarifvertrags nur eine Gewerkschaft (§ 2 Abs. 1 TVG) oder ein Zusammenschluss von Gewerkschaften (§ 2 Abs. 2 und 3 TVG) sein.
- 65 2. Nach der Rechtsprechung des Senats muss eine Arbeitnehmervereinigung bestimmte Mindestvoraussetzungen erfüllen, um als Gewerkschaft nach § 2 Abs. 1 TVG tariffähig zu sein.
- 66 a) Die an die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung zu stellenden Anforderungen sind gesetzlich nicht bestimmt. Die Regelung in A III 2 des Staatsvertrags über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik vom 18. Mai 1990 und dem Gemeinsamen Protokoll über Leitsätze, die nahezu wortgleich den von der Rechtsprechung entwickelten Anforderungen entspricht, stellt ebenfalls keine gesetzliche Normierung der an die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmerver-

einigung zu stellenden Voraussetzungen dar. Sie hat zwar durch das Zustimmungsgesetz des Deutschen Bundestags vom 25. Juni 1990 (*BGBL. II S. 518*) Aufnahme in den Willen des Gesetzgebers gefunden. Materielles Gesetz ist sie dadurch aber nicht geworden (*BAG 6. Juni 2000 - 1 ABR 21/99 - zu B II 4 c der Gründe, BAGE 95, 47*). Es ist daher Aufgabe der Gerichte für Arbeitssachen, im Rahmen der an sie herangetragenen Streitigkeit den unbestimmten Rechtsbegriff durch Auslegung im Lichte des Art. 9 Abs. 3 GG auszufüllen (*vgl. BVerfG 20. Oktober 1981 - 1 BvR 404/78 - zu B I 2 der Gründe, BVerfGE 58, 233*) und dabei die im Zustimmungsgesetz vom 25. Juni 1990 zum Ausdruck genommene Willensbekundung der Gesetzgebungsorgane der Bundesrepublik Deutschland zu beachten (*BAG 28. März 2006 - 1 ABR 58/04 - Rn. 36, BAGE 117, 308*).

- 67 b) Eine Arbeitnehmervereinigung ist nach der Senatsrechtsprechung tariffähig, wenn sie sich als satzungsgemäße Aufgabe die Wahrnehmung der Interessen ihrer Mitglieder in deren Eigenschaft als Arbeitnehmer gesetzt hat und willens ist, Tarifverträge abzuschließen. Sie muss frei gebildet, gegnerfrei, unabhängig und auf überbetrieblicher Grundlage organisiert sein und das geltende Tarifrecht als verbindlich anerkennen. Weiterhin ist Voraussetzung, dass die Arbeitnehmervereinigung ihre Aufgabe als Tarifpartnerin sinnvoll erfüllen kann. Dazu gehören die durch ihre Mitglieder vermittelte Durchsetzungskraft gegenüber dem sozialen Gegenspieler und eine leistungsfähige Organisation (*BAG 5. Oktober 2010 - 1 ABR 88/09 - Rn. 30; 28. März 2006 - 1 ABR 58/04 - Rn. 34, BAGE 117, 308*). Eine Gewerkschaft iSd. § 2 Abs. 1 TVG liegt schon dann nicht vor, wenn die Satzung der Vereinigung die Mitgliedschaft von Arbeitnehmern nicht vorsieht.
- 68 3. Auch der Begriff der Spitzenorganisation iSd. § 2 Abs. 2 und 3 TVG ist gesetzlich nicht näher geregelt. Die an eine Spitzenorganisation zu stellenden Anforderungen erschließen sich jedoch durch Auslegung dieser Bestimmung.
- 69 a) Zusammenschlüsse von Gewerkschaften und von Vereinigungen von Arbeitgebern können nach § 2 Abs. 2 TVG Parteien eines Tarifvertrags sein, wenn sie im Namen der ihnen angeschlossenen Verbände Tarifverträge abschließen und eine entsprechende Vollmacht haben. Solche Verbindungen von Gewerkschaften werden vom Gesetz nach dem in § 2 Abs. 2 TVG enthaltenen Klammerzusatz als Spitzenorganisationen bezeichnet. Wird eine Spitzenorganisation nach § 2 Abs. 2 TVG bevollmächtigt, handelt sie als Stellvertreter für den von ihr vertretenen Verband oder für die von ihr vertretene Mehrheit von Verbänden. Nicht die Spitzenorganisation, sondern

die von ihr vertretene Tarifvertragspartei iSd. § 2 Abs. 1 TVG wird Partei des von der Spitzenorganisation abgeschlossenen Tarifvertrags.

- 70 b) Eine Spitzenorganisation kann auch selbst Partei eines Tarifvertrags sein, wenn der Abschluss von Tarifverträgen zu ihren satzungsgemäßen Aufgaben gehört (§ 2 Abs. 3 TVG). Die Abschlussbefugnis muss nicht ausdrücklich in der Satzung der Spitzenorganisation aufgeführt werden; es genügt, wenn sich diese Aufgabe durch Auslegung der Satzung ermitteln lässt (vgl. BAG 22. März 2000 - 4 ABR 79/98 - zu II 1 b aa der Gründe, BAGE 94, 126). Die einzelnen Arbeitnehmer und Arbeitgeber als Mitglieder der in der Spitzenorganisation zusammengefassten Verbände sind dann an die von ihr im eigenen Namen abgeschlossenen Tarifverträge gebunden (BAG 6. Mai 2003 - 1 AZR 241/02 - zu B I 1 der Gründe, BAGE 106, 124).
- 71 c) Eine Spitzenorganisation verfügt weder nach § 2 Abs. 2 TVG noch nach § 2 Abs. 3 TVG über eine originäre Tariffähigkeit (aa wohl Ricken *Autonomie und tarifliche Rechtsetzung* S. 305). Diese Vorschriften bestimmen lediglich, unter welchen zusätzlichen zu den in § 2 Abs. 1 TVG genannten Voraussetzungen ein solcher Verband Partei eines Tarifvertrags sein kann. Ihre Tariffähigkeit leitet eine Spitzenorganisation ausschließlich von ihren Mitgliedern ab. Dies folgt für die in Vollmacht handelnde Spitzenorganisation aus § 2 Abs. 2 TVG. Nichts anderes gilt bei einem Zusammenschluss von Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern nach § 2 Abs. 3 TVG. Die Spitzenorganisation kann zwar selbst Partei eines Tarifvertrags sein, sie wird dabei aber ausschließlich für ihre Mitgliedsverbände tätig. Diese können der Spitzenorganisation deren Tariffähigkeit daher nur im Rahmen ihrer eigenen Tariffähigkeit vermitteln (Wiedemann/Oetker TVG 7. Aufl. § 2 Rn. 437; Franzen BB 2009, 1472, 1474; Jacobs ZfA 2010, 27, 41).
- 72 d) Die sich zu einer Spitzenorganisation nach § 2 Abs. 2 und 3 TVG zusammenschließenden Arbeitnehmerkoalitionen müssen selbst tariffähig sein. Dies setzt die Tariffähigkeit von sämtlichen das Tarifgeschehen der Spitzenorganisation bestimmenden Gewerkschaften voraus.
- 73 aa) Dies folgt zunächst aus dem Wortlaut des § 2 TVG und der Gesetzessystematik. Nach § 2 Abs. 2 TVG ist eine Spitzenorganisation ua. der Zusammenschluss von Gewerkschaften. Dabei folgt das TVG einem einheitlichen Gewerkschaftsbegriff. Nach § 2 Abs. 1 TVG sind auf Arbeitnehmerseite nur Gewerkschaften zum Abschluss von Tarifverträgen berechtigt. Dies setzt ihre Tariffähigkeit

voraus. Dieses Verständnis liegt ersichtlich auch § 2 Abs. 2 TVG zugrunde, denn nur eine tariffähige Arbeitnehmerkoalition kann die Spitzenorganisation zum Abschluss eines Tarifvertrags bevollmächtigen. Für Zusammenschlüsse von Gewerkschaften nach § 2 Abs. 3 TVG gilt nichts anderes.

- 74 bb) Hierfür spricht auch der Normzweck. Die §§ 2 bis 4 TVG sollen einen rechtlichen Rahmen schaffen, auf dessen Grundlage sich die Normsetzung der Tarifvertragsparteien vollzieht. Dazu definiert das Gesetz in § 2 TVG zunächst die Parteien, die einen Tarifvertrag nach § 1 Abs. 1 TVG schließen können. Durch § 3 TVG wird der persönliche und zeitliche Geltungsbereich festgelegt, für den die von den Tarifvertragsparteien geschlossenen Rechtsnormen ihre Wirkung entfalten. Anschließend gestaltet § 4 TVG den Umfang der Normenwirkung für die erfassten Arbeitsverhältnisse der tarifgebundenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber aus. Da eine Spitzenorganisation über keine originäre Tariffähigkeit verfügt, sondern diese nur von ihren Mitgliedern ableitet, kann sie nach § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG geltende Tarifnormen auch nur für diese oder für die Mitglieder der ihr angeschlossenen Vereinigungen schaffen (*Franzen BB 2009, 1472, 1475*). Dies setzt aber deren Tariffähigkeit voraus (*zu einer von Arbeitgebern gebildeten Spitzenorganisation: BAG 2. November 1960 - 1 ABR 18/59 - AP ArbGG 1953 § 97 Nr. 1*). Ansonsten könnte auch eine nach § 2 Abs. 1 TVG nicht tariffähige Arbeitnehmerkoalition entgegen der Konzeption des TVG durch einen Beitritt zu einer Spitzenorganisation die Geltung von Tarifnormen für ihre Mitglieder herbeiführen.
- 75 cc) Das Erfordernis, dass eine Spitzenorganisation von Arbeitnehmervereinigungen nur aus tariffähigen Mitgliedern gebildet werden kann, schließt nicht aus, dass ihr vereins- oder verbandsrechtlich andere Vereinigungen angehören können, ohne dass hierdurch die Eigenschaft als Spitzenorganisation iSd. § 2 Abs. 2 und 3 TVG stets in Frage gestellt wäre (*Löwisch/Rieble TVG 2. Aufl. § 2 Rn. 112; Franzen BB 2009, 1472, 1474; Wiedemann/Thüsing RdA 1995, 280, 282; dazu tendierend auch Wiedemann/Oetker § 2 Rn. 426*). Eine solche Befugnis wird ihr durch die Verbandsautonomie eröffnet. Es begegnet keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken, wenn eine von Gewerkschaften iSd. § 2 Abs. 1 TVG gebildete Spitzenorganisation in ihrer Satzung vorsieht, dass ihr auch andere, nicht tariffähige Arbeitnehmerkoalitionen angehören können, soweit diese die tarifpolitischen Entscheidungen der Spitzenorganisation nicht beeinflussen können und eine solche Einwirkungsmöglichkeit auch satzungsrechtlich wirksam ausgeschlossen ist (*für eine Vereinigung von Arbeitgebern: BAG*

22. April 2009 - 4 AZR 111/08 - Rn. 29, BAGE 130, 264; bestätigt durch BVerfG 1. Dezember 2010 - 1 BvR 2593/09 -). Danach könnte die Satzung einer solchen Spitzenorganisation zwar eine Form der Mitgliedschaft vorsehen, die nicht zu einer Tarifbindung führt. Es ist ihr aber verwehrt, die Geltung der nach § 2 Abs. 2 und 3 TVG abgeschlossenen Tarifverträge auf die Mitglieder der nicht tariffähigen Arbeitnehmerkoalition zu erstrecken.

- 76 e) Die zu einer Spitzenorganisation iSd. § 2 Abs. 2 und 3 TVG zusammengeschlossenen Gewerkschaften müssen dieser ihre Tariffähigkeit vollständig vermitteln. Dies setzt voraus, dass sich die einer Spitzenorganisation angeschlossenen Gewerkschaften in ihrem Organisationsbereich nicht nur teilweise, sondern vollständig miteinander verbinden. Dies folgt aus dem Wortlaut, der Entstehungsgeschichte und einem am Normzweck orientierten Verständnis.
- 77 aa) Der Gesetzeswortlaut erfordert keine rechtliche Verbindung, bei der die vor dem Zusammengehen selbständigen Vereinigungen ihre Eigenständigkeit aufgeben. § 2 Abs. 2 TVG geht von dem Fortbestand der zusammengeschlossenen Verbände aus, für die von der Spitzenorganisation Tarifverträge abgeschlossen werden. Allerdings verlangt die Vorschrift einen „Zusammenschluss“ und damit eine vollständige Verbindung der Gewerkschaften zu einer Spitzenorganisation. Hieran fehlt es, wenn die sich miteinander verbindenden Verbände sich nur in Teilen ihrer Organisationsbereiche zusammenschließen.
- 78 bb) Dies folgt auch aus der Entstehungsgeschichte.
- 79 Nach dem Tarifvertragsrecht der Weimarer Republik konnten Parteien eines Tarifvertrags grundsätzlich nur Vereinigungen von Arbeitnehmern, einzelne Arbeitgeber sowie Vereinigungen von Arbeitgebern sein (§ 1 Abs. 1 Satz 1 der Tarifvertragsordnung vom 23. Dezember 1918, RGBl. 1456). Spitzenorganisationen konnten keine Tarifverträge abschließen, da ihnen keine Arbeitgeber oder Arbeitnehmer unmittelbar als Mitglieder angehört haben. Nach § 1 Abs. 2 des vom Zentralamt für Arbeit in der britischen Besatzungszone vorgelegten Referentenentwurfs (*sog. Lemgoer Entwurf*) sollten Spitzenorganisationen nur tariffähig sein, wenn der Abschluss von Tarifverträgen zu ihren satzungsgemäßen Aufgaben gehört. Mit dieser Regelung sollte den Bundesinnungsverbänden der Abschluss von Tarifverträgen für die örtlichen Organisationen des Handwerks ermöglicht werden. Der Gesetzgeber hat jedoch von einer Sonderregelung für den Bereich des Handwerks abgesehen und die nunmehr in § 2 Abs. 2 bis 4 TVG enthaltene differenzierende Regelung geschaffen. Hierdurch sollte ein aus-

gewogenes Verhältnis zwischen dem Bedürfnis nach zentralen Regelungen und dem Autonomiebewusstsein der Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände hergestellt werden (*Herschel ZfA 1973, 183, 189 f.*). Dabei ging auch der Gesetzgeber des TVG offensichtlich davon aus, dass der Zusammenschluss der Vereinigungen zu einem Spitzenverband - wie im Bereich des Handwerks - insgesamt und nicht nur in Teilen ihres Organisationsbereichs erfolgt.

- 80 cc) Dieses Verständnis gibt auch der das Tarifrrecht beherrschende Grundsatz der Unteilbarkeit der Tariffähigkeit vor.
- 81 (1) Nach der Senatsrechtsprechung ist die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung iSd. § 2 Abs. 1 TVG für den von ihr beanspruchten Zuständigkeitsbereich einheitlich und unteilbar. Für die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung genügt es, dass diese über Durchsetzungskraft und organisatorische Leistungsfähigkeit in einem zumindest nicht unerheblichen Teil des beanspruchten Zuständigkeitsbereichs verfügt. Eine partielle, auf bestimmte Regionen, Berufskreise oder Branchen beschränkte Tariffähigkeit gibt es nicht (*5. Oktober 2010 - 1 ABR 88/09 - Rn. 24; 28. März 2006 - 1 ABR 58/04 - Rn. 56, BAGE 117, 308*). Der Senat hat es allerdings für die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung ausreichen lassen, wenn diese in einem zumindest nicht unbedeutenden Teil des von ihr beanspruchten Zuständigkeitsbereichs über eine ausreichende Mächtigkeit verfügt. Dies lässt regelmäßig erwarten, dass sich die Arbeitnehmerkoalition auch in den Bereichen, in denen es ihr an Durchsetzungskraft fehlt, beim Abschluss von Tarifverträgen nicht den Forderungen der Arbeitgeberseite unterwirft. Danach kann einer Arbeitnehmervereinigung einerseits die Tariffähigkeit insgesamt nicht versagt werden, wenn die Durchsetzungskraft oder die organisatorische Leistungsfähigkeit in irgendeinem Teilbereich fehlt, während sie andererseits nicht festgestellt werden kann, wenn sie nur in irgendeinem Teilbereich ihrer Tarifzuständigkeit über eine Durchsetzungskraft verfügt (*28. März 2006 - 1 ABR 58/04 - Rn. 59 f., aaO*).
- 82 (2) Die Vermittlung eines Teils der Tariffähigkeit der einer Spitzenorganisation angeschlossenen Mitgliedsgewerkschaften ist nicht ausreichend.
- 83 Durch den Grundsatz der Unteilbarkeit der Tariffähigkeit erfährt eine Arbeitnehmerkoalition zwar insoweit eine Begünstigung, als ihr die Tariffähigkeit auch für die Teile des von ihr beanspruchten Zuständigkeitsbereichs zugestanden wird, in denen es ihr an der erforderlichen Durchsetzungskraft fehlt. Andererseits führt dieses Verständnis von der Tariffähigkeit zugleich zu einer Beschränkung ihrer

Möglichkeit, sich mit anderen Gewerkschaften zu einer Spitzenorganisation zusammenzuschließen. Denn sie kann nicht uneingeschränkt über ihre Tariffähigkeit verfügen, sondern muss diese der Spitzenorganisation insgesamt vermitteln. Fehlt es hieran, kann die Spitzenorganisation ihre Tariffähigkeit nicht auf die der ihr angeschlossenen Gewerkschaften stützen. Die vollständige Vermittlung der Tariffähigkeit der Mitgliedsgewerkschaften erfordert auch die Rechtssicherheit und die darauf beruhende Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie. Schließen sich tariffähige Gewerkschaften nicht in ihrem gesamten Organisationsbereich zu einer Spitzenorganisation zusammen, könnte zweifelhaft werden, ob diese in den ihr übertragenen Organisationsbereichen die notwendige Durchsetzungsfähigkeit besitzt. Es bestünde die Gefahr, dass die einer Spitzenorganisation angeschlossenen Gewerkschaften dieser nur die Bereiche übertragen, in denen sie selbst nur über eine unzureichende Durchsetzungskraft verfügen, was zugleich deren Fähigkeit in Frage stellt, durch Tarifverträge eine angemessene Regelung der Arbeitsbedingungen für die Mitglieder der Einzelgewerkschaften herbeizuführen.

- 84 f) Ebenso sind die tarifrechtlichen Anforderungen an eine Spitzenorganisation iSd. § 2 Abs. 3 TVG nicht erfüllt, wenn deren satzungsmäßige Zuständigkeit für den Abschluss von Tarifverträgen über die Organisationsbereiche der ihr angeschlossenen Mitgliedsgewerkschaften hinausgeht.
- 85 aa) Übersteigt der Organisationsbereich des Spitzenverbands die Zuständigkeiten der ihm angeschlossenen tariffähigen Arbeitnehmervereinigungen, handelt es sich schon begrifflich nicht mehr nur um einen Zusammenschluss von Gewerkschaften. Eine solche Verbindung kann ihre Tariffähigkeit nicht mehr von den ihr angeschlossenen Gewerkschaften ableiten. Der Abschluss von Tarifverträgen für Arbeitsverhältnisse außerhalb des von ihnen selbst gewählten Organisationsbereichs beruht dann nicht mehr auf der eingegangenen Verbindung, sondern erfolgt davon losgelöst.
- 86 bb) Für eine Übereinstimmung der Zuständigkeit der Spitzenorganisation mit den Organisationsbereichen der Mitgliedsgewerkschaften spricht auch der Normzweck. Die Rechtssetzung durch Tarifnormen ist nach § 3 Abs. 1 TVG beschränkt auf die Mitglieder der tarifschließenden Parteien und den Arbeitgeber, der selbst Partei eines Tarifvertrags ist. Lediglich Rechtsnormen über betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen gelten für alle Betriebe, deren Arbeitgeber tarifgebunden ist (§ 3 Abs. 2 TVG). Der Abschluss von Tarifverträgen durch eine Spitzenorganisation iSd. § 2 Abs. 3 TVG führt daher zur Tarifbindung der Mitglieder der ihr

angeschlossenen Mitgliedsgewerkschaften, sofern diese vom tariflichen Geltungsbereich erfasst werden. Ein Tarifvertragsschluss in einem Bereich, der außerhalb der Organisationsbereiche der Mitgliedsgewerkschaften liegt, kann auf Arbeitnehmerseite keine Tarifbindung erzeugen und geht ins Leere.

- 87 4. Diese Anforderungen an die Tariffähigkeit einer Spitzenorganisation sichern die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie und sind gemessen an diesem Regelungsziel verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.
- 88 a) Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist es verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung von gewissen Mindestvoraussetzungen abhängig gemacht wird. Allerdings dürften keine Anforderungen an die Tariffähigkeit gestellt werden, die die Bildung und Betätigung einer Koalition unverhältnismäßig einschränken und so zur Aushöhlung der durch Art. 9 Abs. 3 GG gesicherten freien Koalitionsbildung und -betätigung führen (*20. Oktober 1981 - 1 BvR 404/78 - zu B I 2 der Gründe, BVerfGE 58, 233; zuletzt 31. Juli 2007 - 2 BvR 1831/06 ua. - AP LPVG NW § 22 Nr. 2 = EZA GG Art. 9 Nr. 93*). Anforderungen, die nicht zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie geeignet, erforderlich und angemessen sind, überschreiten die Grenze der Ausgestaltung. Die damit verbundene Beeinträchtigung der Koalitionsfreiheit wäre verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen (*BAG 5. Oktober 2010 - 1 ABR 88/09 - Rn. 35*).
- 89 b) Das Erfordernis, dass die in einer Spitzenorganisation iSd. § 2 Abs. 3 TVG zusammengeschlossenen Gewerkschaften dieser ihre gesamte Tariffähigkeit vermitteln müssen, schränkt weder die Bildung noch die Betätigung der zu einer Spitzenorganisation zusammengeschlossenen Arbeitnehmervereinigungen unverhältnismäßig ein.
- 90 aa) Die kollektive Koalitionsfreiheit gewährleistet die Autonomie bei der Festlegung von verbandsinternen Organisationsstrukturen (*ErfK/Dieterich 11. Aufl. Art. 9 GG Rn. 40*). Die Entscheidung einer Gewerkschaft, auf welcher Gliederungsebene sie die Voraussetzungen für die Tariffähigkeit erfüllen will, fällt daher in den durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Bereich. Dies betrifft zwar vornehmlich ihre Entscheidung darüber, ob und ggf. in welchem Umfang ihre eigenen Untergliederungen (*Bezirks-, Landes- oder Bundesebene*) Partei eines Tarifvertrags sein sollen. Der Grundrechtsschutz betrifft aber gleichermaßen ihren Entschluss, mit anderen Gewerkschaften eine Spitzenorganisation zu bilden, die für

ihre Mitglieder entweder als Bevollmächtigte (§ 2 Abs. 2 TVG) oder kraft eigenen Satzungsrechts (§ 2 Abs. 3 TVG) Tarifverträge abschließt.

- 91 bb) Es ist nicht unverhältnismäßig, die Tariffähigkeit einer Spitzenorganisation an die vollständige Übertragung der Organisationsbereiche ihrer Mitgliedsgewerkschaften zu binden. Die damit verbundene Vermittlung ihrer Tariffähigkeit ist zur Wahrung der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tarifautonomie geeignet und erforderlich und führt auch nicht zu einer unangemessenen Beschränkung der Koalitionsfreiheit der Mitgliedsgewerkschaften. Die zur Rechtssicherheit gebotene umfassende Übertragung des Organisationsbereichs auf die Spitzenorganisation schränkt die Handlungsmöglichkeiten der ihr angeschlossenen Mitgliedsgewerkschaften nicht nennenswert ein. Ihre Fähigkeit, selbst Tarifverträge für die von ihnen repräsentierten Arbeitnehmer abzuschließen, wird durch den Zusammenschluss nicht berührt, weil die Tariffähigkeit einer Spitzenorganisation neben die ihrer Mitglieder tritt. Darüber hinaus können 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 werden (BAG 8. November 2006 - 4 AZR 590/05 - Rn. 22, BAGE 120, 84; 29. Juni 2004 - 1 AZR 143/03 - zu III 4 a der Gründe mwN, AP TVG § 1 Nr. 36 = EzA TVG § 1 Nr. 46).
- 92 cc) Ebenso ist es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, das Vorliegen einer Spitzenorganisation iSd. § 2 Abs. 3 TVG von der Begrenzung ihrer Zuständigkeit auf die Organisationsbereiche ihrer Mitgliedsgewerkschaften abhängig zu machen. Es ist schon fraglich, ob insoweit überhaupt die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Betätigungsfreiheit der Mitgliedsgewerkschaften berührt wird, weil sich diese auf den von ihnen selbst gewählten Organisationsbereich beschränkt. Jedenfalls ist es nicht unverhältnismäßig, einem Verband von Gewerkschaften die Tariffähigkeit nach § 2 Abs. 3 TVG zu versagen, wenn dieser auch außerhalb des Zuständigkeitsbereichs seiner Mitglieder Tarifverträge abschließen soll. Die Tariffähigkeit einer von Gewerkschaften gebildeten Spitzenorganisation beruht auf der sozialen Mächtigkeit der von ihren Mitgliedern repräsentierten Arbeitnehmer. Dass es bei einem Tarifvertragsabschluss außerhalb der Organisationsbereiche der Mitgliedsgewerkschaften an einer solchen Durchsetzungskraft fehlt, ist offensichtlich. Solche Tarifabschlüsse können für sich nicht in Anspruch nehmen, eine durch

Druck und Gegendruck bewirkte angemessene Regelung von Arbeitsbedingungen zu schaffen. Das widerspricht der Funktion der Tarifautonomie, den von staatlicher Rechtssetzung freigelassenen Raum des Arbeitslebens durch Tarifverträge sinnvoll zu ordnen (BVerfG 6. Mai 1964 - 1 BvR 79/62 - zu B II 1 der Gründe, BVerfGE 18, 18). Die damit verbundene Gefährdung der Tarifautonomie ist auch nicht deswegen hinzunehmen, weil bestimmte Vertragsformen des Arbeitslebens - wie etwa die gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung - nicht rechtssicher und zwingend vom bisherigen Organisationsbereich der Arbeitnehmervereinigungen erfasst werden. Um auch solche Arbeitnehmer zu organisieren, bleibt einer Mitgliedsgewerkschaft die Möglichkeit der satzungsrechtlichen Erweiterung des eigenen Organisationsbereichs.

- 93 5. Die CGZP ist keine tariffähige Arbeitnehmervereinigung iSd. § 2 Abs. 1 TVG, da sie nach ihrer Satzung keine Arbeitnehmer organisiert. Nach § 3 Abs. 1 CGZP-Satzung 2009 können nur die im CGB zusammengeschlossenen Arbeitnehmerkoalitionen ihren Beitritt zur CGZP erklären.
- 94 6. Die CGZP ist auch keine tariffähige Spitzenorganisation. Die tarifrechtlichen Voraussetzungen des § 2 Abs. 3 TVG liegen nicht vor. Die Mitglieder der CGZP haben ihre Tariffähigkeit der CGZP nicht vollständig vermittelt. Zudem geht der Organisationsbereich der CGZP über den ihrer Mitglieder hinaus. Daher kann dahinstehen, ob die CGZP überhaupt von tariffähigen Arbeitnehmervereinigungen iSd. § 2 Abs. 1 TVG gebildet wird. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob die Vielzahl der von ihr mit Arbeitgebern abgeschlossenen Vereinbarungen im Bereich der gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung eine soziale Mächtigkeit der CGZP belegt.
- 95 a) Die CGM, die DHV und die GÖD haben ihre Tariffähigkeit der CGZP nicht vollständig vermittelt. Die CGZP ist nicht in dem gesamten durch die Satzungen ihrer Mitglieder bestimmten Organisationsbereich zum Abschluss von Tarifverträgen berechtigt. Ihre Tarifzuständigkeit ist nach § 1 Abs. 1 CGZP-Satzung 2009 auf Tarifverträge mit Arbeitgebern oder Arbeitgeberverbänden beschränkt, die oder deren Mitglieder als Verleiher Dritten (*Entleiher*) Arbeitnehmer (*Leiharbeiter*) zur Arbeitsleistung überlassen wollen. Dass der Organisationsbereich der CGZP auf den Bereich der Arbeitnehmerüberlassung beschränkt ist, wird von der CGZP selbst und ihren Mitgliedern nicht in Frage gestellt.
- 96 b) Die Zuständigkeit der CGZP geht zudem über die ihrer Mitglieder hinaus. Dies hat das Landesarbeitsgericht im Ergebnis zutreffend erkannt. Der Organisationsbereich der CGM, der DHV und der GÖD

erfasst weder für sich allein noch bei einer Gesamtschau sämtliche Arbeitsverhältnisse im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung iSd. § 1 Abs. 1 CGZP-Satzung 2009.

- 97 aa) Die fehlende Zuständigkeit der Mitglieder der CGZP für den gesamten Bereich der Arbeitnehmerüberlassung ist im vorliegenden Verfahren zwischen den Beteiligten unstreitig geblieben. Weder die CGZP noch ihre am Verfahren beteiligten Mitglieder haben in den Vorinstanzen geltend gemacht, dass deren Organisationsbereich entweder einzeln oder in der Summe die gesamte gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung umfasst. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Auslegung der Satzungen der CGM, der DHV und der GÖD.
- 98 bb) Das Landesarbeitsgericht hat die Satzung der CGM dahingehend ausgelegt, dass diese für Leiharbeitnehmer zuständig ist, die in den in § 1 Abs. 3, § 3 Abs. 1 CGM-Satzung angeführten Unternehmen oder Betrieben als Leiharbeitnehmer beschäftigt werden, wenn diese von einem dort genannten Metallarbeitgeber überlassen worden sind. Es kann dahinstehen, ob die CGM nach ihrer Satzung tatsächlich nur für Leiharbeitnehmer zuständig ist, wenn die Arbeitnehmerüberlassung zwischen Metallarbeitgebern erfolgt. Hierfür könnte allerdings sprechen, dass die CGM einem solchen Satzungsverständnis in der Rechtsbeschwerdeinstanz nicht entgegengetreten ist und auch nach ihrem Vortrag eine darüber hinausgehende Zuständigkeit bisher nicht beansprucht hat. Jedenfalls ist der Organisationsbereich der CGM auf Arbeitnehmer beschränkt, die mit einem in § 1 Abs. 3, § 3 Abs. 1 CGM-Satzung angeführten Unternehmen oder Betrieb ein Leiharbeitsverhältnis begründet haben.
- 99 cc) Die DHV war nach § 2 Abs. 1 ihrer Satzung vom 12. März 2007 für Arbeitnehmer „insbesondere in kaufmännischen und verwaltenden Berufen“ zuständig. Diese Bestimmung hat der Senat in seiner Entscheidung vom 10. Februar 2009 dahingehend ausgelegt, dass die DHV für Arbeitnehmer in anderen als kaufmännischen und verwaltenden Berufen nicht tarifzuständig ist (- 1 ABR 36/08 - Rn. 25, BAGE 129, 322). Danach war der Organisationsbereich der DHV im Bereich der gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung bis zu ihrer Satzungsänderung im Jahr 2009 jedenfalls auf Leiharbeitnehmer beschränkt, mit denen zugleich die Tätigkeit in kaufmännischen und verwaltenden Berufen vereinbart worden ist. Nach § 2 Abs. 1 Unterabs. 2 und 4 der am 12. Juni 2009 in das Vereinsregister eingetragenen Satzung ist die DHV nunmehr auch für Arbeitnehmer zuständig, die in eine Branche oder in Unternehmen überlassen werden, die in § 2 Abs. 1 Unterabs. 2 DHV-Satzung 2009 oder im Anhang zur Satzung aufgeführt sind. Selbst nach dieser

Satzungsänderung erstreckt sich der Organisationsbereich der DHV aber allenfalls auf Leiharbeitnehmer für die Dauer ihres Einsatzes in Betrieben des Groß-, Außen- und Einzelhandels, der Warenlogistik, der Finanz- und Versicherungswirtschaft, der gesetzlichen Sozialversicherung sowie in Dienstleistungsbetrieben, die diesen Branchen zugeordnet sind, sowie in den im Anhang 1 genannten Branchen und Unternehmen.

- 100 dd) Die GÖD ist nur für Leiharbeitsverhältnisse zuständig, die mit öffentlichen Arbeitgebern begründet werden.
- 101 (1) Die GÖD organisierte nach § 2, § 5 Abs. 1 ihrer Satzung vom 20./21. April 2005 bundesweit neben den aktiven und den ausgeschiedenen Angehörigen des öffentlichen Dienstes „Arbeitnehmer/innen von privatrechtlich organisierten Dienstleistungsbetrieben und Organisationen, die auch die Grundsätze und die Satzung der GÖD anerkennen und bereit sind, ihre Ziele zu fördern und keiner konkurrierenden Gewerkschaft angehören“.
- 102 (2) Die GÖD hat ihren Organisationsbereich bisher nicht auf den gesamten Bereich der gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung erweitert. Zwar ist die zuvor in § 5 Abs. 1 GÖD-Satzung 2005 enthaltene personenbezogene Einschränkung in der aktuellen Satzung der GÖD aus dem Jahr 2009 nicht mehr enthalten. Daneben spricht auch der Wortlaut von § 2 Abs. 1, § 5 GÖD-Satzung 2009 für eine umfassende Zuständigkeit der GÖD für den gesamten privatwirtschaftlichen Dienstleistungsbereich, zu dem auch die Arbeitnehmerüberlassung zählt. Eine entsprechende Ausdehnung ihres Organisationsbereichs setzt aber voraus, dass die Arbeitnehmerüberlassung in einer Anlage zur Satzung der GÖD gesondert aufgeführt wird. Dies folgt aus dem Regelungszusammenhang der GÖD-Satzung 2009 und dem Grundsatz der gesetzeskonformen Auslegung.
- 103 (a) Die GÖD hat ihre Zuständigkeit für den privatwirtschaftlichen Dienstleistungsbereich bisher noch nicht abschließend festgelegt. Während ihr Organisationsbereich für den Bereich des öffentlichen Dienstes nach Beschäftigtengruppen, Arbeitgebern und Einrichtungen unverändert in § 2 Abs. 1 GÖD-Satzung detailliert beschrieben wird, fehlt es für den privatwirtschaftlichen Dienstleistungsbereich noch an einer entsprechenden Ausgestaltung, die aus Sicht der GÖD den Bestimmtheiterfordernissen genügt. Eine solche Konkretisierung soll nach ihrer Satzung durch die in § 2 Abs. 1 Unterabs. 2 GÖD-Satzung 2009 in Aussicht gestellte Beifügung einer Anlage erfolgen, in der einzelne Branchen aufgeführt werden, für die von der GÖD eine Tarifzuständigkeit beansprucht

wird. Bis zur Aufnahme der gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung in eine solche Anlage hat die GÖD ihren Organisationsbereich im privatwirtschaftlichen Dienstleistungsbereich gegenüber der Satzung aus dem Jahr 2005 nicht erweitert.

- 104 (b) Eine Zuständigkeit der GÖD für den gesamten Bereich der Arbeitnehmerüberlassung würde zudem die Mitgliedschaft der GÖD in der CGZP in Frage stellen. Nach § 21 Abs. 1 ihrer Satzung aus dem Jahr 2009 kann die GÖD eine Zusammenarbeit nur mit nicht konkurrierenden Gewerkschaften, Berufsverbänden oder Arbeitnehmervereinigungen eingehen. Ein solches, nach dem Willen der Satzungsgeber der GÖD offensichtlich unerwünschtes Konkurrenzverhältnis zu anderen im CGB organisierten Gewerkschaften würde aber entstehen, wenn die GÖD ua. für den Bereich der Arbeitnehmerüberlassung umfassend zuständig wäre.
- 105 (c) Einer Auslegung der GÖD-Satzung 2009, wonach die GÖD ohne Beschränkung auf einzelne Branchen für den privatwirtschaftlichen Dienstleistungsbereich zuständig wäre, stünde überdies das Verbot der existenzgefährdenden Auslegung entgegen.
- 106 (aa) Nach der Senatsrechtsprechung ist bei der Auslegung einer Satzung einer Arbeitnehmerkoalition zu berücksichtigen, dass ein zur möglichen Bestandsgefährdung der Vereinigung führendes Satzungsverständnis dem Sinn und Zweck der Bestimmungen und dem darin objektivierten Willen des Satzungsgebers widerspricht. Bei der Auslegung von Satzungsbestimmungen zum Umfang der Tarifzuständigkeit einer Arbeitnehmerkoalition hat daher eine Sichtweise zu unterbleiben, welche zum Wegfall der Tariffähigkeit führen würde, solange eine andere Auslegung nach anerkannten Auslegungsgrundsätzen möglich ist (*10. Februar 2009 - 1 ABR 36/08 - Rn. 44, BAGE 129, 322*).
- 107 (bb) Eine umfassende Tarifzuständigkeit der GÖD für den privatwirtschaftlichen Dienstleistungsbereich hätte mit hoher Wahrscheinlichkeit deren Tarifunfähigkeit zur Folge, weil sie für diesen erweiterten Organisationsbereich angesichts der von ihr behaupteten Mitgliederzahl von nur 57.000 Mitgliedern nicht mehr über die nach § 2 Abs. 1 TVG erforderliche soziale Mächtigkeit verfügen würde. In der öffentlichen Verwaltung waren bundesweit im Jahresdurchschnitt 2009 2,823 Mio. Erwerbstätige und im übrigen Dienstleistungsbereich 14,374 Mio. Erwerbstätige beschäftigt (*Quelle: Mikrozensus des Statistischen Bundesamts für das Jahr 2009 S. 30*). Bei einer Zuständigkeit der GÖD für die privatwirtschaftlichen Dienstleistungsbetriebe wäre ihr Organisationsbereich um mehr als das Fünffache erweitert, was mit einem Absinken des

Organisationsgrads der dort beschäftigten Erwerbstätigen in der GÖD auf ca. 0,3 % verbunden wäre. Eine Ausweitung der Zuständigkeit der GÖD auf den privaten Dienstleistungsbereich würde ihre Durchsetzungskraft als sozialer Gegenspieler der Arbeitgeberseite nicht nur in einem kleinen Teilbereich, sondern umfassend in Frage stellen. Dass die GÖD im privaten Dienstleistungsbereich überhaupt über eine nennenswerte Mitgliederzahl verfügt oder auf eine hinreichend leistungsfähige Organisation zurückgreifen kann, ist angesichts ihrer historischen Ausrichtung auf den öffentlichen Dienst kaum anzunehmen.

- 108 (3) Der Organisationsbereich der GÖD ist danach gegenwärtig auf Leiharbeitsverhältnisse beschränkt, die von einem Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes begründet werden.
- 109 ee) Einer Auslegung der Satzung der CGZP, wonach sich deren Organisationsbereich nicht auf den ihrer Mitglieder beschränkt, steht auch das Verbot der existenzgefährdenden Satzungsauslegung nicht entgegen. Die CGZP-Satzung 2009 lässt die vom AMP unter Hinweis auf § 1 Abs. 1, § 7 Abs. 1 Unterabs. 2 CGZP-Satzung 2009 geforderte einschränkende Auslegung nicht zu.
- 110 Der Wortlaut von § 1 Abs. 1 CGZP-Satzung 2009 entspricht § 1 CGZP-Satzung 2005 und ist eindeutig. Der fachliche Organisationsbereich erstreckt sich danach auf den gesamten Bereich der gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung. Er wird lediglich personenbezogen für die Mitglieder der ihr angeschlossenen Arbeitnehmervereinigungen eingeschränkt. Dies entspricht den gesetzlichen Bestimmungen über die Tarifbindung (§ 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG). Die in § 7 Abs. 1 Unterabs. 2 CGZP-Satzung 2009 enthaltene Regelung ist für das systematische Verständnis unergiebig. Sie regelt nur das Verfahren für einen Tarifvertragsabschluss von Mitgliedern der CGZP, den diese im Rahmen ihrer eigenen Zuständigkeit vornehmen. Daneben beruht die jetzige Fassung von § 7 Abs. 1 Unterabs. 2 CGZP-Satzung 2009 auf den Ausführungen des Arbeitsgerichts Berlin über die „Abtretung der Tarifhoheit“ der Mitglieder der CGZP. Eine auf den fachlichen Organisationsbereich ihrer Mitglieder beschränkte Zuständigkeit hat die CGZP im vorliegenden Verfahren selbst nicht geltend gemacht. Dagegen spräche auch ihre Tarifpraxis. Die CGZP hat bis zur Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg Firmen- und Verbandstarifverträge außerhalb des Organisationsbereichs ihrer Mitglieder abgeschlossen und schließt diese nach wie vor ab.

-
- 111 c) Nachdem den Anträgen bereits aus anderen Gründen entsprochen wird, kann dahinstehen, ob die CGZP überhaupt von tariffähigen Arbeitnehmerkoalitionen iSd. § 2 Abs. 1 TVG gebildet wird.
- 112 d) Da es schon an den tarifrechtlichen Voraussetzungen einer Spitzenorganisation fehlt und eine Spitzenorganisation iSd. § 2 Abs. 3 TVG Tariffähigkeit nur durch ihre Mitglieder erlangen kann, kommt es nicht darauf an, ob die CGZP ihre soziale Mächtigkeit durch die Anzahl der von ihr mit Arbeitgebern und Arbeitgeberverbänden abgeschlossenen Vereinbarungen im Bereich der gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung unter Beweis stellen konnte. Es war deshalb auch nicht zu klären, ob Tarifverträge, deren Gegenstand allein darauf gerichtet ist, unter Nutzung der Tariföffnungsklausel in § 9 Nr. 2 AÜG von dem gesetzlichen Gleichstellungsgebot (§ 3 Abs. 1 Nr. 3, § 10 Abs. 4 AÜG) abzuweichen, die soziale Mächtigkeit einer neu gegründeten Arbeitnehmervereinigung belegen können.
- 113 V. Der vom Land Berlin im Schriftsatz vom 9. November 2010 angekündigte Antrag ist dem Senat nicht zur Entscheidung angefallen. Er ist nach seinem Wortlaut nur für den Fall des Unterliegens mit dem Hauptantrag gestellt worden. Diese interprozessuale Bedingung ist nicht eingetreten. Es kann daher dahinstehen, ob das Land Berlin gehalten war, die im Hilfsantrag liegende Antragserweiterung durch eine Anschlussrechtsbeschwerde in das Verfahren einzuführen.

Anhang 2.
Beschluss des ArbG Berlin 30.05.2011 – 29 BV 13947/10

Beschluss

In dem Beschlussverfahren unter 29 BV 13947/10

hat das Arbeitsgericht Berlin, 29. Kammer, auf die Anhörung vom 13.04.2011 und auf die Beratung

vom 30.05.2011 durch ...beschlossen:

I. Es wird festgestellt, dass die Beteiligte zu 2) zu folgenden Zeitpunkten nicht tariffähig war:

29.11.2004, 19.6.2006, 9.7.2008.

II. Es wird festgestellt, dass die Beteiligte zu 2) zu folgenden Zeitpunkten nicht tarifzuständig

war für Unternehmen der Zeitarbeitsbranche: 29.11.2004, 19.6.2006, 9.7.2008.

III. Die Anträge der Beteiligten zu 21), 24), 25) und 26) sowie der Antrag zu 1. des Beteiligten

zu 27) werden zurückgewiesen.

Gründe

I.

...

II.

Die Anträge der Beteiligten zu 21), 24), 25), 26) und der Antrag zu 1. des Beteiligten zu 27) sind als unzulässig zurückzuweisen. Die Anträge der übrigen

Antragsteller sind zulässig und begründet.

A)

1.

a) Die Anträge der Beteiligten zu 24) bis 26) waren mangels Antragsbefugnis zurückzuweisen.

Die Antragsbefugnis zur Einleitung eines Beschlussverfahrens nach § 2 a Abs.1 Nr.4 ArbGG wird zwar durch § 97 Abs.5 Satz 2 ArbGG in den Fällen, in denen ein Gericht einen Rechtsstreit gemäß § 97 Abs.5 Satz 1 ArbGG bis zur Erledigung eines Beschlussverfahrens nach § 2a Abs.1 Nr.4 ArbGG ausgesetzt hat, über den Kreis der nach § 97 Abs.1 ArbGG Antragsbefugten hinaus auf die Parteien des ausgesetzten Rechtsstreits erweitert. Die Antragsbefugnis nach § 97 Abs.5 Satz 2 ArbGG beschränkt sich jedoch auf die Vorfrage, wegen derer das Gericht sein Verfahren ausgesetzt hat. Die Parteien des ausgesetzten Verfahrens sind nicht befugt, eine andere als die von dem aussetzenden Gericht für entscheidungserheblich erachtete Frage der Tariffähigkeit oder Tarifzuständigkeit gerichtlich klären zu lassen. Die Klärung einer Frage, auf der die Aussetzung nicht beruht, könnte das nach § 97 Abs.5 Satz 1 ArbGG der Fortsetzung des ausgesetzten Verfahrens entgegenstehende Hindernis auch nicht beseitigen (BAG Beschluss vom 18. Juli 2006 - 1 ABR 36/05 - NZA 2006, 1225-1232). In den Ausgangsverfahren der Beteiligten zu 24) bis 26) lässt sich dem Aussetzungsbeschluss nicht zuverlässig entnehmen, welche Vorfrage die aussetzenden Gerichte für entscheidungserheblich gehalten haben. Das Arbeitsgericht Leipzig hat das Ausgangsverfahren des Beteiligten zu 24) "nach § 97 Abs. 5 ArbGG" und das Ausgangsverfahren des Beteiligten zu 25) "bis zur Erledigung eines Beschlussverfahrens nach § 2a Abs. 1 Nr. 4 ArbGG über die Tariffähigkeit der CGZP" ausgesetzt. Auch wenn sich den Aussetzungsbeschlüssen entnehmen lässt, dass das Arbeitsgericht Leipzig die Tariffähigkeit der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und PSA als entscheidungserheblich angesehen hat, lässt sich ihnen nicht entnehmen, welchen Zeitpunkt das Arbeitsgericht Leipzig insoweit für maßgeblich hielt. Der Zeitpunkt, zu dem es nach der allein maßgeblichen Beurteilung des aussetzenden Gerichts auf die Tariffähigkeit ankommen soll, muss zuverlässig feststellbar sein (BAG, aaO.). Nur dann lässt sich im vorliegenden Verfahren die nach Auffassung des ArbG Leipzig entscheidungserhebliche Vorfrage der Tariffähigkeit beantworten. An einer solchen Bestimmung oder Bestimmbarkeit des maßgeblichen Zeitpunktes fehlt es vorliegend, denn das Arbeitsgericht Leipzig hat nicht ausdrücklich festgehalten, welchen Zeitpunkt es insoweit für maßgeblich hielt. Dies gilt entsprechend für den Aussetzungsbeschluss des Arbeitsgerichts Bayreuth, Kammer Hof für den Ausgangsrechtsstreit des Beteiligten zu 26).

b) Der Aussetzungsbeschluss des Arbeitsgerichts Bielefeld im Ausgangsverfahren des Beteiligten zu 27) vermittelt nur die Antragsbefugnis für dessen Antrag zu 2., denn ausgesetzt wurde nur wegen der Klärung der Frage der *Tarifzuständigkeit* der CGZP für den MTV vom 29.11.2004. Daher war der Antrag zu 1. des Beteiligten zu 27) mangels Antragbefugnis zurückzuweisen.

c) Die Anträge des Beteiligten zu 21) waren als unzulässig zurückzuweisen, denn insoweit steht eine doppelte Rechtshängigkeit entgegen. Der Beteiligte zu 21) führt mit seinem Begehren nämlich gleichzeitig das Verfahren 53 BV 20238/09 weiter.

2.

Die Anträge der übrigen Antragsteller sind zulässig und begegnen keinen prozessualen Bedenken.

a) Die Aussetzungsbeschlüsse sind hinreichend bestimmt bzw. im Wege der Auslegung bestimmbar. Sie sind auch sämtlich rechtskräftig, so dass die erkennende Kammer nicht befugt war, im Nachhinein zu prüfen, ob die Gerichte der Ausgangsverfahren diese hätten aussetzen dürfen.

b) Die Kammer 29 ist auch der gesetzliche Richter im Sinne des hiesigen GVPI. Am 16.01.2009 ist der Antrag des Beteiligten zu 1) bei dem Arbeitsgericht Berlin eingegangen, wurde am 19.01.2009 mit dem Nummernstempel 065 versehen und erfasst und nach der Reihenfolge der Kammernummern der Kammer 29 zugeteilt. Dabei erfolgte die Verteilung als allgemeine Sache im Beschlussverfahren (vgl. Abschn. 111. Ziff. 3.GVPI.).

c) In dem Verfahren um die Tariffähigkeit einer Vereinigung sind die Antragsteller notwendige Beteiligte. Dies gilt hier für die Beteiligten zu 1), 14) bis 27) und 35). Dabei waren nicht etwa 16 verschiedenen Beschlussverfahren mit identischen zu klärenden Rechtsfragen und Verfahrensgegenständen zu führen. Die Antragsteller verfolgen ihr Begehren im Wege subjektiver Antragshäufung. Dies unterliegt keinen Bedenken. Zwar sind die §§ 59 ff. ZPO in § 80 Abs. 2 ArbGG nicht in Bezug genommen. Gleichwohl ist eine notwendige Streitgenossenschaft auch im Beschlussverfahren zulässig, wenn - wie vorliegend - über einen identischen Antrag nur eine einheitliche Sachentscheidung ergehen kann (*BAG 13. März 2007 - 1 ABR 24/06 - Rn. 19 mwN, BAGE 121, 362*). Deshalb waren alle Antragsteller in einem Verfahren – dem vorliegenden - zu beteiligen. Dies deshalb, weil dieses Verfahren nach Ermittlungen des Arbeitsgerichts Berlin das Verfahren mit der niedrigsten Ordnungszahl bei (teil-) identischen Verfahrensgegenständen gewesen ist. Eine Verbindung zu den Verfahren 39 BV 2633/10 (Wehner) oder 63 BV 9415/08 (Caglar) kam hingegen nicht in Betracht. Im erstgenannten Verfahren ist der Antrag gestellt worden, *festzustellen, dass die CGZP nicht tariffähig ist*. Es wird nicht ersichtlich, dass Identität mit dem vorliegend zu entscheidenden Verfahrensgegenstand besteht. Das zweitgenannte Verfahren ist bis zur Klärung der Frage ausgesetzt, ob die CGZP am 22.07.2003 tariffähig war. Es wird wiederum nicht ersichtlich, dass Identität mit dem vorliegend zu entscheidenden Verfahrensgegenstand besteht.

d) Die 61 Unternehmen der Zeitarbeitsbranche waren an dem vorliegenden Verfahren nicht zu beteiligen.

Die weiteren Beteiligten ergeben sich aus § 83 Abs. 3 ArbGG, der gemäß § 97 Abs. 2 ArbGG aber nur entsprechende Anwendung findet. Maßgeblich ist die unmittelbare Betroffenheit in der Rechtsstellung als Arbeitnehmer- oder Arbeitgebervereinigung. Daher ist stets die Vereinigung beteiligt, über deren Tariffähigkeit gestritten wird, selbst wenn diese keinen eigenen Antrag gestellt hat. Beteiligt sind ferner die Arbeitnehmer und Arbeitgeberseite, soweit die Entscheidung sie berühren kann. Dabei ist grundsätzlich die Beteiligung der jeweiligen Spitzenverbände ausreichend (*BAG 28. März 2006 -1 ABR 58/04 - Rn. 19, BAGE 117,308*).

Hingegen sind einzelne Arbeitgeber, die Vereinbarungen mit einer Arbeitnehmervereinigung abgeschlossen haben, deren Tariffähigkeit umstritten ist, nicht im Verfahren nach § 97 Abs. 5 ArbGG anzuhören. Dessen Zweck bringt es mit sich, dass die Interessen dieser Arbeitgeber durch die Beteiligung der Spitzenverbände auf Arbeitgeberseite als ausreichend gewahrt gelten, selbst wenn die Arbeitgeber keinem Arbeitgeberverband angehören und es insoweit an einer mitgliedschaftlichen Legitimation des Spitzenverbands fehlt. Dies ist auch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten schon deshalb unbedenklich, weil sie dort, wo sie in ihrer Rechtsstellung als Tarifvertragspartei betroffen sind, die Rechtswirksamkeit der von ihnen abgeschlossenen Vereinbarung als Tarifvertrag iSd. § 1 Abs. 1 TVG im Rahmen einer Verbandsklage (§ 9 TVG) feststellen lassen können. Die Beschränkung der nach § 97 Abs.2 ArbGG iVm. § 83 Abs. 3 ArbGG anzuhörenden Stellen ist auch aus Gründen der Verfahrensökonomie geboten. Ein Verfahren über die Tariffähigkeit einer Vereinigung von Arbeitnehmern kann sein Ziel nur erreichen, wenn seine Durchführung nicht durch eine Vielzahl von anzuhörenden Personen oder Stellen gefährdet wird. Dies wäre aber der Fall, wenn auch einzelne Arbeitgeber in ein solches Verfahren einzubeziehen wären. Der Abschluss und die Beendigung von Firmentarifverträgen würden zu einem unüberschaubaren und ständigen Wechsel der anzuhörenden Personen und Stellen führen, was einem zügigen und rechtsstaatlichen Grundsätzen genügenden Verfahrensabschluss entgegenstünde (vgl. BAG, Beschluss vom 14.12.2010,1 ABR 19/10, juris).

Aber auch aus einem anderen Grunde waren die 61 Unternehmen nicht zu beteiligen: Punktueller Streitgegenstand ist lediglich die Tariffähigkeit bzw. Tarifzuständigkeit der CGZP zu den Zeitpunkten des Abschlusses der genannten Tarifverträge. Nur diese Zeitpunkte sind maßgebend und nicht etwa Zeiträume, die diese drei Zeitpunkte nur einschließen. Im Falle des Abschlusses von Haustarifverträgen ist allein maßgebend der Zeitpunkt, an dem dieser Haustarifvertrag abgeschlossen worden ist und nicht ein späterer oder früherer Zeitpunkt. Die Tariffähigkeit bzw. Tarifzuständig-

keit der CGZP zu den jeweiligen Zeitpunkten ist ggf. in gesondert einzuleitenden Verfahren zu prüfen. Die Ka. 29 des Arbeitsgerichts Berlin ist nicht universalzuständig für die Prüfung der Tariffähigkeit bzw. Tarifzuständigkeit der CGZP zu allen nur denkbaren Zeiträumen und Zeitpunkten.

Der Arbeitnehmer Lucks konnte an dem vorliegenden Verfahren nicht beteiligt werden. Es ist nicht vorgetragen, dass für ihn die hier verfahrensgegenständlichen Zeitpunkte entscheidungserheblich und maßgebend sind. Eine Ermittlung durch die Kammer ins Blaue hinein war nicht geboten.

e) Der Einwand der doppelten Rechtshängigkeit greift im Übrigen nicht durch. Sämtliche Beschlussverfahren nach § 97 Abs. 5 ArbGG - mit Ausnahme des erwähnten Falles - vor den anderen Kammern des Arbeitsgerichts Berlin sind ausweislich des zutreffenden Vortrags der DGB-Rechtsschutz GmbH durch Einstellungsbeschlüsse bzw. Antragsrücknahmen beendet.

f) Das Beschlussverfahren ist entscheidungsreif. Ein Schriftsatznachlass war nicht zu gewähren. Zum einen können die Ausführungen der Beteiligten zu 7) im umfangreichen Schriftsatz vom 11.04.2011 nicht rechtlich nachteilig für die Beteiligten zu 2), 8), 4) und 34) wirken, so dass eine Erwiderung hierzu nicht erforderlich ist. Zum anderen bedarf es auch nicht mehr der Gewährung rechtlichen Gehörs zu den offenkundigen Tatsachen betreffend die Antragsrücknahmen und Einstellungen der ursprünglich eingeleiteten Beschlussverfahren nach § 97 Abs. 5 ArbGG der von der DGB-Rechtsschutz GmbH vertretenen Beteiligten. Diese Tatsachen können nämlich - da offenkundig - auch nicht mehr bestritten werden.

B)

Die zulässigen Anträge sind begründet.

1.

Das BAG hat am 14.12.2010, 1 ABR 19/10, wie folgt zur Frage der Tariffähigkeit der CGZP ausgeführt:

Im Folgenden werden die Rn. 67 – 72, 76, 80 – 84, 87, 93 – 100, 111 und 112 wörtlich zitiert. (Anm. d. Verf.)

2.

Diese Ausführungen sind auf die hier zu klärende Frage der Tariffähigkeit an den Zeitpunkten 29.11.2004, 19.06.2006 und 09.07.2008 übertragbar. Es war lediglich auf einige Besonderheiten einzugehen:

a) Ein Rückgriff auf die Satzung der CGZP vom 5.12.2005 führt zu keinem anderen Ergebnis. In ihr sind gem. § 1 die Aufgaben nicht anders als in § 1 Abs. 1 der Satzung vom 8.10.2009, die Gegenstand des bundesarbeitsgerichtlichen Beschlusses war, geregelt. Sie wurde ebenfalls von den Vertretern der CGM, DHV und GÖD sowie zudem von den Vertretern der CGPT und des VDT beschlossen. Die CGPT ist nach § 1 Abs. 2 ihrer Satzung für Unternehmen zuständig, die Dienstleistungen in den Bereichen Postservice, Logistik und Telekommunikation erbringen. Der VDT ist eine Vereinigung der technischen Angestellten. Damit geht auch diese Satzung hinsichtlich der Aufgaben- und Zuständigkeit weit über das hinaus, was die Satzungen der jeweiligen Mitglieder zulassen.

b) Die Satzung vom 11.12.2002 soll auf der Mitgliederversammlung vom 15.1.2003 angenommen worden sein. Mitglieder waren die CGM, DHV, GÖD, der VDT und der Bund der Hotel-, Restaurant- und Cafeangestellten e.v. (Union Ganymed). Die Aufgabe der Tarifgemeinschaft bestand nach Nummer 3. der Satzung darin, die tariflichen Interessen der Mitgliedsgewerkschaften zu vertreten und für deren Mitglieder Tarifverträge abzuschließen. Eine weitere Regelung über Aufgabe und Zuständigkeit enthält die Satzung nicht. Sie standen somit in Abhängigkeit zu den jeweiligen Mitgliedern, deren Ein- und Austritt für sie maßgebend wäre. Aufgabe und Zuständigkeit waren nicht in der Satzung festgelegt, sondern von dem jeweiligen Mitgliederbestand abhängig, so dass auch diese Regelung unwirksam ist. Leitet man dagegen aus dem Namen "Tarifgemeinschaft für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen" ihre Aufgabe und Zuständigkeit für den Bereich der Arbeitnehmerüberlassung ab, so gehen sie auch in diesem Fall über die ihrer Mitglieder hinaus, die die Satzung beschlossen haben (vgl. LAG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 07.12.2009, 23 TaBV 1016/09, LAGE § 2 TVG Nr. 8).

3.

a) Die erkennende Kammer hält die Ausführungen des BAG in seiner Entscheidung vom 14.12.2010 für zutreffend und teilt die Bedenken insbesondere des Beteiligten zu 7) ausdrücklich nicht. Die Entscheidungsgründe sprechen für sich.

b) Soweit die Beteiligten zu 7) und zu 8) auf Vertrauensschutz abstellen und auch die Auffassung vertreten, dass die Unwirksamkeit von Tarifverträgen nur ex-nunc wirken könne, so seien sie zunächst darauf verwiesen, dass die Kammer nicht die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit von Tarifverträgen hier prüft, sondern einzig und allein die Tariffähigkeit bzw. Tarifzuständigkeit der CGZP zu bestimmten Zeitpunkten. Ob daraus folgt, dass Tarifverträge unwirksam sind, oder ausnahmsweise aufgrund Vertrauensschutzes etwas anderes gilt, haben die Arbeitsgerichte zu prüfen, die die Ausgangsrechtsstreite der Antragsteller ausgesetzt haben und die

über die Ansprüche der Antragsteller aus dem equal-pay-Grundsatz zu entscheiden haben. Der gute Glaube an die Tariffähigkeit einer Vereinigung wird im Übrigen nicht geschützt (BAG, Urteil vom 15.11.2006, 10 AZR 665/05, NZA 2007, 448-453).

c) Soweit der Beteiligte zu 7) einwendet, die CGZP habe bei Abschluss der Tarifverträge auch in fremdem Namen und in Vertretung gehandelt, so ist auch dies hier ohne Belang. Es sei wiederholt, dass die Kammer einzig und allein die Tariffähigkeit bzw. Tarifzuständigkeit der CGZP zu bestimmten Zeitpunkten prüft und nicht die Frage, ob Tarifverträge in eigenem oder in fremdem Namen ggf. abgeschlossen worden sind.

4.

Die Beteiligte zu 2) ist auch nicht tarifzuständig. Auch dies folgt ohne weiteres aus den Gründen der Entscheidung des BAG.

Die Tarifzuständigkeit ist die Befugnis einer an sich tariffähigen Vereinigung, Tarifverträge mit einem bestimmten Geltungsbereich abzuschließen. Da die CGZP nicht tariffähig ist, ist sie denknotwendig auch nicht tarifzuständig.

5.

Aus dem nachgereichten nicht nachgelassenen Schriftsatz des Beteiligten zu 7) vom 18. Mai 2011 ergibt sich kein anderes Ergebnis. Die erwähnte Gesetzesänderung wirkt erst ab dem 30.04.2011, hat also keinen Einfluss auf die hier zu untersuchenden Zeitpunkte 29.11.2004, 19.06.2006 und 09.07.2008. Die Wiedereröffnung der Verhandlung gemäß § 156 ZPO war deshalb nicht geboten, wie die Kammer in vollständiger Besetzung entschieden hat.

...

Anhang 3.

Rundschreiben der Deutschen Rentenversicherung Bund

vom 31.03.2011

Sehr geehrte Damen und Herren,

das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat am 14.12.2010 (1 ABR 19/10) entschieden, dass die Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP) nicht tariffähig ist. Sie kann und konnte daher keine Tarifverträge abschließen. Nach unserer Überzeugung ist die CGZP bereits seit Beginn Ihrer Tätigkeit nicht tariffähig. Dies ergibt sich aus der nun vorliegenden schriftlichen Begründung des BAG-Beschlusses.

Die CGZP ist nach Auffassung des BAG deswegen keine tariffähige Spitzenorganisation, weil die Mitglieder der CGZP ihre Tariffähigkeit nicht vollständig übertragen haben. Zudem geht der Organisationsbereich der CGZP über den ihrer Mitglieder hinaus. Diese beiden Umstände lagen von Beginn der Tätigkeit der CGZP an vor und ergeben sich aus den jeweils geltenden Satzungen. Hierzu hebt das BAG ausdrücklich hervor, dass der Wortlaut des hier einschlägigen § 1 Abs. 1 der CGZP-Satzung 2009 dem des § 1 CGZP-Satzung 2005 entspricht.

Aus der Tariffunfähigkeit folgt, dass die mit der CGZP geschlossenen Tarifverträge von Anfang an unwirksam waren, wobei ein ‚guter Glaube‘ an die Tariffähigkeit der CGZP rechtlich nicht geschützt ist (BAG v. 15.11.2006 - 10 AZR 665/05-BAGE 120, 182 ff. - juris Rn. 23).

Aufgrund der Unwirksamkeit der Tarifverträge sind die daraus resultierenden equal pay-Ansprüche der betroffenen Beschäftigten (§ 10 Abs. 4 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz -AÜG-) Bemessungsgrundlage für die zu entrichtenden Sozialversicherungsbeiträge. Für am 14.12.2010 - dem Datum der Verkündung der Entscheidung - noch nicht verjährte Beiträge gilt eine Verjährungsfrist von 30 Jahren (§ 25 Abs. 1 Satz 2 SGB IV).

Nach unserer Kenntnis wenden Sie für die Leiharbeitnehmer Ihres Unternehmens Tarifverträge der CGZP an bzw. haben solche Tarifverträge angewandt.

Nach § 28e SGB IV sind Sie nunmehr verpflichtet, von sich aus auf Grundlage der equal pay-Ansprüche der von Ihnen beschäftigten Leiharbeitnehmer Beiträge nachzuzahlen, entsprechende Entgeltmeldungen nach § 28a SGB IV abzugeben und korrigierte Lohnnachweise beim Träger der Unfallversicherung einzureichen. Dies gilt für Beschäftigungszeiten seit

einschließlich Dezember 2005 und alle seit Januar 2006 fällig gewordenen Beiträge.

Zu dieser Verpflichtung ist im Übrigen Folgendes zu bemerken:

Zu den vom Arbeitgeber vollständig zu führenden Unterlagen gehört der nach § 12 Abs. 1 AÜG schriftlich abzuschließende Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Entleiher (Überlassungsvertrag). Der Entleiher hat hierin anzugeben, welche besonderen Merkmale die für den Leiharbeiter vorgesehene Tätigkeit hat und welche berufliche Qualifikation dafür erforderlich ist, sowie, aufgrund des equal pay-Prinzips, welche für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts gelten. Nach § 12 Abs. 1 Satz 3 letzter Halbsatz AÜG gilt die Verpflichtung zur Angabe der Arbeitsentgelte der vergleichbaren Stammarbeitnehmer nicht, soweit ein (wirksamer) Tarifvertrag das Arbeitsentgelt des Leiharbeitnehmers regelt. Da sich aus den schriftlichen Entscheidungsgründen des BAG ergibt, dass die Tarifverträge der CGZP von Anfang an unwirksam waren, sind die Lohnunterlagen objektiv unvollständig. Die Verpflichtung, Angaben zur Entlohnung vergleichbarer Arbeitnehmer der Entleiher einzuholen, lebt damit wieder auf. Deshalb sind die Arbeitgeber verpflichtet, Aufzeichnungen über die wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts vergleichbarer Arbeitnehmer des Entleihers nachzuholen.

Für Fälle, in denen sich die Höhe der equal pay-Ansprüche nicht oder nicht ohne unverhältnismäßigen Aufwand ermitteln lässt, sind Vereinfachungslösungen denkbar. Für Rückfragen in diesem Zusammenhang stehen wir Ihnen jederzeit zur Verfügung.

Für die Beitrags- und Meldekorrekturen räumen wir Ihnen eine Frist bis zum **31.05.2011** ein. Ab Juli 2011 werden die Rentenversicherungsträger zur Kontrolle Betriebsprüfungen durchführen.

Wenn Sie Ihren gesetzlichen Verpflichtungen, Beiträge in zutreffender Höhe zu zahlen und ordnungsgemäße Meldungen vorzunehmen, nicht nachkommen, werden ab der Verkündung der Entscheidung des BAG vom 14.12.2010 Säumniszuschläge auf die ausstehenden Gesamtsozialversicherungsbeiträge erhoben.

Anhang 4.

Rundschreiben des Spitzenverbandes der Gesetzlichen Krankenversicherung vom 25.5.2011 – RS 2011/244

Rundschreiben

Laufende Nummer RS 2011/244

Sehr geehrte Damen und Herren,

mit Rundschreiben 2011/63 vom 2. Februar 2011 und 2011/148 vom 18. März 2011 hatten wir darauf hingewiesen, dass sich aus dem Beschluss des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 14. Dezember 2010 – 1 ABR 19/10 – zur Tarifunfähigkeit der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP) rückwirkend höhere Beitragsansprüche in der Sozialversicherung ergeben. Nachstehend geben wir Ihnen hierzu weitere Erläuterungen und Hinweise grundsätzlicher Art:

1. Handlungsoptionen zur Ermittlung der Equal-Pay-Ansprüche

Für die Berechnung der nachzuzahlenden Gesamtsozialversicherungsbeiträge sind grundsätzlich die auf den Equal Pay-Ansprüchen beruhenden Arbeitsentgelte zu ermitteln. Dabei sind für jeden einzelnen Leiharbeitnehmer anhand des jeweils konkret zu errechnenden individuellen gesetzlichen Entgeltanspruchs die Beitragsdifferenzen zu ermitteln. Um die maßgeblichen Entgelte der vergleichbaren Stammbesellschaft der Entleiher konkret zu ermitteln, müssen alle Entleihzeiträume eines Beschäftigungsverhältnisses gesondert betrachtet werden. Hierfür sind entweder Mitteilungen der Entleiher über die Entlohnung vergleichbarer Stammarbeitnehmer einzuholen oder betriebliche bzw. tarifliche Vereinbarungen der Entleiher heranzuziehen.

Lassen sich die Equal Pay-Ansprüche der Leiharbeitnehmer jedoch nicht mit einem vertretbaren Aufwand nach der vorgenannten Verfahrensweise ermitteln, wird innerhalb der Sozialversicherung folgendes – auf Stichproben basierende – Berechnungsmodell zur Ermittlung eines für den jeweiligen Arbeitgeber maßgeblichen Entgeltabstands für vertretbar erachtet:

1. Bildung von individuellen arbeitgeberspezifischen Gruppen ggf. bezogen auf die Kunden (Entleiher) sowie Verteilung bzw. Einordnung aller Leiharbeitnehmer in zuvor gebildete Gruppen. Denkbar sind beispielsweise Gruppierungen nach Qualifikation der Leiharbeitnehmer bzw. Gruppierungen nach Entleiherbranchen.

2. Ermittlung der gruppenspezifischen Bruttolohnsumme auf Basis der geleisteten Gesamtstunden aller Leiharbeitnehmer je Gruppe (ggf. bezogen auf ein Kalenderjahr).

3. Bereinigung der Gruppenlohnsummen um Lohnzahlungen aufgrund von Zeiten (Stunden), in denen kein Equal Pay-Anspruch besteht. Dies sind insbesondere

- verleihsfreie Zeiten (Zeiten, in denen Leiharbeitnehmer nicht an Entleiher verliehen wurden, dazu zählen auch Krankheits-, Feiertags- und Urlaubszeiten),

- Zeiten von zuvor arbeitslosen Leiharbeitnehmern in den ersten 6 Wochen ihrer Beschäftigung, sofern der Verleiher nach § 9 Nr. 2 AÜG mindestens ein Nettoarbeitsentgelt in Höhe des zuletzt bezogenen Arbeitslosengeldes gezahlt hat (sog. Integrationsvorbehalt; Ermittlung auf Basis der halbjährlich an die BA zu meldenden statistischen Werte und prozentuale Gewichtung je Gruppe),

- Zeiten, für die vom Verleiher Mindestentgeltsätze nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) gezahlt wurden,

- Zeiten der Kurzarbeit im Verleihbetrieb,

- Zeiten der Verleihe in ein im Ausland ansässiges Unternehmen,

- Zeiten, in denen Equal Pay-Ansprüche erfüllt wurden.

4. Bildung einer repräsentativen Stichprobe je Gruppe unter Einbeziehung unterschiedlicher Entleiher und unter Anwendung eines Zufallsgenerators (1% bis 3% der Leiharbeitnehmer je Gruppe, jedoch mind. 5 Leiharbeitnehmer).

5. Ermittlung der tatsächlichen Bruttolohnansprüche vergleichbarer Arbeitnehmer der Entleiher für die in der Stichprobe definierten Leiharbeitnehmer (sofern für einzelne Leiharbeitnehmer keine vergleichbaren Arbeitsentgelte eruiert werden können, muss die Stichprobe für die betroffenen Leiharbeitnehmer ausgetauscht werden, damit diese repräsentativ bleibt und sich nicht durch Ausfaller verringert).

6. Auswertung der (vollständigen) Stichprobe und Bildung eines Durchschnittswertes je Gruppe.

7. Anwendung des Durchschnittswertes auf alle Leiharbeitnehmer der Gruppe. Anhand des so ermittelten Prozentsatzes ist das Entgelt individuell zu erhöhen; auf dieser Basis sind die Gesamtsozialversicherungsansprüche zu berechnen. Die Ermittlung der korrekten Höhe des Beitrags und daraus folgenden entsprechenden Korrekturen der Beiträge und der Meldungen nach der DEÜV sowie der Lohnnachweise

gegenüber der zuständigen Berufsgenossenschaft ist Aufgabe des Arbeitgebers.

2. Stundung von Beiträgen vor Feststellung des konkreten Beitragsanspruchs

In ihrer gemeinsamen Presseerklärung vom 18. März 2011 haben die Spitzenorganisationen der Sozialversicherung den betroffenen Leiharbeitgebern eine Frist bis zum 31. Mai 2011 gesetzt, innerhalb derer sie ihrer Verpflichtung zur Ermittlung der Equal-Pay-Ansprüche nachzukommen haben, ohne dass Säumniszuschläge erhoben werden. Für die Leiharbeitgeber kommt diesem Stichtag eine hohe insolvenzrechtliche Bedeutung zu, ungeachtet dessen, dass zu diesem Zeitpunkt die Beitragsansprüche nicht konkret festgestellt sind. Zur Abwendung einer bilanziellen Überschuldung mit Insolvenzantragspflicht ist bereits vor Feststellung des konkreten Beitragsanspruchs eine „vorgezogene oder umgekehrte Stundungsvereinbarung“ möglich. Das Nähere hierzu ist in der als Anlage 1 beiliegenden Stundungskonzeption dargestellt. Sie zeigt die Möglichkeiten der Einzugsstellen auf, betroffenen Unternehmen im Rahmen des gesetzlich Möglichen praktikable und der Situation angemessene Hilfestellungen zu geben, indem sie den Arbeitgebern auf deren Antrag hin die GSV-Beiträge bereits vor Feststellung der konkreten Beitragsansprüche zu besonderen Bedingungen stunden. Zielsetzung hierbei ist, die mit den zunehmenden Beitragsnachforderungen einhergehenden Gefahren drohender Insolvenzen auf Seiten der Leiharbeitgeber weitgehend zu vermeiden. Entsprechende Anträge sollten daher beschleunigt bearbeitet werden.

3. Erhebung von Säumniszuschlägen

Die Berechnung von Säumniszuschlägen infolge der Nacherhebung von Beiträgen aufgrund von Feststellungen im Rahmen von Betriebsprüfungen wird von der Deutschen Rentenversicherung von den Beteiligungsbemühungen der Leiharbeitgeber abhängig gemacht. Säumniszuschläge werden dann nicht erhoben, wenn sich die Ermittlung der Beitragshöhe bei den Arbeitgebern über den 31. Mai 2011 hinaus hinzieht oder eine Ermittlung ohne Zutun des Rentenversicherungsträgers nicht möglich ist und daher bis dahin noch keine Beiträge gezahlt wurden. In diesen Fällen werden die Rentenversicherungsträger im Rahmen der Betriebsprüfung Säumniszuschläge nicht erheben. Voraussetzung ist allerdings, dass sich die Verleihfirmen ernsthaft und nachvollziehbar um die Durchführung und den Abschluss entsprechender Ermittlungen bemühen.

4. Keine Schätzung der Arbeitsentgelte durch die Krankenkasse

Sofern einzelne Leiharbeitgeber gegenüber der Krankenkasse als Einzugsstelle, ggf. unter Hinweis auf § 28h Abs. 2 Satz 2 SGB IV, eine Schätzung

der Arbeitsentgelte nach Equal-Pay-Grundsätzen und mithin der darauf entfallenden Beiträge verlangen, kann dem nicht entsprochen werden. Die Arbeitgeber sollten stattdessen über die vorgenannte Handlungsoption zur Ermittlung der Equal-Pay-Ansprüche informiert und im Zweifelsfall an den für die Betriebsprüfung zuständigen Rentenversicherungsträger verwiesen werden.

Anhang 5.

Rundschreiben des Spitzenverbandes der gesetzlichen Krankenversicherung vom 12.07.2011 – RS 2011/336

Rundschreiben

Sehr geehrte Damen und Herren.

wir kommen zurück auf unser Rundschreiben 2011 /244 vom 25. Mai 2011, mit dem wir ergänzende Erläuterungen und Hinweise grundsätzlicher Art zur Realisierung von Beitragsansprüchen aufgrund der Tarifunfähigkeit der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP) gaben und dabei insbesondere auch über die Konzeption der vorgezogenen oder umgekehrten Stundung" als eine besondere Form der Stundungsvereinbarung informierten.

Vor dem Hintergrund unzureichend mit uns abgestimmter Aktivitäten respektive Informationen Dritter sowie missverständlichen Informationen auf Seiten einzelner Arbeitgeber kam es in den letzten Tagen ganz offensichtlich zunehmend zu Irritationen in der Umsetzungspraxis der Einzugsstellen. Wir nehmen diese Gemengelage zum Anlass, auf folgende Aspekte bzw. Fragestellungen näher einzugehen.

Absprachen mit der Deutschen Rentenversicherung (DRV) Braunschweig-Hannover:

Wir erhielten Kenntnis von Absprachen der Deutschen Rentenversicherung (DRV) Braunschweig-Hannover mit der VMS & Partner Steuerberatungs GmbH in Sachen XY (anonymisiert, d. Verf.) Zeitarbeitsgesellschaft GmbH Celle und weiteren Gesellschaften dieser Gruppe. Die XY wendet sich unter Bezugnahme auf die Absprache mit der DRV Braunschweig-Hannover an die Krankenkassen und übermittelt ihnen Beitragsnachweisungen für Beitragsforderungen aufgrund der Tarifunfähigkeit der CGZP. In diesen Vorgängen werden die Krankenkassen auch mit der Aussage konfrontiert, dass mit Zustimmung der DRV Braunschweig-Hannover keine direkte Zahlung erfolgt; vielmehr würde die Zahlung der Beiträge auf ein Sperrkonto vorgenommen werden. Säumniszuschläge sollen aufgrund der bestehenden Absprachen nicht fällig werden.

Der DRV Braunschweig-Hannover haben wir kurzfristig unsere erheblichen Bedenken gegen diese Verfahrensabsprachen übermittelt und zu-

gleich mitgeteilt, dass wir unseren Mitgliedskassen nicht empfehlen können, derartige Verfahren zu akzeptieren.

Ungeachtet dessen, dass der Beitragsanspruch ohnehin kraft Gesetzes entsteht, sobald die im Gesetz bestimmten Voraussetzungen vorliegen, dokumentiert nach unserer Einschätzung der Arbeitgeber XY in den uns bekannt gewordenen Vorgängen, dass der aus Anlass der Tarifunfähigkeit der CGZP resultierende - und bis dato in der Höhe noch nicht konkret festgestellte - Beitragsanspruch der einzelnen Sozialversicherungsträger nunmehr konkret festgestellt werden konnte. Damit greifen konsequenterweise die üblichen Regelungen zur Zahlung des Beitrags und – bei Nichtzahlung - zur Durchsetzung des Beitragsanspruchs. Dies schließt die Erhebung von Säumniszuschlägen sowie die Einleitung von Mahn- oder Vollstreckungsmaßnahmen auf Seiten der Einzugsstellen ein. Darüber hinaus ist festzuhalten, dass eine ggf. gegenüber dem Rentenversicherungsträger ergänzend abgegebene Bürgschaftserklärung hinsichtlich der Nachzahlungssumme keinen Zahlungsaufschub gegenüber der Einzugsstelle als eigentlichem Gläubiger der Beitragsschuld begründet.

Sollte der Beitragsanspruch allerdings noch nicht als konkret festgestellt zu betrachten sein, insbesondere weil das Verfahren zur Ermittlung der Beiträge unter Berücksichtigung der Equal-Pay-Ansprüche noch mit dem Betriebsprüfamt der Deutschen Rentenversicherung abschließend zu "vereinbaren" ist, wären die Beitragsnachweise zu stornieren.

Irritationen aufgrund vermeintlicher Aussagen der Deutschen Rentenversicherung Bund (DRV Bund)

Darüber hinaus erhielten wir von Krankenkassen die Information, dass Arbeitgeber vermehrt eine vorgezogene Stundung beantragen, ohne zugleich monatliche Ratenzahlungen in Aussicht zu stellen. Die vgl. Anträge enthalten auch keine positiven, sondern in aller Regel negative Liquiditätsprognosen für die kommenden 24 Monate. Die Anträge werden regelmäßig mit vermeintlichen Zusicherungen der DRV Bund begründet; demnach sollen Stundungsvereinbarungen auch dann getroffen werden können, wenn zum Zeitpunkt der Vereinbarung keinerlei freie Liquidität zur Verfügung steht.

Abgesehen davon, dass die DRV Bund uns gegenüber zwischenzeitlich erklärt hat, derartige Informationen nicht gegeben zu haben, verbietet es sich, eine Stundungsvereinbarung auf Grundlage der angesprochenen besonderen Stundungskonzeption auch angesichts einer fehlenden positiven Liquiditätsprognose respektive freien Liquidität zu schließen, die in der Konsequenz zu einer Stundung der Beitragsansprüche ohne entsprechende Ratenzahlungen führen würde. Wir empfehlen daher, derartigen Anträgen auf Stundung der Beiträge nicht nachzukommen.

Anhang 6.

Handlungsanleitung der Deutschen Rentenversicherung Bund vom 23.6.2011

Handlungsanleitung der Deutschen Rentenversicherung Bund zur Umsetzung des Beschlusses des Bundesarbeitsgerichts vom 14. Dezember 2010 zur Tarifunfähigkeit der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen

Präambel

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat mit Beschluss vom 14.12.2010 - 1 ABR 19/10 - entschieden, dass die Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP) nicht tariffähig ist. Die Spitzenorganisationen der Sozialversicherung sind der Ansicht, dass die CGZP von Beginn ihrer Tätigkeit an nicht tariffähig war. Diese Auffassung ist durch den nicht rechtskräftigen Beschluss des Arbeitsgerichts Berlin vom 30.05.2011 – 29 BV 13947/10 – bestätigt worden.

Die in dieser Handlungsanleitung aufgezeigten Handlungsoptionen zeigen Arbeitgebern, die von mit der CGZP abgeschlossenen Tarifverträgen Gebrauch gemacht haben, wie die Beitragsansprüche ermittelt werden, die auf dem equal pay-Anspruch beruhen. Regelfall ist dabei die konkrete Ermittlung der vergleichbaren Arbeitsentgelte und der damit verbundenen Beitragsansprüche. Daneben werden vereinfachende Verfahrensweisen dargestellt. Diese verfolgen das Ziel, für das jeweilige Unternehmen einen prozentualen Lohnabstand zwischen dem Verleiherentgelt und dem Entleiherentgelt zu ermitteln. Eine Kombination der Handlungsoptionen ist möglich. Anhand des so ermittelten Prozentsatzes ist das Entgelt der Leiharbeitnehmer individuell zu erhöhen; auf dieser Basis sind die Gesamtsozialversicherungsansprüche zu berechnen und zu bezahlen. Weiterhin sind die erforderlichen Meldekorrekturen nach der DEÜV vorzunehmen und entsprechend korrigierte Lohnnachweise bei der zuständigen Berufsgenossenschaft einzureichen.

Fälle, in denen arbeitsgerichtliche Entscheidungen zu höheren Lohnansprüchen und daraus resultierenden Beitragsansprüchen der Sozialversicherung führen, bleiben von den Handlungsoptionen unberührt.

1. Ermittlung von equal pay als Regelfall

Regelfall ist die personenbezogene Berechnungsform, bei der für jeden einzelnen Leiharbeitnehmer anhand des jeweils konkret zu errechnenden

individuellen gesetzlichen Lohnanspruchs die Beitragsdifferenzen ermittelt werden. Um die maßgeblichen Löhne der vergleichbaren Stammbegleitschaft der Entleiher konkret zu ermitteln, müssen alle Entleihzeiträume eines Beschäftigungsverhältnisses gesondert betrachtet werden. Hierfür sind entweder Mitteilungen der Entleiher über die Entlohnung vergleichbarer Stammarbeitnehmer einzuholen oder betriebliche bzw. tarifliche Vereinbarungen der Entleiher heranzuziehen.

2. Ermittlung der Arbeitsentgelte unter Berücksichtigung der Verhältnisse beim einzelnen Arbeitgeber

Lassen sich die equal pay-Ansprüche von Leiharbeitnehmern nicht mit einem vertretbaren Aufwand bei den Entleihern ermitteln, greift die arbeitgeberspezifische Ermittlungsmethode. Die Anwendung dieser Methode ist im Einzelfall zu begründen (beispielsweise mit der Anzahl der zu prüfenden Beschäftigungsverhältnisse, deren Dauer, der Anzahl betroffener Entleiher und/oder der Dauer der Überlassungszeiträume). Die Parameter, aufgrund derer diese Ermittlungsmethode gewählt wurde, sind zu dokumentieren.

Zur Ermittlung eines für den jeweiligen Arbeitgeber maßgeblichen Lohnabstands kann beispielhaft folgendes Stufenmodell angewendet werden:

2.1 Bildung von individuellen arbeitgeberspezifischen Gruppen ggf. bezogen auf die Kunden (Entleiher) sowie Verteilung bzw. Einordnung aller Leiharbeitnehmer in zuvor gebildete Gruppen. Denkbar sind beispielsweise Gruppierungen nach Qualifikation der Leiharbeitnehmer bzw. Gruppierungen nach Entleiherbranchen.

2.2 Ermittlung der gruppenspezifischen Bruttolohnsumme auf Basis der geleisteten Gesamtstunden aller Leiharbeitnehmer je Gruppe (ggf. bezogen auf ein Kalenderjahr).

2.3 Bereinigung der Gruppenlohnsummen um Lohnzahlungen aufgrund von Zeiten (Stunden), in denen kein equal pay-Anspruch besteht. Dies sind insbesondere

- verleihfreie Zeiten (Zeiten, in denen Leiharbeitnehmer nicht an Entleiher verliehen wurden, dazu zählen auch Krankheits-, Feiertags- und Urlaubszeiten),
- Zeiten von zuvor arbeitslosen Leiharbeitnehmern in den ersten 6 Wochen ihrer Beschäftigung, sofern der Verleiher nach § 9 Nr. 2 AÜG mindestens ein Nettoarbeitsentgelt in Höhe des zuletzt bezogenen Arbeitslosengeldes gezahlt hat (sog. Integrationsvorbehalt; Ermittlung auf Basis der halbjährlich an die BA zu meldenden statistischen Werte und prozentuale Gewichtung je Gruppe),

- Zeiten, für die vom Verleiher Mindestentgeltsätze nach dem AEntG gezahlt wurden,
- Zeiten der Kurzarbeit im Verleihbetrieb,
- Zeiten der Verleihe in ein im Ausland ansässigen Unternehmen,
- Zeiten, in denen equal pay-Ansprüche erfüllt wurden.

2.4 Bildung einer repräsentativen Stichprobe je Gruppe unter Einbeziehung unterschiedlicher Entleiher und unter Anwendung eines Zufallsgenerators (1%-3% der Leiharbeitnehmer je Gruppe jedoch mind. 5 Leiharbeitnehmer).

2.5 Ermittlung der tatsächlichen Bruttolohnansprüche vergleichbarer Arbeitnehmer der Entleiher für die in der Stichprobe definierten Leiharbeitnehmer (sofern für einzelne Leiharbeitnehmer keine vergleichbaren Arbeitsentgelte eruiert werden können, muss die Stichprobe für die betroffenen Leiharbeitnehmer ausgetauscht werden, damit diese repräsentativ bleibt und sich nicht durch Ausfaller verringert.).

2.6 Auswertung der (vollständigen) Stichprobe und Bildung eines Durchschnittswertes je Gruppe.

2.7 Anwendung des Durchschnittswertes auf alle Leiharbeitnehmer der Gruppe.

3. Ermittlung der Arbeitsentgelte unter Berücksichtigung einer Pauschale

Sofern eine Anwendung der unter Ziffer 2. beschriebenen Ermittlungsmethode nicht möglich ist, weil die Arbeitsentgelte von Leiharbeitnehmern auch unter Berücksichtigung der individuellen Gegebenheiten beim Arbeitgeber nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand ermittelt werden können, können die vom Verleiher tatsächlich gezahlten Arbeitsentgelte dieser Leiharbeitnehmer pauschal um einen feststehenden Prozentsatz erhöht werden. Als Gründe für die Berücksichtigung der Pauschale kommen insbesondere

- die Insolvenz oder Betriebsaufgabe des Verleihers oder von Entleihern,
- die Vernichtung von Unterlagen bei Entleihern nach Ablauf von Aufbewahrungsfristen,
- die Vernichtung von Unterlagen bei Entleihern aufgrund von Unfällen oder Naturkatastrophen,
- das Fehlen jeglicher vergleichbarer Daten bei Entleihern, weil es weder solche Stammbeschäftigte noch Tarifverträge der Branche gab,

in Betracht.

Vor der Erhöhung wird die Gesamtlohnsumme analog Ziffer 2.3 bereinigt.

Der Wert der Erhöhung beträgt grundsätzlich 24%. Soweit Arbeitgeber Arbeitsentgelte gezahlt haben, die die CGZP-Tariflöhne überschreiten, sind die CGZP-Tariflöhne zunächst um 27% zu erhöhen. Der so ermittelte Erhöhungsbetrag ist um die Differenz zwischen den tatsächlich gezahlten Arbeitsentgelten und den CGZP-Tariflöhnen zu vermindern. Das Ergebnis wird ins Verhältnis zum CGZP-Tariflohn gesetzt. Um den so ermittelten Prozentsatz sind die tatsächlich gezahlten Arbeitsentgelte der Leiharbeitnehmer zu erhöhen.

Die unter Ziffer 3 genannten Ermittlungsarten sind nur nach vorheriger Zustimmung des für die Betriebsprüfung zuständigen Rentenversicherungsträgers möglich. Die Zustimmung des Rentenversicherungsträgers ist zu dokumentieren.

4. Meldungen

Für alle zuvor erwähnten Methoden sind arbeitnehmerbezogen die erforderlichen Meldungen nach der DEÜV zu erstatten. Soweit im Rahmen einer neuerlichen Entgeltabrechnung Beiträge berechnet und deren Zahlung bewirkt wird, erfolgen die Meldungen als Folge der Entgeltabrechnung.

Soweit Beiträge im Rahmen eines Verwaltungsakts des Rentenversicherungsträgers nach § 28p Abs. 1 SGB IV nacherhoben werden, sind Meldungen separat zu erstatten (beispielsweise mittels sv-net). Es bestehen keine Bedenken, in diesen Fällen Meldungen des laufenden Arbeitsentgelts ausnahmsweise als einmalig gezahltes Arbeitsentgelt zu erstatten (Sondermeldung mit Grund 54).

Die Rentenversicherungsträger werden sicher stellen, dass die Beschäftigten die nach § 25 DEÜV erforderliche Bescheinigungen über die erstatteten Meldungen erhalten und damit Kenntnis über etwaige zusätzliche Leistungsansprüche erhalten.

5. Stundungen

Sofern Arbeitgeber nicht in der Lage sind, die nachzuzahlenden Beträge zu zahlen, sind Stundungsvereinbarungen mit den Einzugsstellen und den Unfallversicherungsträgern möglich.

Anhang 7.
Schreiben der Bundesagentur für Arbeit, Regional-
direktion Bayern, vom Juli 2011

Sehr geehrte Damen und Herren,

das Bundesarbeitsgericht hat am 14.12.2010 (Aktenzeichen: 1 ABR 19/10) entschieden, dass die Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP) nicht tariffähig ist. Sie kann und konnte daher keine Tarifverträge abschließen. Aus der Tarifunfähigkeit folgt, dass alle mit der CGZP geschlossenen Tarifverträge von Anfang an unwirksam waren. Da mit einem unwirksamen Tarifvertrag nicht vom Gleichstellungsgrundsatz des AÜG abgewichen werden kann, haben die betroffenen Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter für die Zeit der Überlassung einen Anspruch auf die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgeltes (equal pay, equal treatment).

Sie haben in der Vergangenheit einen nach der o.g. Entscheidung des Bundesarbeitsgerichtes nunmehr unwirksamen Tarifvertrag angewandt, um vom Gleichstellungsgrundsatz abzuweichen. Sie sind gesetzlich verpflichtet, auf Grundlage des Anspruches auf equal pay für Ihre - auch ehemaligen - Beschäftigten Beiträge neu zu berechnen, nachzuzahlen und die Entgeltmeldungen und Lohnnachweise entsprechend zu korrigieren. Das betrifft alle Beschäftigungszeiten seit einschließlich Dezember 2005.

Gemäß § 7 Absatz 2 AÜG bitte ich Sie mir bis zum 01. August 2011 mitzuteilen, dass Sie die Beiträge neu berechnet, nachentrichtet und die Entgeltmeldungen und Lohnnachweise korrigiert haben. Bitte fügen Sie auch entsprechende Nachweise (u.a. Zahlungsnachweise an die Einzugsstelle, Berufsgenossenschaft) bei. Für den Fall, dass die zuständige Einzugsstelle bzw. Berufsgenossenschaft Ihnen die Beiträge gestundet hat (bzw. eine Ratenzahlung vereinbart wurde), bitte ich Sie mich ebenfalls hierüber zu informieren.

Sofern von einem Erlaubnisinhaber die Vorschriften über die Einbehaltung und Abführung der Sozialversicherungsbeiträge zu allen Zweigen der Sozialversicherung nicht eingehalten werden, kann diese Tatsache die Annahme rechtfertigen, dass der Erlaubnisinhaber die für die Ausübung der Verleihtätigkeit erforderliche Zuverlässigkeit nicht mehr besitzt.

Vorsorglich weise ich darauf hin, dass ordnungswidrig handelt, wer eine Auskunft nach § 7 Abs. 2 Satz 1 AÜG nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erteilt (§ 16 Abs. 1 Nr. 5 AÜG).

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von Volker Rieble, Abbo Junker und
Richard Giesen

ISSN 1863-0847

- Band 1 Zukunft der Unternehmensmitbestimmung
 1. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2004, ISBN 3-9809380-1-8 (ISBN 978-3-9809380-1-3)
- Band 2 Zukunft des Arbeitskampfes
 1. Ludwigsburger Rechtsgespräch
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-2-6 (ISBN 978-3-9809380-2-0)
- Band 3 Zukunft des Arbeitskampfes
 1. Ludwigsburger Rechtsgespräch
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-2-6 (ISBN 978-3-9809380-2-0)
- Band 4 Robert Lubitz
 Sicherung und Modernisierung der Unternehmensmitbestimmung
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-4-2 (ISBN 978-3-9809380-4-4)
- Band 5 Transparenz und Reform im Arbeitsrecht
 2. Ludwigsburger Rechtsgespräch
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-5-0 (ISBN 978-3-9809380-5-1)
- Band 6 Reformdruck auf das Arbeitsrecht in Europa – Wie reagieren nationale Rechtsordnungen?
 3. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-7-7 (ISBN 978-3-9809380-7-5)
- Band 7 Till Brocker
 Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 9809380-8-5 (ISBN 978-3-9809380-8-2)

-
- Band 8 Folgenabschätzung im Arbeitsrecht
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-9809380-9-3 (978-3-9809380-9-9)
- Band 9 Familienschutz und Familienverträglichkeit des Arbeitsrechts
3. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-939671-00-2 (978-3-939671-00-8)
- Band 10 Unternehmensführung und betriebliche Mitbestimmung
4. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-02-2
- Band 11 Das Grünbuch und seine Folgen – Wohin treibt das europäische Arbeitsrecht?
4. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-03-9
- Band 12 Vereinbarte Mitbestimmung in der SE
5. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-04-6
- Band 13 Arbeitsstrafrecht im Umbruch
5. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-06-0
- Band 14 Jan H. Lessner-Sturm
Gewerkschaften als Arbeitgeber
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-07-7
- Band 15 Zukunft der Zeitarbeit
6. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-08-4
- Band 16 Kartellrecht und Arbeitsmarkt
6. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-10-7
- Band 17 Bernd Wiebauer
Kollektiv- oder individualrechtliche Sicherung der Mitbestimmung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-11-4
- Band 18 Neues Arbeitskampfrecht?
7. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-12-1

-
- Band 19 Christian A. Velten
Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat – Eine
verfassungsrechtliche, gesellschaftsrechtliche und
arbeitsrechtliche Analyse
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-13-8
- Band 20 Arbeitsrecht im Konzern
2. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-14-5
- Band 21 Volker Rieble
Verfassungsfragen der Tarifeinheit
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-15-2
- Band 22 Clemens Latzel
Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-16-9
- Band 23 Mindestlohn als politische und rechtliche
Herausforderung
7. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-17-6
- Band 24 Finanzkriseninduzierte Vergütungsregulierung und
arbeitsrechtliche Entgeltsysteme
8. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-18-3