

Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal, RA, und Christian Andorfer, RA

Die CGZP-Entscheidungen und die angeblichen Ansprüche der Sozialversicherung

Der Beschluss des BAG vom 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 sowie die nachfolgende arbeitsgerichtliche Rechtsprechung, mit welchem die Tariffähigkeit der CGZP punktuell aberkannt wurde, haben bei den betroffenen Zeitarbeitsunternehmen zu erheblichen Irritationen geführt. In sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht gehen die Sozialversicherungsträger davon aus, dass erhebliche Beitragsansprüche entstanden sind, welche nun eingetrieben werden. Der vorliegende Beitrag überprüft diese Ansicht kritisch anhand der sozialgerichtlichen Rechtsprechung.

I. Überblick

Mit Beschluss vom 14.12.2010, Aktenzeichen 1ABR 19/10 hatte das BAG entschieden, dass die Tarifgemeinschaft christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP) nicht tariffähig ist. Die Feststellung erfolgte gegenwartsbezogen.¹ In einem weiteren Parallelverfahren stellte kürzlich das ArbG Berlin mit Beschluss vom 30.05.2011² fest, dass die CGZP auch in der Vergangenheit, nämlich am 29.11.2004, 19.06.2006 und am 09.01.2008 nicht tariffähig war. Während die arbeitsrechtlichen Auswirkungen der genannten Beschlüsse mehrfach in der Literatur diskutiert wurden, und den Sozialversicherungsträgern die angeblichen Beitragsansprüche bescheinigt wurden³, wurden die sozialrechtlichen Auswirkungen nur selten kritisch geprüft.⁴ Dies erscheint insofern interessant, da die finanziellen Auswirkungen für die betroffenen Unternehmer wohl eher sozialversicherungsrechtlicher Natur sein dürften. Während in der Praxis die arbeitsrechtlichen Folgen aufgrund von arbeitsvertraglichen Ausschlussklauseln die Unternehmen nicht mit voller Kraft treffen dürften, stellen sich die sozialversicherungsrechtlichen Auswirkungen sowohl für die Verleiher, als auch die Entleiher gravierender dar, zuletzt aus dem Grunde, da Letztere gemäß § 28e Abs. 2 SGB IV wie selbstschuldnerische Bürgen haften. Für die Bürgenhaftung genügt es, dass ein wirksamer Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zustande gekommen ist, und der Arbeitnehmer gegen eine Vergütung überlassen wurde. Auch die erwarteten Summen sind enorm, denn die Deutsche Rentenversicherung rechnet mit Beitragsnachzahlungen in Höhe von 2 Mrd. Euro.⁵ Flankiert wird dies noch von einer Initiative des DGB, der seinen Mitgliedern beziehungsweise anderen Interessierten neben arbeitsrechtlichen Formularen auch ein Formular für die Geltendmachung von erhöhten Rentenansprüchen gegenüber der Rentenversicherung in die Hand gibt.⁶ Bei allem stellt sich jedoch die Frage, ob die Erwartungen der Sozialversicherungsträger berechtigt sind.

II. Entstehungsprinzip contra Zuflussprinzip

Die Frage zur Pflicht der Beitragsnachzahlung richtet sich im Sozialversicherungsrecht danach, ob man auf das Zuflussprinzip oder auf das Entstehungsprinzip⁷ abstellt. Nach dem Zuflussprinzip werden Einnahmen nur verarbeitet, wenn sie dem Ar-

beitnehmer auch tatsächlich zugeflossen sind.⁸ Nach dem Entstehungsprinzip hingegen kommt es nicht darauf an, ob die Einnahmen dem Arbeitnehmer zugeflossen sind, sondern lediglich darauf, ob der Anspruch des Arbeitnehmers entstanden ist.⁹ Dabei ist es nach dem Entstehungsprinzip nicht entscheidend, ob der Arbeitnehmer den Anspruch jemals geltend gemacht hat, oder der arbeitsrechtliche Anspruch beispielsweise wegen einer Ausschlussklausel später entfallen ist.¹⁰

Sozialversicherungsbeiträge werden regelmäßig nach dem Entstehungsprinzip verarbeitet. Bei der Beitragsforderung handelt es sich nach der sozialgerichtlichen Rechtsprechung um eine öffentlich-rechtliche Forderung, für deren Entstehung, Fälligkeit und Verjährung andere Vorschriften als zwischen den Arbeitsvertragsparteien gelten. Ist diese einmal entstanden, ist die öffentlich-rechtliche Forderung vom Bestand des arbeitsrechtlichen Lohnanspruchs unabhängig und unterliegt ihren eigenen Regelungen.¹¹

Die Rechtsprechung steht seit mehreren Jahrzehnten auf dem Standpunkt, dass dieses Entstehungsprinzip für das Beitragsrecht im Wesentlichen gilt. Bereits 1975 hat sich das BSG ausdrücklich gegen das Zuflussprinzip ausgesprochen und diese Rechtsansicht bis heute aufrechterhalten.¹² Hiernach schließt die Nichtzahlung von geschuldetem Arbeitsentgelt die Beitragspflicht des Arbeitgebers nicht aus.

Legt man diese Rechtsprechung pauschal zugrunde, scheinen damit die Beitragsansprüche der Sozialversicherungsträger zunächst gerechtfertigt.

III. Differenzierung bei Lohnnachzahlungen

Die sozialgerichtliche Rechtsprechung nimmt jedoch eine Differenzierung bei Lohnnachzahlungen vor.¹³ Bei Nachzahlungen von anfangs geschuldetem Lohn greift die Rechtsprechung auf das Entstehungsprinzip zurück.¹⁴ So hat das BSG¹⁵ bereits sehr früh klargestellt, dass für den Fall, dass von vorneherein ein Rechtsanspruch auf den erst später gezahlten Lohnanteil besteht, von dem „Geschuldeten“ und „nicht von dem tatsächlich gezahlten Lohn die Beiträge der Sozialversicherung zu entrichten“ sind.¹⁶ Als Paradebeispiel führt das BSG hier Lohnansprüche aus Tarifverträgen an.

Nach Ansicht des BSG darf der Arbeitgeber keine Vorteile daraus ziehen, dass er seinen arbeitsvertraglichen Pflichten nicht nachkommt, zumal hiermit eine Privilegierung gegenüber den Arbeitgebern einherginge, welche die Gehälter vertragsgemäß zahlen.¹⁷ Diese sozialgerichtliche Rechtsprechung ist vom BSG¹⁸ bis in die Untergerichte¹⁹ verfestigt.

Bezüglich nachträglicher rückwirkender Lohnerhöhungen stellt das BSG²⁰ hingegen auf das Zuflussprinzip ab. Es hat klargestellt, dass „nachträgliche Lohnänderungen, die für die Beitragsberechnung, oder den Versicherungsanspruch maßgebenden tatsächlichen Verhältnisse nicht ändern können“. Dies sieht das BSG als einen „die Sozialversicherung beherrschenden-

Wesenszug²¹ an.²¹ Auch hieran haben das BSG und die Untergerichte später festgehalten.²²

Die sozialgerichtliche Rechtsprechung vertritt diesen Ansatz für nachträgliche rückwirkende Lohnerhöhungen, ebenso wie für nachträgliche rückwirkende Lohnminderungen.²³ Gefragt nach den sozialversicherungsrechtlichen Auswirkungen des Beschlusses des BAG vom 14.12.2010 über die fehlende Tariffähigkeit der CGZP, stellt sich nun aus rechtlicher Sicht die entscheidende Frage, ob es sich bei den Vergütungsansprüchen der Leiharbeiter, um nicht gezahlten, aber anfangs geschuldeten Lohn oder um nachträglich rückwirkende Lohnerhöhungen handelt.

IV. Rückwirkende Lohnerhöhung

Der Unterschied der beiden Alternativen liegt darin, dass es bei der rückwirkenden Lohnerhöhung erst nachträglich zu der Erhöhung aufgrund späterer Erkenntnisse gekommen ist und somit in der Vergangenheit noch nicht der höhere Lohn geschuldet war.²⁴

Zur Beantwortung der Frage, ob die Lohnnachzahlungen von Anfang an geschuldet waren, muss man eine kleine gedankliche Zeitreise machen und sich fragen, ob die Ansprüche der Leiharbeiter aus equal pay bereits damals bestanden. Hiergegen spricht schon einmal, dass das BAG²⁵ in seinem Beschluss vom 14.12.2010 mehrmals darauf hingewiesen hat, dass die Feststellung nur gegenwartsbezogen getroffen wurde. Aus dem gleichen Grund läuft auch derzeit ein entsprechendes Verfahren beim ArbG Berlin, um die Frage zu klären, ob die CGZP schon in der Vergangenheit nicht tariffähig war. Daher ist bereits aufgrund der gegenwartsbezogenen Feststellung des BAG vom 14.12.2010 zu sagen, dass der Lohn erst ab diesem Zeitpunkt geschuldet wird. Selbst wenn man dies außer Acht lässt, und davon unabhängig die Frage stellt, wie der vorliegende Fall zu qualifizieren ist, kommt man zu keinem anderen Ergebnis.

Bereits vor dem Beschluss des BAG vom 14.12.2010 waren Verfahren zu dieser Fragestellung rechtshängig. Diese waren jedoch gemäß § 97 Abs. 5 ArbGG in Verbindung mit § 2a Abs. 1 Nr. 4 ArbGG auszusetzen, da nur in einem besonderen Beschlussverfahren über die Tariffähigkeit entschieden werden kann. Der in diesem Verfahren ergehende Beschluss ist konstitutiv.²⁶ Somit mussten diese Verfahren von Amts wegen²⁷ ausgesetzt werden, bis das Feststellungsverfahren beim BAG entschieden war. Daher wurde der CGZP erst ab dem 14.12.2010 faktisch die Tariffähigkeit abgesprochen, und auch zu diesem Zeitpunkt waren erst die nachträglichen Lohnerhöhungen faktisch entstanden. Damit handelt es sich um eine rückwirkende Lohnerhöhung, auf welche nach der Rechtsprechung des BSG²⁸ das Zuflussprinzip anzuwenden ist. Hätte man sich nämlich vor dem 14.12.2010 gefragt, welcher Lohn geschuldet ist, wäre man zu dem Ergebnis gelangt, dass aufgrund der noch nicht rechtskräftig festgestellten fehlenden Tariffähigkeit der CGZP weiterhin die einschlägigen Tarifverträge, auch für die Vergangenheit, gelten. Es kommt somit auf den tatsächlich zugeflossenen Lohn an.

V. Ergebnis

Den betroffenen Verleih- und Entleiherunternehmen ist daher zu raten, sich gegenüber Ansprüchen der Sozialversicherungsträ-

// Autoren

Professor Dr. Hansjürgen Tuengerthal ist Rechtsanwalt und Mitgeschäftsführer der Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit, die im Jahre 2006 von ihm gegründet wurde. Er ist Professor an der Internationalen Berufsakademie in Darmstadt. Gemeinsam mit Rechtsanwalt *Dr. Lutz Liebenau* betreibt er ein Anwaltsbüro mit Sitz in Mannheim, Schriesheim und Brüssel.



Christian Andorfer ist Rechtsanwalt und Mitgeschäftsführer der Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit. Er ist Rechtsanwalt in der Kanzlei von *Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal* und *Dr. Lutz Liebenau* mit Sitz in Mannheim, Schriesheim und Brüssel.



ger auf die Rechtsprechung des BSG zu rückwirkenden Lohnerhöhungen zu berufen. Hiernach sind nur die Löhne zu verarbeiten, die dem Arbeitnehmer auch tatsächlich zugeflossen sind.

- 1 Beschluss des BAG vom 14.12.2010 – 1 ABR 19/10, BB 2011, 827 mit BB-Komm. Huke.
- 2 Beschluss ArbG Berlin vom 30.5.2011 – 29 BV 13947/10.
- 3 Ferme, NZA 2011, 619; Zeppenfeld/Faust, NJW 2011, 1643.
- 4 Brand/Plagemann NJW 2011, 1488ff. 26 Brand/Plagemann, NJW 2011, 1490
- 5 <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/zeitarbeitsfirmen-ausbeuter-vor-dem-aus-1.1066141>; <http://www.taz.de/66642>; <http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/0,1518,751836,00.html>.
- 6 <http://www.dgb.de/themen/++co++e1b9ccdc-0862-11e0-79f2-00188b4dc422>.
- 7 S. hierzu Kasseler Kommentar München 2011, SGB IV, §14 Rn.42 ff.
- 8 Kasseler Kommentar, a.a.O. Rn.42.
- 9 Kasseler Kommentar, a.a.O. Rn.45.
- 10 Kasseler Kommentar, a.a.O. Rn.51.
- 11 Urteil des BSG vom 11.11.1975, Az.: 3/12 RK 12/4 = BSGE 41, 6
- 12 BSG aaO.
- 13 Kasseler Kommentar, § 22, Rn.9,10.
- 14 Urteil des BSG v. 17.12.1964, Az.: 3 RK 74/60; Urteil des LSG Berlin-Brandenburg v. 20.09.2005, L 24 KR 19/05; Urteil des LSG Berlin-Brandenburg vom 26.06.2009, Az.: L 1 KR 241/07.
- 15 Urteil des BSG vom 17.12.1964, Az.: 3 RK 74/60.
- 16 Urteil des BSG vom 17.12.1964, Az.: 3 RK 74/60.
- 17 BSG aaO.
- 18 Urteil des BSG v. 14.07.2004, Az.: B 12 KR 1/04 R; BSG vom 30.08.1994, Az.: 12 RK 59/92.
- 19 Urteil des LSG Berlin-Brandenburg vom 20.09.2005, Az.: L 24 KR 19/05; Urteil des LSG Berlin-Brandenburg vom 26.06.2009, Az.: L 1 KR 241/07. 27 Germelmann u.a. „ArbGG“, 7. Auflage, München 2009, § 97 Rn. 9
- 20 Urteil des BSG vom 17.12.1964, Az.: 3 RK 74/60.
- 21 Urteil des BSG vom 17.12.1964, Az.: 3 RK 74/60.
- 22 Urteil des BSG vom 30.04.1968, Az.: 3 RK 100/64, SG 78, S.224-229; BSG 75, S.61, Urteil des LSG Berlin vom 20.09.2005, Az.: 24 KR 19/05.
- 23 BSG a.a.O.
- 24 Urteil des BSG vom 30.08.1994, Az.: 12 RK 59/92; Rn. 23.
- 25 Urteil des BAG vom 14.12.2010, Az.: 1 ABR 19/10, Rn. 33,34,36,52,62,63. 28 Urteil des BSG vom 17.12.1964; Az.: 3 RK 74/60.
- 26 Brand/Plagemann, NJW 2011, 1490.
- 27 Germelmann u. a. ArbGG, 7. Aufl. 2009, § 97 Rn. 9.
- 28 Urteil des BSG vom 17.12.1964 – 3 RK 74/60.