

Dubiose Gewerkschaften - Sozialversicherungsrechtliche Risiken für Zeitarbeitsunternehmen und ihre Kunden

Von Assessor Markus Reipen

Die Beitragsnacherhebung birgt für den Arbeitgeber so manche böse Überraschung.¹ Auf Grund des sozialversicherungsrechtlichen Entstehungsprinzips haftet er für ausstehendes Entgelt, das der Arbeitnehmer nicht mehr durchsetzen kann.² Ein nachträglicher Erlass findet betragsrechtlich ebenso wenig Anerkennung.

Ist der Arbeitgeber als Zeitarbeitsunternehmen (Verleiher) tätig, so bereitet ihm die seit Jahresbeginn 2004 (§ 19 AÜG) geltende AÜG-Neufassung³ zusätzliche sozialversicherungsrechtliche Haftungsrisiken. Denn § 9 Nr. 2 AÜG hat tarifdispositiv fest gelegt, dass die Mindestarbeitsbedingungen der Leiharbeitnehmer denen der Stammarbeitnehmer entsprechen müssen. Ist der Tarifvertrag nichtig, so besteht das Risiko, dass die Einzugsstelle auf die Entgelt Differenz nachträglich Sozialbeiträge erhebt. Zur Nichtigkeit von Tarifverträgen kommt es, weil in der Leiharbeitsbranche dubiose „Gewerkschaften“ von minimaler Mitgliedsstärke Tarifverträge schließen und verbreiten, um das ohnehin niedrige Tarifniveau noch einmal zu unterbieten.⁴ Zweifelhaft ist beispielsweise die Mächtigkeit der Tarifgemeinschaft Christliche Gewerkschaften Zeitarbeit und PSA (CGZP).⁵

I. Herleitung des Entstehungsprinzips

Das Entstehungsprinzip stützt sich darauf, dass mit der Aufnahme der Beschäftigung ein Austauschverhältnis besteht. Die Leistungen der Kranken-, Unfall-, und Pflegeversicherung kommen dem Arbeitnehmer⁶ sofort zu Gute. Im Gegenzug ist es dem Beitragsschuldner verwehrt, nachträglich über entstandene Beitragsansprüche zu disponieren.⁷ Dass Fälligkeit und Verjährung der Sozialversicherungsbeiträge zum Schutze der Solidargemeinschaft vom Arbeitsrecht unabhängig sind (§§ 22ff. SGB IV), trägt das Entstehungsprinzip gleichfalls.⁸ Hinzu kommt, dass eine Versicherungspflicht besteht.⁹ Die abhängig Beschäftigten sind zu einer Solidargemeinschaft zusammengefasst (vgl. § 1 I 1 SGB V).¹⁰ Beides begrenzt die Abhängigkeit vom Individualarbeitsrecht und dient dazu, die Interessen der Solidargemeinschaft unabhängig von den Individualinteressen wahrzunehmen.

Indem der Gesetzgeber¹¹ für „einmalig gezahltes Arbeitsentgelt“ in §§ 22 I, 23a SGB IV ausdrücklich das Zuflussprinzip festlegt, hat er - im Umkehrschluss - das Entstehungsprinzip bestätigt. Auch § 14 I 1 SGB IV steht dem Entstehungsprinzip nicht entgegen. Die Begriffe „Einnahmen“ und „Leistung“ können im Sozialrecht eine eigenständige Bedeutung erhalten.¹² Eine einheitliche Rechtsordnung mit dem Steuerrecht besteht nicht. Schließlich sind Steuern anders als Beiträge nicht mit einer Gegenleistung verknüpft.¹³ Ebenso unschädlich ist, dass eine Positivierung des Entstehungsprinzips im SGB fehlt. Weitere grundsätzliche Bedenken¹⁴ überzeugen nicht.

II. Funktion und Grenzen des Entstehungsprinzips

Schon mit der Entstehung des Entgelts wandelt sich ein beträchtlicher Teil¹⁵ in den öffentlich-rechtlichen Beitragsanspruch. Dieser ist abstrakt vom Entgeltanspruch.¹⁶ Über die oben genannten Normzwecke hinaus ist die Abstraktheit des Beitragsanspruchs systematisch abgesichert. So sind die Voraussetzungen des Beschäftigungsverhältnisses (§ 7 I 1 SGB IV)¹⁷ sowie des Arbeitsentgelts (§ 14 I 1 SGB IV)¹⁸ gegenüber dem Arbeitsrecht eigenständig. Unklarheiten entstehen dadurch, dass Ausgangspunkt für die Beitragsbemessung das Arbeitsrecht mit seinen mannigfaltigen Gestaltungsfaktoren ist. Beitragsnachforderungen drohen, falls ein Arbeitgeber den Sozialbeitrag nicht danach bemisst, was er kraft Allgemeinverbindlichkeit (§ 5 IV TVG),¹⁹ unmittelbarer Tarifbindung (§ 4 I TVG), Bezugnahme, Betriebsvereinbarung, kollektiver Übung oder schlicht kraft Vertrags schuldet. Ausdrücklich vom Entstehungsprinzip ausgenommen ist das so genannte „einmalig gezahlte Arbeitsentgelt“. Hierfür hat der Gesetzgeber das Zuflussprinzip festgelegt (§ 22 I SGB IV). Abweichend vom allgemeinen Sprachgebrauch ist Definitionsmerkmal des „einmalig gezahlten Arbeitsentgelts“, dass keine Beziehung zu einem einzelnen Entgeltabrechnungszeitraum besteht (§ 23a I 1 SGB IV). Erfasst sind also einmalige tarifliche Sondervergütungen, welche Jahresende, Weihnachten, Urlaub, Jubiläum, Heirat, Geburt oder dergleichen betreffen.²⁰ Zuschläge sind dagegen Teil des Zeitlohns, so dass eine Beziehung zum Abrechnungszeitraum auch dann besteht, wenn sie nur einmalig ausgezahlt werden.²¹ Vom Entstehungsprinzip ausgenommen sind ferner Abgeltungen von Aufwendungen, Sachbezügen, vermögenswirksamen Leistungen (§ 23a I 2 Nr. 1 bis 4 SGB IV), steuerfreie Aufwandsentschädigungen (§ 14 I 3 SGB IV) und einzelne in der Arbeitsentgeltverordnung (ArEV)²² aufgeführte Zuwendungen.

III. Tarifdispositive, gesetzliche Arbeitsbedingungen der Leiharbeit

Im Leiharbeitsverhältnis dispensiert die Anwendung eines Tarifvertrags vom Gleichbehandlungsgrundsatz. Dies gilt auch, wenn der Verleiher nur einzelvertraglich Bezug auf einen Leiharbeitsstarif nimmt (§ 9 Nr. 2 AÜG). Der Verleiher kann tarifvertraglich zu Nachzahlungen von Entgelt und Sozialbeiträgen verpflichtet sein, wenn er den Leiharbeitnehmer fehlerhaft eingruppiert hat. Für die tarifliche Eingruppierung sind objektive Kriterien maßgeblich. Denkbar ist insofern, dass ein Kunde die Qualifikation des Leiharbeitnehmers stärker ausschöpft als im Überlassungsvertrag (§ 12 I 3 AÜG) vorgesehen.

1. Auswirkungen fehlender Tariffähigkeit

Doch das Risiko einer Umgruppierung ist harmlos im Vergleich zu dem, was droht, wenn der angewendete Tarifvertrag sich im Nachhinein wegen fehlender Tariffähigkeit der Gewerkschaft (§ 2 I TVG) als nichtig erweist. Nach der herrschenden Lehre von der sozialen Mächtigkeit ist schließlich Voraussetzung, dass die Gewerkschaft über hinreichende Verhandlungsstärke verfügt.²³ *Löwisch/Rieble* sprechen bezüglich den erheblichen Auswirkungen fehlender Tariffähigkeit von einer „Alles-oder-Nichts-Entscheidung“.²⁴

Soweit mit Hilfe tariflicher Arbeitsbedingungen vom Gleichbehandlungsgrundsatz abgewichen werden soll (§ 9 Nr. 2 AÜG) ist streitig, welche Folgen die fehlende Tariffähigkeit der Gewerkschaft hat. Auf das empfindliche Haftungsrisiko wies zunächst *Schüren* hin. Wenn eine nichttariffähige Gewerkschaft einen unwirksamen „Tarifvertrag“ geschlossen hat, sind die Verleiher verpflichtet, die Differenz zum Entgelt der Stammarbeitnehmer nachzuzahlen.²⁵ Denn erst die Tariffähigkeit schafft das Verhandlungsgleichgewicht. Weil nur rechtlich anerkannten Tarifparteien die erforderliche Gestaltungsmacht zuerkannt wird,²⁶ ist die soziale Mächtigkeit der Gewerkschaft unabdingbare Voraussetzung jeder Tarifdispositivität.²⁷

Der unwirksame „Tarifvertrag“ kann nicht mittels Umdeutung (§ 140 BGB) oder als allgemeine Arbeitsbedingung²⁸ aufrecht erhalten werden. Eine geringere Vergütung oder schlechtere Arbeitsbedingungen als für vergleichbare Stammarbeitnehmer lässt § 9 Nr. 2 AÜG eben nur auf Grund wirksamen Tarifvertrags - nicht auf Grund Individualvertrags - zu.

2. Schutzwürdiges Vertrauen in die soziale Mächtigkeit

Die Arbeitgeberseite leugnet dieses Haftungsrisiko. So vertritt der *BDA* die Ansicht, ein nichtiger Leiharbeitsvertrag gelte im Wege der Nachwirkung (§ 4 V TVG).²⁹ Für die Nachwirkung ist jedoch die Tariffähigkeit beider Tarifparteien Voraussetzung. Ohne diese hat der „Tarifvertrag“ keine normative Wirkung, wie *Böhm* zutreffend anmerkt.³⁰ Einen weiteren Ansatz, das Haftungsrisiko auszuschalten, unternimmt *Schöne*. Ihm zufolge ist ein in Vollzug gesetzter „Tarifvertrag“ für die Vergangenheit als wirksam zu behandeln, selbst wenn er von einer tarifunfähigen Gewerkschaft geschlossen worden ist. Für diese *Lehre vom fehlerhaften „Tarifvertrag“* führt er das Schlagwort „Vertrauensschutz“ an.³¹ Der Verleiher müsse kein Entgelt nachzahlen, weil der Gleichbehandlungsgrundsatz rückwirkend keine Anwendung findet. Darauf entgegnet *Böhm* zutreffend, dass die Selbsternennung zur Gewerkschaft keine Grundlage für Vertrauensschutz sein könne. Es handelt sich um eine *falsa demonstratio*, keinen Vertrauenstatbestand. Solange es sich nicht um einen wirksamen Tarifvertrag handelt, greifen die gesetzlichen Arbeitsbedingungen (§ 9 Nr. 2 AÜG) ein.³² Das Kernargument für die Unwirksamkeit lautet also, dass die tarifdispositive Festlegung der Arbeitsbedingungen von der Rechtssetzungsbefugnis tariffähiger Koalitionen abhängig ist. Von dieser Rechtssetzungsbefugnis geht jede tarifdispositive Regelung aus. Nach dem Verständnis des Gesetzgebers sollen Tarifverträge eine materielle Richtigkeitsgewähr für die ausgehandelten Arbeitsbedingungen bieten.³³ Die tarifliche Rechtssetzungsbefugnis hat ebenso Eingang in § 310 IV 1 BGB gefunden. Dort werden tarifliche Arbeitsbedingungen von der AGB-Kontrolle ausgenommen.

Ein schutzwürdiges Vertrauen in die gewerkschaftliche Rechtssetzungsbefugnis kann die bloße Bezeichnung als „Gewerkschaft“ nicht schaffen. Vielmehr müssen Tatsachen das Vertrauen gerade in die soziale Mächtigkeit als tatsächliche Eigenschaft der Koalition³⁴ begründen. In der Branche sind die Zweifel an der sozialen Mächtigkeit wohl bekannt. Diese nährt die Tatsache, dass die selbst ernannten „Gewerkschaften“ Niedriglöhne offerieren. Ein Glaube, der auf handfesten wirtschaftlichen Vorteilen basiert, ist jedoch nicht mit schutzwürdigem Vertrauen gleichzusetzen.

3. Frühere rechtskräftige Anerkennung

Tariffähigkeit wird im Beschlussverfahren (§ 97 ArbGG) für und gegen jedermann rechtskräftig festgestellt.³⁵ Da die soziale Mächtigkeit jedoch auf veränderlichen Tatsachen basiert, ist die Rechtskraft zeitlich eingeschränkt.³⁶ Sie reicht daher nur bis zur gerichtlichen Aberkennung.³⁷ Ein neues Beschlussverfahren ist angezeigt, wenn das tatsächliche Fundament der Koalition allmählich bröckelt. Aberkennt das Arbeitsgericht die Tariffähigkeit so hat der revidierende Beschluss Jetztwirkung. Erst dann greift der Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 9 Nr. 2 AÜG) ein.

Da die Mitglieder des CGZP zuvor in der Leiharbeitsbranche nicht aktiv waren, wollten sie ihre Durchsetzungsfähigkeit durch den Zusammenschluss sicherstellen. Doch auf Grund des geringen Organisationsgrads ist schon die Tariffähigkeit in den einzelnen Branchen sehr zweifelhaft. Lediglich die Tariffähigkeit eines Mitglieds der CGZP der Christlichen Gewerkschaft Metall (CGM) wurde am 4. Dezember 1972 vom *ArbG Stuttgart*³⁸ und erneut am 1. Oktober 2004 vom *LAG Baden-Württemberg*³⁹ positiv festgestellt. Erstin-

stanzlich hatte das *ArbG Stuttgart* die CGM noch als nicht tariffähig angesehen.⁴⁰ Letztinstanzlich wird das BAG entscheiden.

Der Schluss auf die Mächtigkeit der Tarifgemeinschaft ist selbst dann fragwürdig, wenn sämtliche Mitglieder als tariffähig anerkannt wären. Schließlich ist die Leiharbeit eine selbstständige Dienstleistungsbranche. Insofern schwingt sich die Tarifgemeinschaft zu einem Vertreter fremder Interessen auf. In Zeiten hoher Erwerbslosigkeit ist die bestehende Interessenspolarität nicht zu leugnen. Während die Stammarbeitnehmer einheitliche Arbeitsbedingungen anstreben, akzeptieren die Leiharbeitnehmer - notgedrungen - Lohnwettbewerb, um überhaupt Zugang in den Arbeitsmarkt zu erhalten.

Ohne hinreichenden Organisationsgrad in der Überlassungsbranche fehlen der Tarifgemeinschaft primäre Arbeitskämpfungsmittel. Wie *Schüren* herausgearbeitet hat, kommt sekundär nur ein Boykott in Betracht. Dieser setzt einen besonders hohen Organisationsgrad und hohe Kampfbereitschaft in den Mitgliedsbranchen voraus. Bei der CGZP ist dies nicht der Fall.⁴¹

Lässt man diesen Einwand einmal außer Betracht, so begründet die Tariffähigkeit eines Mitglieds noch längst nicht die Tariffähigkeit der Gemeinschaft. Zwar ist *Buchner* der Auffassung, die anerkannte Tariffähigkeit eines Mitglieds strahle auf die gesamte Tarifgemeinschaft aus.⁴² Doch nach überwiegender Auffassung hat der Tarifvertrag nur bezüglich der tariffähigen Mitglieder Geltung.⁴³ Schließlich beruht die Tariffähigkeit einer Tarifgemeinschaft auf der tatsächlichen Durchsetzungsfähigkeit in der jeweiligen Branche. Abseits der Metallsparte kann sich die Anerkennung der CGM also nicht zugunsten der CGZP auswirken.

Weiterhin stellt sich die Frage, wie weit der Tarifvertrag räumlich Geltung beanspruchen kann. Hier ist das Schrifttum gespalten. So wird davon ausgegangen, dass die Anerkennung der Tariffähigkeit absolut gelte. Dann hat sie eine Ausstrahlungswirkung auf alle Bezirke, welche die Gewerkschaft einnehmen möchte.⁴⁴ Folge wäre, dass die Anerkennung der CGM auf das gesamte Bundesgebiet durchschlägt. Nach überzeugender Ansicht ist die Tariffähigkeit relativ. Soziale Mächtigkeit „irgendwo“ genügt nicht. Sie ist dort nachzuweisen, wo der Tarifvertrag räumliche Geltung beansprucht.⁴⁵

Dementsprechend hat die Anerkennung der CGM räumlich nur Geltung, wo die Durchsetzungsfähigkeit nachgewiesen worden ist. Andernfalls würde die soziale Mächtigkeit als tatsächliche Eigenschaft in fragwürdiger Weise zum rechtlichen Konstrukt verkümmern. Die relative Tariffähigkeit ist ferner dadurch legitimiert, dass Regionalgewerkschaften existieren, die außerhalb ihrer Einflussosphäre über keinen ernsthaften Organisationsgrad verfügen. Räumliche Relativität ergänzt so die sachliche Relativität eines Tarifwerkes. Auf dieser baut jede Tarifgemeinschaft auf.

Für den Verleiher stellt ein unwirksamer Tarifvertrag ein unkalkulierbares Risiko dar. Er ist arbeitsrechtlich verpflichtet, dem Leiharbeitnehmer die Differenzen zum Entgelt eines vergleichbaren Stammarbeitnehmers nachzuzahlen (§§ 9 Nr. 2, 10 IV AÜG).⁴⁶ Zu einem Sprung im Entgeltniveau kommt es insbesondere, wenn der Leiharbeitnehmer in einer Hochlohnbranche (Chemie-, Elektro- oder Metallindustrie) eingesetzt wird. Dort wirkt sich der Unterschied zwischen moderatem „Tarifabschluss“ und Arbeitsbedingungen der Stammarbeitnehmer besonders krass aus.

IV. Beitragsrechtliche Maßstäbe

Das Zusammenspiel von Gleichbehandlungsgrundsatz und Tarifrecht ist bereits überaus diffizil. Weitere rechtliche Besonderheiten stehen im Zusammenhang mit dem Beitragsrecht. Dieses ist wegen des Entstehungsprinzips nicht akzessorisch. Anders als im Arbeitsrecht kann sich der Beitragsschuldner nicht auf tarifliche Ausschlussfristen berufen, die kraft des Gleichbehandlungsgrundsatzes gelten.⁴⁷ Der Arbeitgeber muss für die Differenz zwischen geschuldetem und gezahltem Entgelt Sozialbeiträge nachentrichten.⁴⁸ Praktisch lässt die Einzugsstelle den Beitragsanspruch ruhen, falls über Entgeltforderungen oder über das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses ein Rechtsstreit anhängig ist. Die Einzugsstelle setzt den Sozialbeitrag dann nach Abschluss des Rechtsstreits entsprechend fest.⁴⁹ Diese Praxis dient dazu, divergierende Entscheidungen zu vermeiden. Das Ruhen des Beitragsanspruchs ist jedoch nur im Einzelfall tolerabel und kann kein Modell für die Handhabung eines dubiosen Tarifvertrags sein, der eine Vielzahl von Arbeitnehmern betrifft.

1. Evidenztheorie

Im Schrifttum finden sich Ansätze, die Beitragshaftung des Arbeitgebers zu begrenzen. Sie stützen die Erwartungshaltung des Arbeitgebers, dass die Einzugsstelle seinen Vereinbarungen mit dem Arbeitnehmer folgt. So wird die Evidenztheorie propagiert. Danach soll die Einzugsstelle grundsätzlich von der Rechtmäßigkeit des Tarifvertrags ausgehen, sofern der Mangel nicht offensichtlich ist.⁵⁰ Diese Ansicht will dem Arbeitgeber Rechtssicherheit gewährleisten. Die Kontrollbefugnis der Sozialversicherung betreffe nur Fälle, in

denen Entgelt offensichtlich rechtswidrig vorenthalten werde.⁵¹ Dies betreffe also nur schwer wiegende Rechtsmängel.

Die Begründung der Evidenztheorie ist nicht stichhaltig. Systematisch finden sich keine Anhaltspunkte dafür, dass die sozialversicherungsrechtliche Prüfungsbefugnis für Arbeitsentgelt beschränkt ist. Mit fehlender Verhandlungsmacht entfällt auch die materielle Richtigkeitsgewähr. Schließlich leidet der „Tarifvertrag“ daran, dass er ohne gewerkschaftlichen Druck und Verhandlungsparität ausgehandelt worden ist.⁵² Dann findet die Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrags ihre Grenze im Gesetz.⁵³ Dasselbe gilt, falls Tarifparteien rechtswidrig (§ 4 I 1 TzBfG) in Teilzeit Beschäftigte benachteiligten.⁵⁴ Dann ist die Gesetzwidrigkeit so schwer wiegend, dass sie ohnehin evident erscheinen muss.⁵⁵ Dies entspricht der Anwendung eines unwirksamen Leiharbeitstarifvertrags der vom Gleichbehandlungsgrundsatz dispensieren soll.

2. Verwirkung von Beitragsforderungen

Weitere Hoffungen setzen die Verleiher in den Vertrauensschutz wegen früherer Betriebsprüfungen.⁵⁶ Zu denken ist hier an die sozialversicherungsrechtliche Verwirkung. Im Allgemeinen verwirkt ein Recht, wenn der Berechtigte es längere Zeit hindurch nicht geltend gemacht hat, der Verpflichtete sich darauf eingerichtet hat und sich nach dem gesamten Verhalten des Berechtigten auch darauf einrichten durfte, dass dieser das Recht auch in Zukunft nicht geltend machen werde.⁵⁷ Bei Beitragsnacherhebung wegen unzulässiger Bezugnahme (§ 9 Nr. 2 AÜG) fehlt schon das Zeitmoment. Schließlich trat der Gleichbehandlungsgrundsatz erst zum 1. Januar 2004 in Kraft (§ 19 AÜG).⁵⁸ Damit geht es um Sozialbeiträge dieses Jahres.

Am Umstandsmoment wird es ebenso fehlen. Erforderlich ist aktives Handeln der Einzugsstelle oder des prüfenden Rentenversicherungsträgers. Insofern wird auf die bis 1995 gängige Praxis verwiesen. In dieser Zeit seien die damals noch für die Betriebsprüfung zuständigen Krankenkassen rechtswidrig nach dem Zuflussprinzip verfahren.⁵⁹ Das Umstandsmoment ist jedoch nicht gegeben, wenn Vertrauen in eine generell rechtswidrige Praxis besteht. Vielmehr ist Voraussetzung, dass die Nichtzahlung anlässlich einer Betriebsprüfung wissentlich unbeanstandet geblieben ist. Ein Vertrauen auf die Fortschreibung einer rechtswidrigen Prüfpraxis besteht nicht.⁶⁰

3. Verjährung

Grenze der Nacherhebung ist demnach die sozialversicherungsrechtliche Verjährung. Sie setzt - unabhängig von der Kenntnis der Einzugsstelle⁶¹ - vier Jahre nach Ablauf des Kalenderjahres ein, in dem die Beiträge fällig geworden sind (§ 25 I 1 SGB IV). Werden Beiträge vorsätzlich nicht abgeführt, tritt Verjährung sogar erst nach 30 Jahren ein (§ 25 I 2 SGB IV). Die nachzuerhebenden Beiträge kann sowohl der prüfende Rentenversicherungsträger (§ 28p I 5 SGB IV) als auch die Einzugsstelle (§ 28h I 3 u. II 1 SGB IV) geltend machen. Für die zu Unrecht nicht abgeführten Beiträge werden Säumniszuschläge von monatlich 1% fällig (§ 24 I 1 SGB IV). Diese entfallen nur dann, wenn der Arbeitgeber seiner Beitragspflicht schuldlos nicht nachgekommen ist. Dabei genügt nicht, dass er darauf vertraut, die Einzugsstelle werde das Rechtsproblem in seinem Sinne entscheiden.

V. Risiken für die Kunden (Entleiher)

Obwohl eigentlich der Verleiher als Arbeitgeber (§ 1 I AÜG, § 28e I 1 SGB IV) den Gesamtsozialversicherungsbeitrag an die Krankenkassen abführen muss, bezieht das Sozialrecht den Kunden eines Verleihers in die Beitragshaftung ein. Selbst wenn die Überlassungserlaubnis besteht, haftet der Kunde als selbstschuldnerischer Bürge für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag im Wege einer Ausfallhaftung (§ 28e II 1 SGB IV).⁶² Er darf die Zahlung nur solange verweigern, bis die Krankenkasse den Verleiher erfolglos gemahnt hat (§ 28e II 2 SGB IV). Dem Kunden wird dies nur etwas nützen, wenn die Zahlungsschwierigkeiten des Verleihers schnell vorübergehen. Da mittelständische, nicht persönlich haftende Verleiher neben ihrem Auftragsbuch selten über nennenswerte betriebliche Ressourcen verfügen, kann die nachträgliche Beitragshaftung für sie Insolvenz bedeuten.⁶³ Entsprechend hoch ist das Haftungsrisiko für einen Kunden, der nach der fruchtlosen Mahnung des Verleihers voll einstehen muss. Der Kunde haftet sogar gesamtschuldnerisch, falls der Verleiher über keine Überlassungserlaubnis verfügt, oder diese aufgehoben worden ist (§ 28e II 3 u. 4 SGB IV). Drohen Insolvenz oder ernsthafte Zahlungsschwierigkeiten des Verleihers oder des Kunden, so kann die Einzugsstelle im Gnadenwege Beitragsschulden stunden oder erlassen (§ 76 II Nr. 1 u. 3 SGB IV). Regelfall ist dabei die zu verzinsende Ratenzahlung.⁶⁴

VI. Resümee

Im Arbeitsrecht wirkt sich die fehlende Tariffähigkeit der Gewerkschaft regelmäßig nicht aus. Der nichtige Tarifvertrag bleibt als vereinbarte Arbeitsbedingung wirksam. Anders ist die Lage in der Leiharbeit, wo tarifdispositiv gesetzliche Mindestarbeitsbedingungen festgelegt sind (§ 9 Nr. 2 AÜG). Der Verleiher muss die Entgeltdifferenz zur Vergütung der Stammarbeitnehmer nachzahlen. Die Rückwirkung wird dabei regelmäßig durch tarifliche Verfallklauseln eingeschränkt. Dagegen gilt im Beitragsrecht eine uneingeschränkte Rückwirkung. Nach dem Entstehungsprinzip sind Sozialbeiträge für die Entgeltdifferenz nachträglich zu entrichten. Grenze ist die vierjährige Verjährungsfrist (§ 25 I 1 SGB IV). Weder Vertrauensschutz noch Verwirkung springen dem Verleiher bei. Schließlich sichert der Gleichbehandlungsgrundsatz (§§ 9 Nr. 2, 10 IV

AÜG) mit seinen gesetzlichen Mindestarbeitsbedingungen einen Mindestsozialbeitrag. Diese Rückwirkung sichert das Beitragsaufkommen und wahrt die Interessen der Versichertengemeinschaft.

-
- ¹In dieser Hinsicht ist das Steuerrecht berechenbarer und rechtssicherer. Nach dem steuerrechtlichen Zuflussprinzip ist nur das tatsächlich geflossene Entgelt zu versteuern (§ 8 I EStG).
- ²BSG v. 30. 8. 1994, NZA 1995, 701, 704; zur Praxis der Einzugstellen und Rentenversicherungsträger, NZS 2001, 411.
- ³Erstes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, BGBl. I 2002, S. 4607.
- ⁴Schüren/Behrend, NZA 2003, 521, 525; Schüren/Riederer, AuR 2004, 241, 243f.
- ⁵Böhm, DB 2003, 2598; a.A. Grimm/Brock, AÜG, § 7 Rn. 84f.; Schöne, DB 2004, 136.
- ⁶Und mittelbar auch seinem Arbeitgeber.
- ⁷BSG v. 30. 8. 1994, NZA 1995, 701, 702f.
- ⁸BSG v. 30. 8. 1994, NZA 1995, 701, 702.
- ⁹§ 7 I SGB IV, § 24 I SGB III, § 5 I Nr. 1 SGB V, § 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI, § 2 I Nr. 1 SGB VII, § 20 I 2 Nr. 1 SGB XI.
- ¹⁰Klose, NZA 1997, 872, 873.
- ¹¹Zweites Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt v. 23. 12. 2002, BGBl. I 2002, S. 4621, Art. 2 Nr. 6.
- ¹²Marx, NZS 2002, 126, 127f.
- ¹³Marx, NZS 2002, 126, 128.
- ¹⁴Dazu Berndt, DStR 2000, 1520; Marschner, NZA 1997, 300; Peters-Lange, NZA 1995, 657.
- ¹⁵Der Arbeitnehmeranteil beträgt mehr als 21% des Entgelts, ökonomisch betrachtet kommt noch der etwa gleich hohe Arbeitgeberanteil hinzu.
- ¹⁶Vgl. LAG Hamm v. 9. 11. 1999, NZA-RR 2000, 575.
- ¹⁷BSG v. 11. 12. 1973, BSGE 37, 10, 13; BSG v. 26. 11. 1985, BSGE 59, 183, 185; kritisch Brandenburg/Woltjen, in: Wannagat (Stand: 10/2001), § 7 SGB IV Rn. 92f.
- ¹⁸Boemke, DB 2003, 502, 503; Brandenburg/Woltjen, in: Wannagat (Stand: 10/2001), § 14 SGB IV Rn. 18.
- ¹⁹Ein öffentliches Interesse (§ 5 I 1 Nr. 2 TVG) für die Allgemeinverbindlichkeitserklärung eines Leiharbeitstarifs ist auszuschließen. Denn die Leiharbeitnehmer sind kraft des Gleichbehandlungsgrundsatzes (§§ 9 Nr. 2, 10 IV AÜG) ausreichend gesichert.
- ²⁰Felix, in: Wannagat (Stand: 4/2003), § 23a SGB IV Rn. 12.
- ²¹Felix, in: Wannagat (Stand: 4/2003), § 23a SGB IV Rn. 13.
- ²²Auf Grund von § 17 SGB IV erlassen, zuletzt geändert am 18. 9. 2002, BGBl. I 2002, 3667.
- ²³BAG v. 23. 4. 1971, AP § 97 ArbGG 1953 Nr. 2; BVerfG v. 26. 5. 1970, AP Art. 9 GG Nr. 16; Wiedemann, in: Wiedemann, TVG, § 2 Rn. 310ff.; jüngst stellte das ArbG Gera am 17. 10. 2004, ArbuR 2004, 149, die fehlende Verhandlungsstärke der Christlichen Gewerkschaft Deutschlands (CGD) rechtskräftig fest.
- ²⁴Löwisch/Rieble, TVG, § 2 Rn. 178.
- ²⁵Schüren, in: Schüren, AÜG, § 9 Rn. 218.
- ²⁶Schüren, in: Schüren, AÜG, § 9 Rn. 218.
- ²⁷BAG v. 16. 1. 1990, AP § 2 TVG Nr. 39.
- ²⁸Ebenso wenig kommt eine Anwendung als schuldrechtlicher Koalitionsvertrag (§ 328 BGB, dazu Löwisch/Rieble, TVG, Einl. Rn. 67; § 2 Rn. 178) in Betracht, falls ein Leiharbeitnehmer tatsächlich Mitglied in der nicht tariffähigen Koalition sein sollte.
- ²⁹BDAktuell Nr. 9, S. 51.
- ³⁰Böhm, DB 2003, 2598, 2599. Dasselbe gilt für eine analoge Anwendung des § 4 V TVG, wenn man mit Löwisch/Rieble von einer privatautonomen Legitimation ausgeht. Löwisch/Rieble, TVG, § 2 Rn. 184, § 4 Rn. 377.
- ³¹Schöne, DB 2004, 136, 137; unter Verweis auf: Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. 1, S. 708.
- ³²Böhm, DB 2004, 137.
- ³³Kritisch: Wiedemann, in: Wiedemann, TVG, Einl. Rn. 396f.; Oetker, in: Wiedemann, TVG, § 2 Rn. 321ff.; Richardi, ZFA 2003, 655, 680f.; Rieble, in: FS für Wiedemann, S. 519, 526f.; Schüren, RdA 1988, 138.
- ³⁴Schüren/Riederer, AuR 2004, 241.
- ³⁵BAG v. 25. 11. 1986, AP § 2 TVG Nr. 36.
- ³⁶BAG v. 6. 6. 2000, AP § 97 ArbGG Nr. 9.
- ³⁷Oetker, in: Schleef/Oetker, S. 59, 75; Buchner, DB 2004, 1042, 1043; Schöne, DB 2004, 136, 137.
- ³⁸ArbG Stuttgart v. 4. 12. 1972, AuR 1972, 344.
- ³⁹Pressemitteilung v. 1. 10. 2004, zu finden unter: <http://www.arbeitsgerichte.land-bw.de>.
- ⁴⁰ArbG Stuttgart v. 12. 9. 2003, BB 2004, 827; ablehnend Rieble, DB 2004, 885.
- ⁴¹Schüren/Riederer, AuR 2004, 241, 243.
- ⁴²So Buchner, DB 2004, 1042, 1043.
- ⁴³Wiedemann/Oetker, TVG, § 2 Rn. 17.
- ⁴⁴Buchner, DB 2004, 1042, 1044; Kissel, Arbeitskampfrecht, § 9 Rn. 34; Oetker, in: Wiedemann, TVG, § 2 Rn. 314.
- ⁴⁵Dütz, DB 1996, 2385, 2388; Rieble, in: FS für Wiedemann, S. 519, 529ff.; Löwisch/Rieble, TVG, § 2 Rn. 45; Schüren/Riederer, AuR 2004, 241, 242.
- ⁴⁶Weit weniger rigide haftete der Verleiher, wenn statt des Sprungs auf den Gleichbehandlungsgrundsatz ein wirksamer Tarifvertrag zur Anwendung kommen würde. Zu denken ist insofern an eine Umdeutung der Bezugnahme Klausel (§ 140 BGB). Da der Zweck des Verbotsgesetzes (§ 134 BGB) aber gerade die Gleichbehandlung ist (§ 9 Nr. 2 AÜG), spricht der geäußerte gesetzgeberische Wille gegen die Anwendung von § 140 BGB. Dies gilt auch für den Fall, dass der Verleiher eine salvatorische Klausel einfügt, nach der für den Fall der Nichtigkeit des zu Grunde gelegten Tarifvertrags ein anderer - wirksamer - an dessen Stelle tritt. Schließlich beweist der Verleiher auf diese Weise seine Bösgläubigkeit.
- ⁴⁷BSG v. 30. 8. 1994, NZA 1995, 701; SG Gelsenkirchen v. 2. 11. 2001, DStR 2002, 469, 470.
- ⁴⁸Im Ergebnis ebenso: Böhm, DB 2003, 2598, 2599; Grimm/Brock, AÜG, § 7 En. 92; Schüren, in: Schüren, AÜG, § 9 Rn. 225.

- ⁴⁹ BSG v. 11. 11. 1975, SozR 2200 § 393 Nr. 3; BSG v. 25. 9. 1981, SozR 2200 § 405 Nr. 10.
- ⁵⁰ Marx, NZS 2002, 126, 129.
- ⁵¹ Schmiedl, NZS 2001, 638, 640.
- ⁵² BAG v. 15. 3. 1977, AP Art. 9 GG Nr. 24.
- ⁵³ Wiedemann, in: Wiedemann, TVG, § 1 Rn. 226.
- ⁵⁴ BAG v. 11. 12. 2003, NZA 2004, 723.
- ⁵⁵ Vgl. Berndt, DStR 2000, 1520, 1521.
- ⁵⁶ Zum Verfahren: Felix, in: Wannagat (Stand: 4/2003), § 28p SGB IV Rn. 13ff.; Puchner/Eibl, S. 33ff.
- ⁵⁷ BSG v. 18. 11. 1980, BSGE 51, 31; BGH v. 25. 3. 1965, BGHZ 43, 292.
- ⁵⁸ Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, BGBl. I 2002, S. 4607.
- ⁵⁹ SG Gelsenkirchen v. 2. 11. 2001, DStR 2002, 469, 471; Breidenbach, BB 2002, 1910, 1911.
- ⁶⁰ Anders Breidenbach, BB 2002, 1910, 1914; er möchte an die Aufklärung der BfA anknüpfen.
- ⁶¹ Boemke, DB 2003, 502, 503.
- ⁶² Dasselbe gilt für die Beiträge zur Unfallversicherung (§ 150 III SGB VII), welche die Berufsgenossenschaften erheben.
- ⁶³ Böhm, DB 2003, 2598, 2599.
- ⁶⁴ Marx, NZS 2002, 126, 129.