



Überlegungen zu einer Klage auf Entgeltnachzahlung für Leiharbeitnehmer

I. Vergütung wie vergleichbare Stammbeschäftigte

Leiharbeitnehmer, die weniger verdienen als vergleichbare Stammarbeitnehmer, können nach § 8 Abs. 1 Satz 1 AÜG n. F. (vor 1.4.2017: § 9 Nr. 2 AÜG) Gleichbehandlung verlangen. Dies gilt nicht nur für die Vergütung, sondern auch für alle sonstigen Arbeitsbedingungen.

Es gilt jedoch nicht, wenn ein wirksamer Tarifvertrag etwas anderes bestimmt.

Die vorliegenden Einsendungen gehen in der Regel davon aus, dass eine Schlechterstellung evident ist. Dies bedarf der Überprüfung.

Der Fall kann einfach liegen: der fragliche Leiharbeitnehmer arbeitet (z. B. am Wochenende) auf exakt dem Arbeitsplatz, den sonst ein Stammbeschäftigter innehat. Oder: Er vertritt eine ausgefallene Person und übt dabei genau dieselbe Funktion aus.

Oft wird auch davon berichtet, dass „neben“ dem Leiharbeitnehmer Stammkräfte genau dieselbe Tätigkeit verrichten: Sie stehen am Band nebeneinander, sie haben genau die gleiche Aufgabe als Kundendiensttechniker.

Sind die Verhältnisse komplizierter, gibt es beispielsweise keine Stammbeschäftigten mit der Funktion des Leiharbeitnehmers, so ist entsprechend § 8 Abs. 1 Satz 2 AÜG n. F. auf „vergleichbare Arbeitnehmer in der Einsatzbranche“ abzustellen. Auch Stammarbeiter auf (etwas) weniger qualifizierten Stellen verdienen häufig mehr und können deshalb ggf. als Bezugsgröße dienen. Im äußersten Notfall wäre auf die angemessene Vergütung im Sinne des § 612 BGB abzustellen. Die Leiharbeitsrichtlinie stellt darauf ab, was der Leiharbeitnehmer verdient hätte, wenn er nicht als Leiharbeitnehmer sondern als Stammbeschäftigter eingestellt worden wäre. Diese hypothetische Betrachtung führt in den klaren Fällen zum selben Ergebnis; in den anderen Fällen handelt es sich letztlich um eine spekulative Betrachtung.

Die Frage stellte sich schon nach bisherigem Recht. Die Literatur hat sich eingehend damit auseinander gesetzt: Lembke, in: Boemke/Lemcke (Hrsg.), AÜG, Frankfurt/Main 2013, § 9 Rn. 100 ff.; Schüren, in: Schüren/Hamann (Hrsg.), AÜG, 4. Aufl., München 2010, § 9 Rn. 121 ff.; J. Ulber (Hrsg.), AÜG, 4. Aufl., Frankfurt/Main 2011, § 9 Rn. 66 ff.

II. Abweichung durch wirksame Tarifverträge nach deutschem Recht?

1. In Bezug genommene Tarifverträge

In den Arbeitsverträgen der Leiharbeitnehmer wird in der Regel auf Tarifverträge verwiesen, die die DGB-Tarifgemeinschaft (der alle DGB-Gewerkschaften angehören) mit der Arbeitgeberseite abgeschlossen hat. Dabei ist zu unterscheiden zwischen den

Tarifverträgen mit BAP (= Bundesarbeitgeberverband der Personaldienstleister e. V.) und den Tarifverträgen mit iGZ (Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen).

In beiden Fällen wird die übliche Unterscheidung in Manteltarif, Lohnrahmentarif und Lohntarif praktiziert. Die Tarifverträge lassen sich im Netz unschwer auffinden.

Dazu kommen in einzelnen Branchen die sog. Ergänzungstarifverträge über Branchenzuschläge. Diese hat z. B. die IG Metall für die Metall- und Elektroindustrie, für die Holz und Kunststoff verarbeitende Industrie sowie für die Textil- und Bekleidungsindustrie abgeschlossen (nachlesbar unter <https://www.igmetall.de/leiharbeit-entgelte-6585.htm>).

Wichtig sind auch die Branchenzuschläge in der chemischen Industrie. Außer im Bereich Druck scheint ver.di keine Branchenzuschläge vereinbart zu haben. Diese kommen daher bei vielen Dienstleistungen nicht in Betracht.

2. Überschreitung der gesetzlichen Ermächtigung?

a) Grundsätzliche Positionen

Equal Pay und Equal Treatment sind nach § 8 Abs. 2 Satz 1 AÜG n. F. (bzw. § 9 Nr. 2 AÜG a. F.) tarifdispositiv. Wie weit die Abweichung gehen kann, ist umstritten.

Nach Einführung des Gleichbehandlungsgrundsatzes wurde verbreitet der Standpunkt vertreten, dass nur eine begrenzte Abweichung zugelassen sei. Die Grundstruktur der Regelung, von der abgewichen werde, müsse erhalten bleiben, was etwa bedeutet, dass die in den einzelnen Branchen bestehenden unterschiedlichen Vergütungen berücksichtigt werden müssen. Als Vorbild dient eine Entscheidung des BAG zu § 4 Abs. 4 EFZG, wonach die Bemessungsgrundlage für das im Krankheitsfall fortzuzahlende Entgelt durch Tarifvertrag abweichend von der gesetzlichen Regelung bestimmt werden kann. Das BAG vertrat die Auffassung, die tariflichen Zuschläge könnten vollständig aus der Bemessungsgrundlage ausgenommen werden, doch müsse die tarifliche Grundvergütung zu 100 % erhalten bleiben.

BAG v. 13.3.2002 – 5 AZR 648/00 – NZA 2002, 744

In der Literatur wurde deshalb der Standpunkt vertreten, der Grundsatz der Gleichbehandlung dürfe „gestaltet, aber nicht verlassen“ werden.

Schüren/Behrend, NZA 2003, 521, 525

Entsprechende Auffassungen werden im allgemeinen Tarifrecht vertreten, wonach die Schutzkonzeption des jeweiligen tarifdispositiven Gesetzes nicht völlig außer Acht gelassen werden dürfe.

S. die Nachweise bei Krause, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, Tarifvertragsrecht, 2. Aufl., München 2013, § 1 Rn 144

Weitergehend wird der Standpunkt vertreten, dass der tarifliche Schutz insgesamt gleichwertig sein müsse.

Bepler, FS Kempfen, 2013, S. 109, 121; Wiedemann, in: Ders. (Hrsg.), Kommentar zum TVG, 7. Aufl., München 2007, Einl. Rn. 388; Ulber/Stang AuR 2015, 250, 254. In diese Richtung auch D. Ulber, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz. Kommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2016, Einl. Rn. 478

b) Präjudizien?

Weder der Grundsatz der beschränkten Abweichung noch der Grundsatz der Gleichwertigkeit des tariflichen Schutzes war bisher Gegenstand eines Verfahrens vor dem BAG. Dies hängt damit zusammen, dass verklagte Verleihfirmen bei wichtigen Fragen dazu neigen, die Kläger klaglos zu stellen, um so ein möglicherweise für sie negatives Urteil zu vermeiden.

S. etwa zuletzt den Beschluss des BAG v. 28.11.2016 (5 AZR 854/15): Ein ausgeschiedener Leiharbeiter hatte sich dagegen gewehrt, dass einsatzfreie Zeiten von seinem Zeitkonto abgezogen wurden, was gegen den in § 11 Abs. 4 AÜG für zwingend erklärten Grundsatz verstoße, dass der Arbeitgeber das Betriebsrisiko trage. Das LAG Hessen (15 Sa 766/14) hatte in zweiter Instanz die Klage abgewiesen und die Revision nicht zugelassen. Dagegen hatte sich der Kläger mit der Nichtzulassungsbeschwerde gewehrt und war damit beim BAG durchgedrungen. Bevor es zu einer Entscheidung des BAG in der Sache kam, erhielt der Kläger den eingeklagten Betrag samt Anwaltskosten ausbezahlt, so dass sich die Hauptsache erledigt hatte – angesichts der Entscheidung des LAG Hessen keine ganz selbstverständliche Reaktion der beklagten Verleihfirma.

Bei einer größeren Zahl von Verfahren und der durch die Medien geschaffenen Publizität dürfte diese Vorgehensweise in den vorliegenden Fällen wohl eher nicht zur Anwendung kommen, da „Nachahmerfälle“ zu befürchten wären. Bisher sind Leiharbeiter immer – wenn überhaupt – isoliert vorgegangen, so dass kaum mit weiteren Klagen zu rechnen war.

c) Argumentationsmöglichkeiten

Die These, die Lohngleichheit dürfe „gestaltet, aber nicht verlassen“ werden, ist insbesondere dort aussichtsreich, wo es wie im Organisationsbereich von ver.di (außer Druck) keine Branchenzuschläge gibt. Hier ist vom Equal Pay – Grundsatz nichts mehr übrig, weil der Einsatzbetrieb keine Rolle spielt.

In den anderen Fällen wäre auf Folgendes hinzuweisen:

Die Leiharbeit will im Interesse der Unternehmen einen flexiblen Einsatz von Arbeitskräften ermöglichen. Je häufiger ein Leiharbeitnehmer den Einsatzbetrieb wechselt, umso flexibler ist er, umso höher sind die zu bewältigenden Anforderungen. Die durch die Branchentarife geschaffene Lohnstruktur wirkt dem gerade entgegen: Wer beim selben Einsatzbetrieb 12 Monate ist, verdient am besten. Wer dagegen des Öfteren wechselt, muss immer wieder von vorne anfangen, ist also finanziell benachteiligt. Dies verstößt gegen den Sinn der Ermächtigung an die Tarifparteien, die dem gesetzlichen Modell zwar insoweit entgegenkommen, als sich die unterschiedlichen Vergütungshöhen in den einzelnen Branchen auch in der Vergütung von Leiharbeitnehmern niederschlagen. Sie verstoßen aber insoweit gegen das gesetzliche Modell, als sie gesteigerte Flexibilität bestrafen. Damit ist der Ermächtigungsrahmen gleichfalls überschritten.

d) Unterschreitung der Vergütung der Stammarbeitnehmer um mehr als ein Drittel

Soweit der Fall entsprechende Anhaltspunkte bietet, kann man eine Klage auch darauf stützen, dass die durch Verweisung auf den Leiharbeitstarif vereinbarte Vergütung sittenwidrig ist. Eine entsprechende Auffassung wird in einem NZA-Aufsatz von einem nicht ganz unbekanntem Mitarbeiter des BMAS vertreten.

Riechert, Grenzen tariflicher Abweichung vom Equal Pay-Grundsatz des AÜG, NZA 2013, 303 ff.

In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass die Unterschreitung der Tariflöhne um mehr als ein Drittel gegen die guten Sitten verstößt; eine entsprechende Abmachung ist nach § 138 BGB sittenwidrig und daher nichtig.

So bereits BGH DB 1997, 1670; ebenso BAG v. 17.10.2012 – 5 AZR 792/11 – NZA 2013, 266; weitere Nachweise bei Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 16. Aufl., München 2015, § 34 Rn. 6 ff.

Dies lässt sich nun nicht einfach auf die Leiharbeitstarife übertragen, da die Leiharbeitsbranche vom BAG als spezifischer Bereich angesehen wird, für den – wie für andere Branchen – eigene Maßstäbe gelten.

BAG v. 24.3.2004 – 5 AZR 303/03 - NZA 2004, 971, 973 f.

Ein ganz andere Frage ist aber, ob die gesetzliche Ermächtigung an die Tarifparteien zur Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz so weit geht, dass auch eine Vergütung vorgesehen werden kann, die bei einem Stammbeschäftigten gegen § 138 BGB verstoßen würde. Wie Riechert (NZA 2013, 303, 307) im Einzelnen dargelegt hat, war mit der Liberalisierung der Leiharbeit im Jahre 2003 die Erwartung verbunden, Akzeptanz und Qualität der Arbeitnehmerüberlassung zu schaffen, nicht aber eine prekäre Beschäftigungsform ins Leben zu rufen. Von einer solchen müsste aber die Rede sein, wenn das Lohnniveau im Einsatzbetrieb um mehr als ein Drittel unterschritten würde.

Bezüglich weiterer Überlegungen muss auf den Beitrag von Riechert (NZA 2013, 3034, 308) verwiesen werden. Zustimmend Rebhahn/Schörghofer, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, München 2016, Art. 5 RL 2008/104/EG (Nr. 620), Rn. 18 unter Rückgriff auf die Leiharbeitsrichtlinie

III. Abweichung durch wirksame Tarifverträge unter Berücksichtigung der Leiharbeitsrichtlinie

1. Die Leiharbeitsrichtlinie und ihre Einwirkung auf das AÜG

Die Leiharbeitsrichtlinie der EU („Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit“ – ABIEG v. 5. 12. 2008 – L 327/9 ff.) geht in ihrem Art. 5 Abs. 1 gleichfalls vom Grundsatz der Gleichbehandlung der Leiharbeitnehmer mit vergleichbaren Arbeitnehmern des Einsatzbetriebes aus. Im Einzelnen wird bestimmt:

„Die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der Leiharbeitnehmer entsprechen während der Dauer ihrer Überlassung an ein entleihendes Unternehmen mindestens denjenigen, die für sie gelten würden, wenn sie von jenem genannten Unternehmen unmittelbar für den gleichen Arbeitsplatz eingestellt worden wären.“

Im Folgenden erfährt dieser Grundsatz Spezifizierungen; daneben werden tarifliche Abweichungen zugelassen, die jedoch deutlichen Grenzen unterliegen, die so im deutschen Recht nicht vorhanden sind.

Was zunächst die Spezifizierung betrifft, so müssen bei der Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes die im Entleihbetrieb geltenden Vorschriften des Mutter- und Jugendarbeitsschutzes sowie die Gleichbehandlung von Männern und Frauen und die (sich auch im AGG findenden) Diskriminierungsverbote so eingehalten werden, wie dies durch Gesetze und sonstige allgemeine Bestimmungen festgelegt ist.

Nach Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie können die Mitgliedstaaten in Bezug auf das Arbeitsentgelt eine Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz vorsehen, sofern der Leiharbeitnehmer einen unbefristeten Vertrag abgeschlossen hat und auch in der Zeit zwischen den Überlassungen bezahlt wird. Wie schon der Wortlaut deutlich macht, ist eine Abweichung von den sonstigen Arbeitsbedingungen der Stammbeschäftigten nicht vorgesehen.

Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie enthält eine allgemeinere Ermächtigung. Danach kann den Tarifparteien die Befugnis eingeräumt werden, „unter Achtung des Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmern“ Regelungen in Bezug auf die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen zu erlassen, die vom Gleichbehandlungsgrundsatz abweichen. Dem größeren Anwendungsbereich, von dem beispielsweise auch befristet beschäftigte Leiharbeitnehmer erfasst werden, steht eine engere Gestaltungsmacht gegenüber, die den „Gesamtschutz“ beachten muss.

Blanke (DB 2010, 1528, 1531) vertritt die Auffassung, Abs. 2 sei eine Spezialnorm, die einen Rückgriff auf Abs. 3 ausschließe, wenn eine unbefristete Beschäftigung beim Verleiher vorliege und dieser das Entgelt auch in der verleihfreien Zeit bezahlen muss.

Art. 5 Abs. 4 der Richtlinie enthält eine weitere Ausnahme für solche Mitgliedstaaten, die keine Ausdehnung von Tarifverträgen auf Nichtmitglieder der Tarifparteien kennen (z. B. Großbritannien, Irland) und lässt für sie Abweichungen vom Gleichbehandlungsgrundsatz zu, soweit ein „angemessenes Schutzniveau“ gewahrt bleibt. Angesichts der Möglichkeit zur Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG und nach § 3 AEntG ist die Vorschrift für Deutschland ohne unmittelbare Bedeutung.

Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie ermächtigt die Mitgliedstaaten, eine missbräuchliche Anwendung des Art. 5 zu verhindern, „insbesondere aufeinander folgende Überlassungen, mit denen die Bestimmungen der Richtlinie umgangen werden sollen.“

EU-Richtlinien sind im Verhältnis zwischen Privaten nicht unmittelbar anwendbar. Das nationale Recht ist jedoch richtlinienkonform, d. h. so auszulegen, dass kein Widerspruch zu den Bestimmungen der Richtlinie entsteht.

S. EuGH v. 19.4.2016 – C-441/14 – NZA 2016, 537 Tz. 30 ff.; weitere Nachweise bei Wißmann, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Aufl., München 2017, Vorbemerkung zum AEUV Rn 25 ff. und bei Zimmer, AuR 2012, 422

Dies setzt einen Interpretationsspielraum voraus, der im Rahmen des § 8 Abs. 2 Satz 1 AÜG unzweifelhaft besteht, da dort eine allgemeine Ermächtigung zur tariflichen Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz vorgesehen ist, die außer der Begrenzung durch die Lohnuntergrenze nach § 3a AÜG nicht weiter spezifiziert wird. Insoweit stößt eine richtlinienkonforme Auslegung auf keine Hindernisse.

Vgl. aber Zimmer, NZA 2013, 289, 292, die einen inhaltlichen Verstoß gegen EU-Recht konstatiert und deshalb grundsätzlich einen Schadensersatzanspruch des benachteiligten Leiharbeitnehmers gegen die Bundesrepublik bejaht.

2. Abweichungen vom Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie

Wie bereits ausgeführt, enthält Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie eine Ermächtigung lediglich in Bezug auf die Vergütung. Weiter ist vorausgesetzt, dass das Leiharbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit besteht und der Verleiher das Risiko der Lohnzahlung während der verleihfreien Zeit trägt.

Diese Vorschrift kann von vorne herein keine Anwendung finden, wenn der Leiharbeitnehmer nur einen befristeten Arbeitsvertrag besitzt. Auch bei unbefristeten Arbeitsverträgen greift die

Bestimmung nicht ein, wenn das Entgelt während der verleihfreien Zeit gemindert ist oder wenn in diesem Zeitraum eine Verrechnung mit Zeitguthaben erfolgt.

J. Ulber/Stang, AuR 2015, 250, 254

Ob dies zulässig ist, wird man mit Rücksicht auf § 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG bezweifeln können, doch ist an die oben (unter II 2 b) erwähnte Entscheidung des LAG Hessen zu erinnern, die eine solche Abmachung als schlichte (unregelmäßige) Verteilung der Arbeitszeit qualifizierte und deshalb die Verrechnung für zulässig erklärte. Angesichts dieser Situation wird man jedenfalls den Standpunkt vertreten können, dass ein Arbeitgeber gegen Treu und Glauben verstoßen würde, wollte er sich unter Berufung auf die Nichtigkeit einer solchen arbeitsvertraglichen Risikoverteilung auf einen Tarifvertrag berufen, der lediglich mit Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie zu rechtfertigen wäre.

Besteht ein unbefristetes Arbeitsverhältnis, wird dieses jedoch innerhalb der ersten sechs Monate, also vor Eingreifen des KSchG gekündigt, so wäre Art. 5 Abs. 2 gleichfalls nicht anwendbar, wenn die Kündigung unmittelbar im Anschluss an den ersten Einsatz erfolgte: In einem solchen Fall wollte der Arbeitgeber in Wahrheit das Risiko einer Bezahlung während der verleihfreien Zeit nicht übernehmen. Dasselbe gilt dann, wenn sich an den ersten Einsatz unmittelbar ein zweiter anschloss, danach jedoch eine Kündigung ausgesprochen wurde.

Von „faktisch befristeten“ Leiharbeitsverhältnissen sprechen Brors/Schüren, Vorschläge für eine gesetzliche Regelung zur Eindämmung von Missbräuchen beim Fremdpersonaleinsatz und zur Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie, Arbeitsrechtliches Gutachten für das Ministerium für Arbeit, Integration und Soziales des Landes NRW, Februar 2014, S. 11

Die Fälle des Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie werden in der Praxis relativ selten sein. Liegt ein solcher Fall vor, so muss jedenfalls das Missbrauchsverbot des Art. 5 Abs. 5 eingreifen; auch muss ähnlich wie nach nationalem deutschem Recht der Sinn der Öffnungsklausel beachtet werden.

3. Abweichungen vom Gleichbehandlungsgebot nach Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie

Verfügt der Leiharbeitnehmer nur über einen befristeten Arbeitsvertrag oder ist sein Vertrag zwar unbefristet, trägt jedoch der Arbeitgeber nicht das Risiko der Bezahlung in der verleihfreien Zeit, so kommt nur eine tarifliche Abweichung im Rahmen des Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie in Betracht. Dabei muss der „Gesamtschutz“ des Leiharbeitnehmers gewahrt bleiben.

Der Begriff des „Gesamtschutzes“ existiert im deutschen Arbeitsrecht bislang nicht. Auch fehlen Entscheidungen des EuGH. Dasselbe gilt für die ähnlichen Grenzen für die tarifliche Abweichung in Art. 18 der Arbeitszeitrichtlinie.

S. Gallner, in: Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, a.a.O. (oben II 2 d a. E.) RL 2003/88/EG (Nr. 580) Erl. zu Art. 18

Der konkrete Inhalt des Begriffs „Gesamtschutz“ lässt sich auch nicht über die anderen sprachlichen Fassungen der Richtlinie erschließen. Wenn dort von „Globalschutz“ oder von „allgemeinem Schutz des Leiharbeitnehmers“ die Rede ist, so bringt dies gleichfalls keine weitergehenden Erkenntnisse.

Im Englischen heißt es “the overall protection of temporary agency workers”, im Französischen “protection globale”, im Italienischen „protezione globale“, im Spanischen „protección global“. In anderen Sprachen ist vom „allgemeinen Schutz“ der Leiharbeitnehmer die Rede (portugiesisch: „protecção geral dos trabalhadores temporários“; maltesisch: „il-protezzjoni generali“; niederländisch: „met inachtneming van de algemene bescherming van de uitzendkrachten“; kroatisch: „opće zaštite“; slowenisch: „spoštovanju splošnega varstva delavcev“; tschechisch: “celkové ochrany“)

In ihrem Bericht über die Anwendung der Leiharbeitsrichtlinie spricht die EU-Kommission davon, von dem Gleichbehandlungsgrundsatz könne nur in beschränktem Umfang und unter strengen Bedingungen abgewichen werden.

COM (2014) 176 final S. 2: „for certain limited derogations under strict conditions“

Dies wertet den zu beachtenden “Gesamtschutz” auf. Seine Beachtung kommt keiner generellen Angemessenheitskontrolle gleich.

Insoweit zutreffend Sansone, in: Preis/Sagan (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, § 8 Rn. 76; Forst, in: Schlachter/Heinig (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, § 16 Rn. 74

Er hat aber zumindest die Bedeutung, dass die Anwendung der für alle Arbeitnehmer geltenden Vorschriften nicht genügt; vielmehr müssen spezifisch leiharbeitsrechtliche Bestimmungen die Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz kompensieren.

Rebhahn/Schörghofer, in: Franzen/Galler/Oetker, aaO (oben II 2 d a. E.), Art. 5 RL 2008/104/EG (Nr. 620) Rn. 19

Dies wird durch die Erwägungsgründe Nr. 16 und 17 der Leiharbeitsrichtlinie bestätigt, wo es heißt:

„(16) Um der Vielfalt der Arbeitsmärkte und der Arbeitsbeziehungen auf flexible Weise gerecht zu werden, können die Mitgliedstaaten den Sozialpartnern gestatten, Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen festzulegen, sofern das Gesamtschutzniveau für Leiharbeitnehmer gewahrt bleibt.

(17) Außerdem sollten die Mitgliedstaaten unter bestimmten genau festgelegten Umständen auf der Grundlage einer zwischen den Sozialpartnern auf nationaler Ebene geschlossenen Vereinbarung vom Grundsatz der Gleichbehandlung in beschränktem Maße abweichen dürfen, sofern ein angemessenes Schutzniveau gewährleistet ist.“

Damit sind abweichende Tarifverträge zudem als Ausnahmetatbestände definiert.

Dazu auch Zimmer NZA 2013, 289, 291

Wie man den „Gesamtschutz“ insgesamt und für alle denkbaren Konstellationen bestimmt, kann letztlich dahinstehen: Der „Gesamtschutz“ ist jedenfalls dann nicht mehr gewahrt, wenn

die fraglichen Tarifverträge ausschließlich zu Lasten der Leiharbeitnehmer vom Gleichbehandlungsgrundsatz und von sonstigen gesetzlichen Regeln abweichen.

Blanke (DB 2010, 1528, 1531) nimmt insoweit einen Verstoß gegen das Sozialstaatsprinzip an

Wollte man eine solche reine Abweichung „in peius“ zulassen, wäre der „Gesamtschutz“ als Schranke funktionslos: Er hätte keinerlei Grenzziehungsfunktion mehr. Auch wären die in Art. 5 Abs. 2 aufgestellten spezifischen Beschränkungen ohne Bedeutung.

Die bestehenden Leiharbeitstarife in der Bundesrepublik weichen in praktisch allen Fragen nicht nur vom Gleichbehandlungsgrundsatz, sondern auch von anderen Normen zu Lasten der Leiharbeitnehmer ab (was in einer Klage im Einzelnen darzulegen wäre). Sie überschreiten daher den im Lichte des Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie interpretierten Ermächtigungsrahmen des § 8 Abs. 2 Satz 1 AÜG und sind deshalb unwirksam.

4. Schranken für die Abweichung vom Gleichbehandlungsgebot nach Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie

Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie verbietet einen Missbrauch der durch Art. 5 Abs. 2 bis 4 eröffneten Gestaltungsmöglichkeiten. Ein Anwendungsfall ist beispielsweise das sog. Drehtürverfahren, das von der Fa. Schlecker praktiziert wurde und das durch § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG a. F. und durch § 8 Abs. 3 AÜG n. F. wirtschaftlich uninteressant gemacht wurde: Der Gleichbehandlungsgrundsatz gilt zwingend, wenn der fragliche Leiharbeitnehmer in den letzten sechs Monaten vor Überlassung bei dem Entleiher oder bei einem anderen Unternehmen beschäftigt war, das zum selben Konzern wie der Entleiher gehört.

Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie nennt einen wichtigen Anwendungsfall: Aufeinander folgende Überlassungen dürfen nicht den Schutz der Richtlinie umgehen. In der Literatur wird der Fall genannt, dass eine gesetzlich oder durch Tarifvertrag vorgesehene Wartezeit bis zum Eintritt der Gleichbehandlung von z. B. 12 Wochen dadurch umgangen wird, dass Leiharbeitnehmer immer nur für 11 Wochen überlassen werden.

Forst, in: Schlachter/Heinig (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, a.a.O.,

§ 16 Rn. 77 unter Bezugnahme auf eine Stellungnahme einer EU-Expertengruppe

Dies könnte in Deutschland insbesondere im Hinblick auf die Neun-Monats-Frist für den Eintritt von Equal Pay sowie deshalb eine große Rolle spielen, weil die Steigerungsbeträge in den Zusatztarifen einzelner Branchen („Branchenzuschläge“) dadurch umgangen werden können, dass die Überlassungsdauer immer nur auf einen Zeitraum von höchstens drei Monaten beschränkt wird. Dies hat in der Diskussion bisher eine recht geringe Rolle gespielt.

Wenn im Einzelfall Anhaltspunkte für eine derartigen Missbrauch bestehen, sollte man die Auslegung des § 8 Abs. 2 Satz 1 AÜG n. F. im Lichte des Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie ins Auge fassen.

5. Keine Abweichung durch arbeitsvertragliche Verweisung?

Die weit überwiegende Zahl der Leiharbeitnehmer ist nicht kraft Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft an Leiharbeitstarife gebunden. Vielmehr ergibt sich die Bindung aus einer arbeitsvertraglichen Verweisung, die § 8 Abs. 2 Satz 3 AÜG n. F. in Übereinstimmung mit dem bisherigen Recht ausdrücklich gestattet. In der Literatur ist darauf hingewiesen worden, dass die Leiharbeitsrichtlinie in Art. 5 Abs. 3 bis 5 Abweichungen vom Gleichbehandlungsgrundsatz ihrem eindeutigen Wortlaut nach nur durch Tarifvertrag zulässt. Auch die Entstehungsgeschichte spricht gegen die Einbeziehung weiterer Gestaltungsmittel.

Zimmer, NZA 2013, 289, 292

Lediglich Art. 5 Abs. 2 lässt die Mittel offen.

Weiter lassen es Sinn und Zweck der Ausnahmen nicht zu, sie im Wege von arbeitsvertraglichen Vereinbarungen in Anspruch zu nehmen.

Rödl/D. Ulber, NZA 2012, 841 ff.; Zimmer NZA 2013, 289, 293

Dies gilt insbesondere deshalb, weil die arbeitsvertragliche Vereinbarung nicht von vorne herein auf einen bestimmten Tarifvertrag begrenzt ist. Vielmehr eröffnet § 8 Abs. 2 Satz 3

AÜG n. F. dem Arbeitgeber die (derzeit eher theoretische) Möglichkeit, zwischen verschiedenen Tarifverträgen zu wählen, soweit sein Unternehmen in deren Geltungsbereich fällt. Hinsichtlich aller Einzelheiten kann auf den Aufsatz von Rödl und D. Ulber verwiesen werden. Zimmer (NZA 2013, 289, 293) plädiert für einen Schadensersatzanspruch gegen die Bundesrepublik.

IV. Vorlagen an den EuGH

Soweit es nach Auffassung des Arbeitsgerichts für die Entscheidung auf die Auslegung von Unionsrecht ankommt, kann das Gericht nach Art. 267 Abs. 2 AEUV dem EuGH Fragen vorlegen. Ein letztinstanzliches Gericht ist dazu nach Art. 267 Abs. 3 AEUV verpflichtet, soweit nicht der Inhalt des Unionsrechts keinem Zweifel unterliegt (Lehre vom sog. *acte clair*) oder bereits eine Entscheidung des EuGH zu der fraglichen Problematik vorliegt, von der das vorliegende Gericht nicht abweichen will.

Eine entsprechende Entscheidung eines Instanzgerichts wird dadurch erleichtert, dass der Prozessvertreter des Leiharbeitnehmers von sich aus eine Formulierung vorschlägt. Dabei ist darauf zu achten, dass ausschließlich nach dem Inhalt des Unionsrechts gefragt wird. Im vorliegenden Zusammenhang wären folgende Fragen naheliegend:

Ist der Gesamtschutz im Sinne von Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2008/104/EG so zu verstehen, dass er durch tarifliche Regelungen verletzt wird, die ausschließlich zum Nachteil des Leiharbeitnehmer von der kraft Gesetzes bestehenden Rechtslage abweichen?

Ist ein unbefristeter Arbeitsvertrag im Sinne des Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2008/104/EG auch dann anzunehmen, wenn der Leiharbeitnehmer im Anschluss an einen Einsatz bei einem Entleiher vor Eintritt des gesetzlichen Kündigungsschutzes gekündigt wird?

Stellt es einen Missbrauch der tariflichen Gestaltung von Leiharbeitsverhältnissen dar, wenn ein Leiharbeitnehmer ohne zwingende betriebliche Gründe vor Eintritt einer höheren Vergütung aufgrund Gesetzes oder Tarifvertrags zu einem anderen Entleiher entsandt wird, wo er wieder die Vergütung eines „Anfängers“ erhält? (Die Frage lässt sich auch konkreter

nur im Hinblick auf die Neun-Monats-Frist für Equal Pay oder nur für die Erhöhung der Vergütung nach den Tarifverträgen über Branchenzuschläge formulieren)

Ermöglicht Art. 5 Abs. 2 bis 5 der Richtlinie 2008/104/EG eine Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2008/104/EG auch in der Weise, dass im Arbeitsvertrag auf einen für Leiharbeitnehmer geltenden Tarifvertrag verwiesen wird?

V. Ergänzende Hinweise

1. Verfallklauseln

In vielen Arbeitsverträgen von Leiharbeitnehmern finden sich Verfallklauseln, wonach alle Ansprüche gegen den Verleiher verfallen, wenn sie nicht innerhalb von drei Monaten geltend gemacht werden. Dabei ist aber zu beachten, dass eine solche Klausel ja auch den nicht einschränkbaren Mindestlohnanteil der Vergütung umfasst. Insoweit ist sie irreführend und deshalb wegen Intransparenz nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam. Dies hat das BAG (Urt. v. 24.8.2016 – 5 AZR 703/15 – NZA 2016, 1539) für den Mindestlohn in der Pflege genauso entschieden. Für den allgemeinen Mindestlohn kann nichts anderes gelten. Ob die Unwirksamkeit auch für Altverträgen aus der Zeit vor der Existenz eines gesetzlichen Mindestlohns eingreift, hat das BAG dahinstehen lassen; vieles spricht dafür, insoweit eine geltungserhaltende Reduktion vorzunehmen und die Klausel für wirksam zu halten. In vielen Leiharbeitsfällen dürfte der Arbeitsvertrag aber nach dem 1.1.2015 abgeschlossen worden sein.

2. Informationsdefizite in Bezug auf die Entlohnung der Stammkräfte beim Entleiher

§ 13 AÜG gibt dem Leiharbeitnehmer einen Auskunftsanspruch gegen den Entleiher. Dieser bezieht sich auf die für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts. Er kann vor den Arbeitsgerichten geltend gemacht werden, da nach Auffassung des BAG (15.3.2011 – 10 AZB 49/10 – NZA 2011, 653) die rechtliche Beziehung zwischen Leiharbeitnehmer und

Entleiher arbeitsrechtlichen Charakter hat und deshalb die Arbeitsgerichte für Streitigkeiten zuständig sind.

Der Auskunftsanspruch besteht nicht, wenn sich die Entlohnung und die Arbeitsbedingungen nach einem (Leiharbeits-)Tarifvertrag bestimmen. Vertritt man wie hier die Auffassung, dass die geltenden Tarife den (richtlinienkonform bestimmten) Ermächtigungsrahmen überschreiten, so sind sie unwirksam; die Ausnahme in Bezug auf den Auskunftsanspruch greift nicht Platz.

Möglicherweise wäre die Auskunftsklage nach § 13 AÜG der einfachere Weg, um zu einer Vorlageentscheidung an den EuGH zu kommen.