

## Dürfen nun Leiharbeiter\*innen wirklich schlechter gestellt werden?

Kommentar von Armin Kammrad vom 21 Dezember 2022 zur EuGH-Entscheidung vom 15. Dezember 2022 zu Rechtssache C-311/21

Eigentlich zeigt Rnr. 11 zum Unionsrecht in der Urteilsbegründung bereits, welche Ideologie die Entscheidung prägt: *"Die Leiharbeit entspricht nicht nur dem Flexibilitätsbedarf der Unternehmen, sondern auch dem Bedürfnis der Arbeitnehmer, Beruf und Privatleben zu vereinbaren. Sie trägt somit zur Schaffung von Arbeitsplätzen und zur Teilnahme am und zur Eingliederung in den Arbeitsmarkt bei"*. Kapitalistische Ausbeutung wird verharmlost, dem Leiharbeiter werden höchsttrichterlich Bedürfnisse unterstellt, die den meisten Leiharbeitern wohl völlig unbekannt sind, und die neoliberale Gestaltung des Arbeitsmarktes wird verteidigt. Dies alles nimmt der EuGH einfach mal so hin. Nun gut, es gibt da noch die rechtliche Seite. Allerdings überzeugt mich auch das Konzentrat der Entscheidung der Zweiten Kammer des EuGH zur Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG nicht, was sich auf das Zitat verkürzen lässt, dass durch Tarifvertrag eine *"Ungleichbehandlungen in Bezug auf wesentliche Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen zum Nachteil von Leiharbeitnehmern"* zulässig sei. Um *"den Gesamtschutz der betroffenen Leiharbeitnehmer zu achten"*, müssen ihnen dann jedoch *"Vorteile in Bezug auf wesentliche Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen"* gewährt werden, *"die geeignet sind, ihre Ungleichbehandlung auszugleichen."* Klingt logisch und richtig - zumindest auf den ersten Blick. Doch wie und wodurch den Verzicht auf Equal Pay ausgleichen? Es ist wohl kein Zufall, dass der EuGH - wie schon der Generalanwalt zuvor - hier kein konkretes Beispiel für einen Ausgleich nennt. Es gibt ein solches Beispiel schlichtweg nicht, wie sich beispielhaft am Gegenstand der Klage, welche die Grundlage für die BAG-Vorlage bildet, zeigen lässt:

Dort geht es konkret um ca. 4 Euro weniger für eine Leiharbeiterin gegenüber dem, was die Stammebelegschaft für die Arbeitsstunde mit vergleichbarer Arbeit bekam. Wie soll solche Ungleichbehandlung ausgeglichen werden, die bei - einmal beispielhaft unterstellten - 35 Stunden-woche ein Minus von ca. 560 Euro im Monat bei Leiharbeit betragen würde? Von den unter Art.3 Pkt i. in der Richtlinie genannten Ausgleichsmöglichkeiten, böten sich eigentlich nur eine bezahlte *"Ruhezeit"*, *"Urlaub"* oder sonstige *"arbeitsfreie Tage"* an. *"Überstunden, Pausen, (...) Nachtarbeit"*, als die weiteren in Art. 3 Pkt. f. genannten *"wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen (...), die im entleihenden Unternehmen gelten"*, sind als Ausgleich wohl kaum geeignet. Denkbar wären zwar evtl. noch in der Richtlinie ungenannte Möglichkeiten. Aber nicht zufällig verbreitet auch hier der EuGH nichts, was als sachgerechte Aufklärung verstanden werden könnte. Wesentliche Bestimmungen zur Leiharbeit unterliegen dem Gesetz- oder Verordnungsgeber, sind also tariflichen Vereinbarungen entzogen und haben bestenfalls den Charakter einer Anregung an den Gesetz- oder Verordnungsgeber (wie z.B. die Lohnuntergrenze nach § 3a Arbeitnehmerüberlassungsgesetz). Doch um auf den vom EuGH geforderten Ausgleich zurückzukommen... Allein bei der oben unterstellten 35 Stundenwoche wären es pro Woche 140 Euro weniger gegenüber der Stammebelegschaft (konkret: 4 Euro x 35 Std.), die als bezahlte Freizeit ausgeglichen werden müssten, bzw. ggf. den Einsatz eines weiteren Leiharbeiters erfordern würde, da im Fall eines Ausgleichs durch bezahlte Freizeit der oder die Leiharbeiter\*in gar

nicht auf 35 Stunden in der Woche käme. Aber genau betrachtet meint das der EuGH gar nicht.

Wie das? Er vertritt doch die Notwendigkeit eines geeigneten Ausgleichs? Ja, das vertritt er - auch. Er hält sogar ein paar Urlaubstage (im Monat oder im Jahr?) für keinen angemessenen Ausgleich, die übrigens *"einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle unterliegen können müssen, um zu überprüfen, ob die Sozialpartner ihrer Pflicht zur Achtung des Gesamtschutzes dieser Arbeitnehmer nachkommen."* Der EuGH übernimmt hierzu die Begründung in der Richtlinie Pkt. 17, die Vereinbarungen für zulässig erklärt, die *"vom Grundsatz der Gleichbehandlung in beschränktem Maße abweichen dürfen"*. Natürlich hätte der EuGH es sich hier auch einfacher machen können, indem er betont, dass der Equal-Pay-Grundsatz nicht ehern ist, die "Sozialpartner" nach Art. 5 Abs.3 also nach unten abweichen dürfen - allerdings ohne Verpflichtung, den geringeren Lohn für gleiche Arbeit durch Vorteile auszugleichen, *"die geeignet sind, ihre Ungleichbehandlung auszugleichen"*. Weniger Geld für die gleiche Arbeit beinhaltet nun mal keinen geeigneten Ausgleich - zumindest für "normale" Menschen nicht, d.h. für Menschen ohne Kenntnis tieferer juristischer Besonderheiten beim sprachlichen Ausdruck, wonach "geeigneter Ausgleich" nicht geeigneten Ausgleich meint.

Einerseits erscheint es schon als elitär zu glauben, für meist vom Niedriglohn lebende Leiharbeiter\*innen sei etwas mehr Freizeit hilfreiche Kompensation für bis zu 30 % weniger Lohn. Sie würden sich wahrscheinlich - nicht nur für die gestiegenen Wohnkosten - einen zweiten oder gar dritten Job suchen müssen. Andererseits verschleiert solcher, noch zu spezifizierender "Ausgleich" die Tatsache, dass Leiharbeiter\*innen nicht nur beim Lohn, sondern auch bei den Arbeitsbedingungen diskriminiert werden. Wieviele Tage Urlaub würden denn reichen, um nicht nur an den Urlaubsanspruch der Stammbeslegschaften zu kommen, geschweige zusätzliche Kompensation für entgangenen Lohn zu liefern?

Wenigstens etwas sachgerechter wäre es auch gewesen, wenn wenigstens die Abweichung bei der Bezahlung höchststrichterlich begrenzt worden wäre (z.B. auf maximal 20 oder gar 10 Prozent gegenüber der Stammbeslegschaft) und die Lohnuntergrenze nicht wieder einer eher kapitalfreundlichen Gesetzgebung überlassen bleibt. So etwas macht der EuGH allerdings auch deshalb nicht, weil er sich nicht als Kritiker einer EU-Richtlinie, sondern als Richtlinieninterpret aufgrund einer Anfrage eines nationalen Gerichts (des BAG) versteht. Zu beachten ist auch die EuGH-Position, dass die Ausnahmeregelung für Tarifverträge (Art. 5 Abs. 3) *"durch ihre Bezugnahme auf den Begriff „Gesamtschutz von Leiharbeitnehmern“ nicht erfordert, ein den Leiharbeitnehmern eigenes Schutzniveau zu berücksichtigen, das über dasjenige hinausgeht, das durch nationales Recht und Unionsrecht betreffend die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für die Arbeitnehmer im Allgemeinen festgelegt ist."* Heißt das, dass nicht einmal z.B. bei der Urlaubsregelung, über die Regelung bezüglich der Stammbeslegschaft hinausgegangen werden muss, weil eine solche Sonderbehandlung für den Gesamtschutz bei Leiharbeit gar nicht notwendig sei?

Übersetzt meint der EuGH wohl, dass eine Sonderbehandlung von Leiharbeit zwecks Nachteilsausgleich nicht beinhalten muss, dass der Stammbeslegschaft - z.B. durch Tarifvertrag - die Sonderbehandlung bei Leiharbeit verschlossen sei, z.B. eine Woche mehr bezahlten Urlaub ggf. nachträglich und unabhängig auch für die

Stammebelegschaft. Wesentlich ist somit nur die vom EuGH nun abgesegnete Möglichkeit der geringeren Bezahlung bei gleicher Arbeit. Dass eigentlich ein sehr entscheidender Aspekt beim EuGH-Urteil zur Leiharbeit liegt, macht noch eine weitere Überlegung deutlich: Nicht zufällig erwähnt das Gericht nämlich an einer Stelle Pkt. 16 der Begründung in der Richtlinie, wo es um *"die Vielfalt der Arbeitsmärkte und die Arbeitsbeziehungen"* geht, denen man/frau ebenfalls *"auf flexible Weise gerecht"* werden will. Der konkrete Inhalt diese *"Vielfalt"* ist kein großes Geheimnis. Neben dem Arbeitsmarkt bezüglich Stammebelegschaft, gibt es den der Verleiher; auch die Verleiher wollen ja ihren Salär aus dem Verleihen ihrer Leiharbeitskräfte. Und der Entleiher will zwar leicht zu händelnde geliehene Zusatzkräfte, *"aber bitte nicht zu teuer"*. Nimmt mensch diese *"Vielfalt der Arbeitsmärkte"* also ernst, wird klar, warum sich auch der EuGH beim geforderten Ausgleich lieber bedeckt hält. Hier bleibt besser alles sehr vage. So könnte nun das BAG die Ansicht des EuGH zwar teilen, aber ebenfalls sehr unkonkret bleiben: Man kann ja einen möglichst angemessenen Ausgleich versuchen, aber leider nicht erreichen. Schließlich haben wir eine kapitalistische Marktwirtschaft, was natürlich weder das BAG noch der EuGH sagen und anerkennen würde. Nur was wird aus den bestehenden Tarifverträgen, die zwar keinen Ausgleich bei Leiharbeit beinhalten, es aber völlig mystisch bleibt, wie dieser Ausgleich nun konkret aussehen soll?

Ob mensch nun dem EuGH einen Vorwurf machen sollte, ist rechtlich betrachtet die große Frage, und das nicht nur, weil aus der Anfrage eines nationalen Gerichts nach Art. 267 Abs.1 AEUV der EuGH keine Nichtigkeit (vgl. Art. 263 AEUV) basteln kann. Deshalb sollte mensch sich das EuGH eher als eine Art Schiedsgericht vorstellen, was Verträge der EU-Mitglieder überwacht, die letztlich neoliberalistisch sind, und wo es vor allem eine Klassenfrage ist, wer die europäische Gesetzgebung bestimmt. Die gesamte Leiharbeitsrichtlinie hat nur den Zweck den - besonders großen - Unternehmen günstige Arbeit zu sichern, durch Flexibilisierung gewissermaßen die Ausbeutungsrate der Arbeitskraft zu erhöhen. Das soll nur alles anders klingen, sozialer als es gemeint ist. So gibt es hier tatsächlich kleine Erfolge, wie das Entgelttransparenzgesetz (EntgTranspG) zeigt, dass den Anspruch *"gleicher Lohn für gleiche Arbeit"* erhebt - allerdings nur bezüglich *"gleichen Entgelts für Frauen und Männer bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit"* (§ 1 EntgTranspG), und mit jeder Menge gesetzlicher Einschränkungen zum Nachteil der Frauen ausgestattet ist. Auch die Leiharbeitsrichtlinie kennt (Art. 5 Abs. 1 Pkt. b) eine *"Gleichbehandlung von Männern und Frauen"* - jedoch nur, wenn die Frau nicht als Leiharbeiterin jene Arbeit verrichten muss, die der Mann als Teil der Stammebelegschaft besser entlohnt bekommt. Dass die Richtlinie somit gar nicht diskriminierungsfrei ist, liegt schlichtweg daran, dass sie Abweichungen vom Equal-Pay-Grundsatz erlaubt, also auch vom Zusatzprotokoll zur Europäischen Sozialcharta (SEV Nr. 128) von 1992, was *"das Recht des Arbeitnehmers auf Chancengleichheit und Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts"* feststellte, abweicht. Denn ungleiche Bezahlung bei vergleichbarer Arbeit ist faktisch immer eine Diskriminierung, wenn auch bei der Herrschaft kapitalistischer Marktgesetze nichts Besonderes. Dies auch dann, wenn der EuGH dies bestreitet oder nicht sehen will (vgl. Rnr. 12 in der Urteilsbegründung) bzw. aufgrund kapitalistischer Ideologie nicht sehen kann. Und wie gesagt - es gibt auch eine systembedingte Diskriminierung, die nicht böser Absicht geschuldet sein muss. Eine Besonderheit ist hier eher, dass der Gesetzgeber mit seiner Leiharbeitsregelung parteiisch in den Markt eingreift, und nicht nur der EuGH, sondern auch Teile in den Gewerkschaften Tarifverträge ohne

Equal Pay akzeptieren. Die Richtlinie spricht nicht zufällig immer dort von "Sozialpartnern", wo es um Abweichungen vom Gleichbehandlungsgrundsatz geht. Kapitalistische Ausbeutungsinteressen sollen halt als "sozial" erscheinen, obwohl der Umstand, wie unsozial die "soziale Marktwirtschaft" tatsächlich ist, kein großes Geheimnis darstellt. Aus gewerkschaftlicher Sicht kann es in sofern gar keine Sozialpartnerschaft geben, da die Vertretung der Interessen von Kapital und Arbeit objektiv betrachtet nur eine Fiktion sein kann.

Letztlich gibt das Gericht nur den Inhalt der Richtlinie wieder und klärt nur Dinge, die vielleicht sonst nicht so deutlich herauskommen, wie die richtige Auslegung von Art. 5 Abs. 3, wonach Tarifverträge nur *"unter Achtung des Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmer"* möglich sein sollen. Das Verletzen dieses Grundsatzes durch spezielle Tarifverträge, die es erlauben, ohne angemessenen Ausgleich einfach weniger zu zahlen, sichert der EuGH - ob nun gewollt oder ungewollt - jedoch ab. So hätte der EuGH die Anfrage des BAG auch anders beantworten können, und zwar gerade nicht durch die Betonung eines Aspektes, den die Richtlinienverfasser und -beschließer bewusst nicht so deutlich ausführten. So lässt sich aus Art. 5 Abs. 3 nämlich gar nicht eindeutig entnehmen, dass das Equal-Pay-Prinzip nicht eingehalten werden muss. Zwar erlaubt der Artikel Abweichungen *"von den in Absatz 1 aufgeführten Regelungen"*. Aber warum gerade beim Equal-Pay-Grundsatz?

Zumindest müsste konstatiert werden, dass hier der - europäische und/oder nationale - Gesetzgeber Art. 28 der EU Grundrechtecharta verletzt, wonach Streik zwar zulässig ist, aber hier an einem Gesetzgeber - und nun auch Gericht - scheitert, weil der Kampf für gleiche Löhne für gleiche Arbeit durch eine Leiharbeitsgesetzgebung ohne bindendes Equal Pay behindert wurde. Aber auch bezogen auf Art. 9 Abs. 3 Grundgesetz (Koalitionsrecht) mischt sich der Gesetzgeber in die Auseinandersetzung zwischen Arbeit und Kapital ein. Denn es sind nicht freie Tarifauseinandersetzungen, die den Lohn für gleiche Arbeit im selben Betrieb festsetzen, sondern es ist der Gesetzgeber, der den Tarifkampf dadurch bewusst behindert, indem er die in einem Betrieb arbeitende Belegschaft unterteilt: In Stammbeschaft und Leiharbeiter\*innen mit jeweils unterschiedlicher Entlohnung bei gleicher Arbeit. Dies ist zwar im Interesse der Kapitaleseite, aber sicher nicht im Interesse derjenigen, welche eine bestimmte Arbeit ausführen, jedoch nur deshalb weniger bekommen, weil sie in Leiharbeit gedrängt wurden. Nach den wirklichen Bedürfnissen der Leiharbeiter fragt da niemand; auch der EuGH unterstellt diese einfach, wie ich oben zeigte.

Dieser gesetzgeberische Eingriff ist dem EuGH natürlich bekannt. So pocht er bei Tarifverträgen zwar auf die Pflicht eines Ausgleichs bei Abweichung vom Schutzniveau, betont aber zugleich die Tarifautonomie - allerdings nur die Autonomie, *"gemäß nationalem Recht und nationalen Gepflogenheiten bei gleichzeitiger Einhaltung des geltenden Gemeinschaftsrechts"* Tarifverträge *"auszuhandeln und zu schließen."* (Rnr. 19). Faktisch ist das ein Eingriff in die Tarifautonomie (und wirft eher die Frage nach der Berechtigung von politischen Streiks auf, da der Gesetzgeber mit seiner Leiharbeitsfestlegung in die Tarifautonomie eingreift). Dieser Eingriff lässt sich nun nicht einfach als rechtswidrig kritisieren, ging und geht es doch der Klageseite gerade um die Einschränkung von bindenden Tarifverträgen, die auf Equal Pay verzichten, also konkret gerade um einen Eingriff in die Tarifautonomie durch Rechtsprechung. Der EuGH hätte allerdings durchaus bemängeln können, dass immer dort, wo Abweichung vom Gesamtschutz nach



Richtlinie möglich sein soll, zwar eine Pflicht zur "Anhörung der Sozialpartner" besteht, aber kein Recht der Gewerkschaften auf Ablehnung der Möglichkeit einer Abweichung vom Gesamtschutz. Denn die Gewerkschaften wollten - eigentlich - nie eine Abweichung vom Equal-Pay-Grundsatz (wenn das auch nicht immer so deutlich rüberkam). Sie konnten sich jedoch nicht gegen einen Gesetzgeber durchsetzen, der gewerkschaftliche Interessen zu Gunsten der Interessen der Kapitaleseite ignoriert und das auch noch als soziale Partnerschaft versteht. Da also die in der Richtlinie mehrfach betonte "Sozialpartnerschaft" sowohl eine rechtliche (Gesetze macht der Gesetzgeber) als auch praktisch Fiktion ist, kann sie nicht als Begründung für eine Verletzung des Equal-Pay-Grundsatzes herangezogen werden. Die bezüglich davon abweichende Regelung für Tarifverträge nach Art. 5 Abs. 3 ist deshalb für eine Ablehnung von Equal Pay nicht geeignet. Es erfordert folglich auch keinen Ausgleich, weil Art. 5 Abs. 3 in der jetzigen Form gar nicht den rechtlichen Anspruch für eine Abweichung von Equal Pay erfüllt. Damit genauso, wie die Klageseite behauptet hat. Insofern war das Anrufen des EuGH auch nicht falsch. Rechtlich nicht vertretbar ist nur dessen Entscheidung.

Was daraus als Fazit folgt, lässt sich recht knapp zusammenfassen: Da das EuGH nun mit Nachdruck einen Ausgleich bei fehlendem Equal Pay in Tarifverträgen fordert, kann jeglicher Ausgleich abgelehnt werden, da er niemals weniger Entlohnung wirklich ausgleichen kann - was natürlich beide Seiten von Kapital und Arbeit betrifft. Minimalistische Angebote (z.B. ein paar Tage Sonderurlaub) sollten eher abgelehnt werden. Verfestigen sie doch eher die Abkehr vom Equal-Pay-Prinzip. Ggf. ist sinnvoll auch Aspekte vorzutragen, die sich zwar im knackigen Ergebnis nicht widerspiegeln, jedoch in der Begründung enthalten sind. Gefragt sind hier natürlich besonders die Gewerkschaften, die sich natürlich auch direkt gegen ein Gesetz, wie das AÜG, wenden können. Anbetracht der geltenden Gesetzeslage liegt es sowieso nahe, vom Gesetzgeber ernstzunehmende Möglichkeiten für einen Ausgleich zu fordern. Ein interessanter Nebenaspekt ist hier die aktuelle Arbeitnehmerüberlassung in der Krankenpflege, wo mache Leiharbeit einer Dauerstellung vorziehen - auch aus finanziellen Gründen. Die Diskriminierung umfasst insofern nicht nur die durch Leiharbeit selbst, sondern auch die durch unterschiedliche Vergütung der Leiharbeit. (Von Boni für Gewerkschaftsmitglieder ganz zu schweigen) Klar, ist das alles eine Angelegenheit des Kraftverhältnisses. Dazu gehört auch die besondere Ausbeutung durch Leiharbeit ernst zu nehmen und zu erkennen, dass die EU ein Instrument des Neoliberalismus ist, was dringend reformiert, ja, demokratisiert gehört. Equal Pay (und Equal Treatment) ist nicht nur rechtlich nicht berechtigt, dessen Fehlen bei Leiharbeit sollte auch Konsequenzen haben. So besteht eigentlich nach Art. 9 Grundgesetz Vereinsfreiheit, also keine Pflicht einer Gewerkschaft beizutreten, die Tarifverträge nicht nur ohne Equal Pay, sondern völlig unnötig abschließt. Allerdings schließt auch hier der Gesetzgeber eine Koalitionsfreiheit mit der Erweiterung der Möglichkeit von nachteiligen Tarifverträgen auf alle Betroffenen aus. Zumindest innerhalb der Gewerkschaftsbewegung sollte ein Druck von unten aufgebaut werden, wenn der Kampf um Equal Pay und Equal Treatment - historisch übrigens ein Rückschritt - nicht konsequent geführt oder sogar konterkariert wird. Es besteht zumindest bekanntlich keine gesetzliche Pflicht tarifvertraglicher Vereinbarungen. Bestenfalls trug der EuGH mit seiner fragwürdigen Entscheidung also dazu bei, noch mehr als bisher Leiharbeit in Frage zu stellen. Denn eines sollte deutlich geworden sein: Selbst dem EuGH gelang keine Entscheidung, die wirklich und rechtlich überzeugt - am wenigsten die von Leiharbeit existenziell nachteilig Betroffenen. Und um genau diese sollte es den

Gewerkschaften gehen. Und in Anbetracht der aktuellen wirtschaftlichen Entwicklung ist die Forderung "gleicher Lohn für gleiche Arbeit" nun wahrlich nichts, was man ehrlichen Gewissens noch ablehnen könnte.

***Kommentar von Armin Kammrad vom 21 Dezember 2022 zur EuGH-Entscheidung vom 15. Dezember 2022 zu Rechtssache C 311/21***

Siehe zum Hintergrund das Dossier: [\[Die Anstalt, Prof. Wolfgang Däubler und LabourNet Germany\] Gesucht: LeiharbeiterInnen für eine Klage für gleichen Lohn und gleiche Bedingungen auch in Deutschland](#) mit allen Informationen zur Klage und nun zum Urteil