

Totale Verdrängung von Equal Pay durch Leiharbeitsstarife?

Von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

I. Einleitung

Nach § 9 Nr. 2 AÜG sind Vereinbarungen unwirksam, die für die Zeit der Überlassung den Leiharbeitnehmer in Bezug auf wesentliche Arbeitsbedingungen schlechter stellen als einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers. Tritt ein solcher Fall ein, kann der Leiharbeitnehmer nach § 10 Abs.4 AÜG von seinem Arbeitgeber, d. h. dem Verleiher, die Gewährung der Entleiher-Bedingungen verlangen. Ein Verleiher, der nicht bereit ist, diesen sog. Equal-Pay-Grundsatz zu befolgen, erhält nach § 3 Abs.1 Nr. 3 AÜG keine Erlaubnis; eine bereits erteilte wird nach derselben Vorschrift nicht verlängert. Auch kommt ein nachträglicher Widerruf nach § 5 Abs.1 Nr. 3 AÜG in Betracht.

Vom Equal-Pay-Grundsatz kann nach § 9 Nr. 2 dritter Halbsatz AÜG durch Tarifvertrag abgewichen werden. Nach dem vierten Halbsatz können in dessen Geltungsbereich auch nicht tarifgebundene Arbeitsvertragsparteien auf die tarifliche Regelung verweisen. Von beiden Ermächtigungen ist in umfassender Weise Gebrauch gemacht worden. Derzeit gibt es drei bundesweit geltende Tarifwerke:

- Die Tarifverträge Zeitarbeit BZA – DGB-Tarifgemeinschaft vom 22.7.2003, zuletzt geändert durch Änderungstarifvertrag vom 30.5.2006, abrufbar unter <http://www.bza.de/406/html>
- Das iGZ-/DGB-Tarifwerk 2007/2008, abrufbar unter http://www.ig-zeitarbeit.de/fs_infos_tarifizierung.htm
- Das Tarifwerk CGZP – AMP, abrufbar unter <http://www.amp-info.de/Tarifvertraege.46.0.html>

In allen drei Fällen wird der Praxis in anderen Branchen entsprechend zwischen Manteltarifvertrag, Entgelttarifvertrag und Entgelttarifvertrag unterschieden; auch existieren Beschäftigungssicherungsabkommen. Im Hinblick auf eine mögliche Einbeziehung in das Arbeitnehmerentendegesetz wurden „Mindestlohntarife“ vereinbart. Dazu kommen ca.

200 von der CGZP geschlossene Firmentarife, die normalerweise unter dem Niveau des von derselben Organisation abgeschlossenen Flächentarifs liegen.¹

Das in den Flächentarifen festgeschriebene Entgeltniveau liegt nach verbreiteter Einschätzung im Durchschnitt etwa 40 % unter den Beträgen, die vergleichbare Beschäftigte in den Einsatzbetrieben erhalten, wobei der Abstand bei den DGB-Tarifen etwas geringer, bei den CGZP-Tarifen erheblich größer ist. Auch werden „Helfer“ und andere weniger qualifizierte Leiharbeitnehmer stärker benachteiligt als Personen mit höherer Qualifikation.

Die Existenz eines solchen „Billiglohnssektors“ sieht sich nachhaltiger Kritik ausgesetzt. Bestritten wird zum einen die Gültigkeit der Leiharbeitstarife. Das ArbG Berlin hat erhebliche Zweifel angemeldet, ob die CGZP überhaupt die Voraussetzungen der Tariffähigkeit erfüllt.² Wäre sie nicht gegeben, lägen insoweit keine wirksamen Tarifverträge vor, so dass das Equal-Pay-Prinzip in vollem Umfang zur Anwendung käme. Weiter wird die Gültigkeit aller Tarife mit dem Argument bestritten, sie würden sich jenseits der gesetzlichen Ermächtigung bewegen, da sie – pauschal gesprochen – vom Equal-Pay-Grundsatz nichts mehr übrig lassen.³ Dieser Strang wird hier nicht weiterverfolgt. Vielmehr soll es allein darum gehen, inwieweit die Leiharbeitstarife wirklich den Gesamtbereich der wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Entgelts abdecken.

Um festzustellen, ob es einen „Restbereich“ gibt, in dem der Equal-Pay-Grundsatz trotz der bestehenden Tarifverträge weiter gilt, muss zunächst seine gegenständliche Tragweite bestimmt werden (unten II). Weiter ist zu prüfen, welche Konsequenzen die unvollständige tarifliche Erfassung dieses Bereichs hat (unten III). Sollte bei den „Lücken“ effektiv das Gleichstellungsgebot greifen, wären zunächst Fragen des Geltungsbereichs der Leiharbeitstarife zu klären (unten IV). Schließlich wäre zu bestimmen, wie weit die in den geltenden Flächentarifen getroffenen Regelungen gehen und ob bestimmte Sachgebiete dort ausgeklammert sind (unten V).

¹ Zahlreiche Haustarife sind abrufbar unter www.uni-muenster.de/go/organisation/institute/zivilrecht/aw2.html. Näher Schüren, Tarifunfähigkeit der CGZP wegen Missbrauchs der tariflichen Normsetzungsbefugnis in der Leiharbeit, AuR 2008 Heft 7

² ArbG Berlin, 5.2.2008, 54 BV 13961/06 – juris; dazu Schindele AiB 2008 S.190 und Schüren NZA 2008 S. 453

³ Vgl. Ulber, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. Kommentar für die Praxis, 3. Aufl., § 9 AÜG, Rn 196 ff.; Däubler, Das Arbeitsrecht 2, 12. Aufl., Rn 2013b ff.

II. Was wird durch den Equal-Pay-Grundsatz erfasst?

Dem übereinstimmenden Wortlaut von § 3 Abs.1 Nr. 3 und § 9 Nr. 2 AÜG nach bezieht sich das Gleichstellungsgebot auf die „für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts“.

1. Die Bezugsgröße: Vergleichbarer Arbeitnehmer

„Vergleichbare“ Arbeitnehmer sind solche, die eine identische oder ähnliche Tätigkeit im Entleiherbetrieb ausüben.⁴ Entscheidend ist die ausgeübte Funktion; persönliche Eigenschaften wie das Alter bleiben normalerweise aus dem Spiel.⁵ Einen gewichtigen Anhaltspunkt bietet die Tatsache, dass die in Frage kommenden Personen im Rahmen einer sozialen Auswahl nach § 1 Abs.3 KSchG vergleichbar wären, dass der Arbeitgeber also den einen durch den andern kraft seines Direktionsrechts ersetzen könnte.⁶ Wird ein Leiharbeiter als Vertretung für einen ausgefallenen Stammarbeiter eingesetzt, ist dieser die „geborene“ Vergleichsperson.⁷

Gibt es im Entleiherbetrieb keinen vergleichbaren Arbeitnehmer (weil z. B. die fragliche Funktion ausschließlich durch Leiharbeiter wahrgenommen wird), so ist auf die Bewertung durch den Branchentarif, notfalls auf das Übliche abzustellen. Ähnlich wird nach § 2 Abs.1 Satz 3 TzBfG für Teilzeitkräfte und in § 3 Abs.2 TzBfG für befristet Beschäftigte verfahren.⁸ Gibt es mehrere vergleichbare Arbeitnehmer, haben diese aber unterschiedliche Arbeitsbedingungen, insbesondere unterschiedliche Vergütungen, so ist nach der Literatur auf die relativ schlechteste Bewertung abzustellen,⁹ doch wird man anders entscheiden, wenn der Leiharbeiter die Bedingungen erfüllt, die für die Besserstellung eines der verschiedenen

⁴ So HWK-Pods/Kalb, Arbeitsrecht. Kommentar, 2. Aufl., § 3 AÜG Rn 32; Ulber, AuR 2003 S. 7, 11; ErfK-Wank, 8. Aufl., § 3 AÜG Rn 21

⁵ Ebenso ErfK-Wank § 3 Rn 22; HWK-Pods/Kalb § 3 Rn 32; Sandmann-Marschall, Kommentar zum AÜG, Loseblatt (Stand: November 2007), Art. 1 § 3 Anm. 21e

⁶ Ebenso Urban-Crell/Schulz, Arbeitnehmerüberlassung und Arbeitsvermittlung, 2003, Rn 355; Bachner, in: Kittner/Zwanziger (Hrsg.), Arbeitsrecht. Handbuch für die Praxis, 4. Aufl. 2007, § 131 Rn 46 Ähnlich Schaub-Koch, Arbeitsrechts-Handbuch, 12. Aufl., § 120 Rn 54

⁷ Ebenso ErfK-Wank § 3 AÜG Rn 21

⁸ Für Leerlaufen des Gleichstellungsgrundsatzes in einem solchen Fall Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, Rn 817

⁹ ErfK-Wank § 3 AÜG Rn 21; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn 818; Urban-Crell/Schulz, aaO, Rn 356

vergleichbaren Arbeitnehmer maßgebend sind. Dies kann z. B. bei einer längeren Betriebszugehörigkeit der Fall sein, die nach heute geltendem Recht auch der Leiharbeiter erreichen kann. Soweit er nur für eine bestimmte Zeit im Betrieb eingesetzt wird, wäre auf die Bedingungen eines vergleichbaren befristet Beschäftigten abzustellen.¹⁰

2. Wesentliche Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts

Nach der Entstehungsgeschichte der Regelung gehören zu den „wesentlichen Arbeitsbedingungen“ neben der Vergütung die Dauer der Arbeitszeit, der Urlaub und die Nutzung von Sozialeinrichtungen.¹¹ Erfasst sind nach allgemeiner Auffassung sämtliche Entgeltbestandteile. Dazu gehören alle Formen von Zuschlägen, Zulagen und auch solche Sonderzahlungen, die mit Rücksicht auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses gewährt werden.¹² Einbezogen sind weiter Sachleistungen und Aktienoptionsrechte; soweit diese vom Verleiher nicht unmittelbar gewährt werden können, ist ihr Geldwert an den Leiharbeiter auszuzahlen.¹³ Auch die Möglichkeit zum Erwerb einer betrieblichen Altersversorgung wird erfasst,¹⁴ doch erscheint dies für die gegenwärtige Praxis wenig relevant. Denkbar wäre allerdings, dass das Recht auf Gehaltsumwandlung nach § 1a BetrAVG vom Inhaber des Entleiherbetriebs mit einer Zusatzleistung aufgestockt wird, die dann gleichfalls einzubeziehen wäre.

Die Nutzung von Sozialeinrichtungen wie der Kantine oder einer Kinderbetreuungseinrichtung, verbilligte Personaleinkäufe und Werkswohnungen gehören gleichfalls zur „Gegenleistung“ des Arbeitgebers. In der amtlichen Begründung zur Neufassung des AÜG sind die Sozialeinrichtungen ausdrücklich genannt.¹⁵

Schon aus diesem Grund ist es reichlich inkonsequent, wenn die Bundesregierung den Standpunkt vertritt, Werksverkäufe sowie die Nutzung von Werkswohnungen und von firmeneigenen Einrichtungen wie Kinderbetreuungsstätten gehörten zu den „unwesentlichen

¹⁰ Ulber AuR 2003 S. 7, 11

¹¹ So BT-Drucksache 15/25 S. 38

¹² HWK-Pods/Kalb § 3 AÜG Rn 30; Reim, AiB 2003 S. 73, 74; ErfK-Wank § 3 AÜG Rn 20; Sandmann-Marschall Art. 1 § 3 Anm. 21d

¹³ HWK-Pods/Kalb § 3 AÜG Rn 30; Kittner/Zwanziger-Bachner § 131 Rn 45; Reim AiB 2003 S. 73, 74; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn 808; Urban-Crell/Schulz Rn 353, 367

¹⁴ Kittner/Zwanziger-Bachner § 131 Rn 45; Reim, ZTR 2003 S. 106, 108

¹⁵ S. BT-Drucksache 15/25 S. 38

Arbeitsbedingungen“ und unterlägen deshalb nicht dem Equal-Pay-Grundsatz.¹⁶ Wäre dies so, könnte durch Verlagerung von Entgelt auf derartige „Nebenleistungen“ der Equal-Pay-Grundsatz“ fast beliebig ausgehöhlt werden. Es muss daher dabei bleiben, dass das Entgelt immer zu den wesentlichen Arbeitsbedingungen gehört.¹⁷ Ob auch Kündigungsfristen zu den „wesentlichen Arbeitsbedingungen“ zählen,¹⁸ kann im vorliegenden Zusammenhang dahingestellt bleiben: Der Wortsinn spricht dafür, der ggf. häufig eintretende Wechsel der Fristen eher dagegen. Faktisch konzentrieren sich mögliche Auseinandersetzungen auf die einzelnen Formen der Gegenleistung des Arbeitgebers.

III. Eingreifen des Equal-Pay-Grundsatzes bei partieller Regelung der Arbeitsbedingungen durch Tarifvertrag?

Was geschieht, wenn ein für Leiharbeitnehmer abgeschlossener Tarif nur einen Teil der Vergütungsfragen oder der sonstigen wesentlichen Arbeitsbedingungen regelt? Die Literatur spricht sich einhellig dafür aus, in den offen gebliebenen Sachgebieten den Equal-Pay-Grundsatz anzuwenden.¹⁹ Genauso wird für den Fall entschieden, dass im Arbeitsvertrag von Nichtorganisierten nur auf einen Teil des Tarifvertrags verwiesen wird.²⁰ In der Tat stellt das Equal-Pay-Prinzip die allgemeine Regel dar, von der nur ausnahmsweise durch Tarifvertrag abgewichen werden kann: Will dieser einen bestimmten Bereich nicht erfassen, bleibt es bei dem generellen Grundsatz. Weiter spricht § 9 Nr. 2 3. Halbsatz AÜG unspezifisch von „abweichenden Regelungen“, was ersichtlich nicht nur eine Totalersetzung meint. Auch einzelne Arbeitsbedingungen können daher durch Tarifvertrag verändert werden.²¹

¹⁶ BT-Drucksache 15/6008 S. 9 (10. AÜG-Bericht)

¹⁷ Ebenso in Auseinandersetzung mit der Bundesregierung Sandmann-Marschall Art. 1 § 3 Anm. 21d

¹⁸ Dafür Reim ZTR 2003 S. 106, 108

¹⁹ So etwa Boemke-Lembke, AÜG, 2. Aufl., § 9 Rn 117; Thüsing-Pelzner, AÜG, 2005, § 3 Rn 89; Lorenz, in: Däubler/Hjort/Hummel/Wolmerath (Hrsg.), Arbeitsrecht. Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen. Handkommentar, 2008, § 3 AÜG Rn 38 (Im Folgenden HK-ArbR-Bearbeiter); Ulber, § 9 Rn 167, 200, 239; Sandmann-Marschall, Art. 1 § 3 Anm. 21h; Schüren, in: Schüren-Hamann (Hrsg.), AÜG, 3. Aufl., § 9 Rn 162

²⁰ Boemke-Lembke § 9 Rn 147; ErfK-Wank § 3 AÜG Rn 31; Thüsing-Mengel § 9 Rn 41; HK-ArbR-Lorenz § 3 AÜG Rn 42; Ulber § 9 Rn 200

²¹ In diesem Sinne auch Ulber § 9 Rn 200

Die Dienstanweisung der Bundesagentur für Arbeit legt gleichfalls diese Sicht zugrunde; wenn der Tarifvertrag nur eine bestimmte Sachgruppe regle, gelte im Übrigen der Equal-Pay-Grundsatz.²² Allerdings wird insofern eine Ausnahme gemacht, als „kleine Teile“ wie z. B. Reisekosten und Verpflegungsmehraufwand nicht erwähnt werden müssten. In diesen Fällen greife das Gesetz ein, nicht die für den vergleichbaren Arbeitnehmer beim Entleiher bestehende Regelung.²³

Dem ist entgegenzuhalten, dass „gesetzliche Regelung“ im Rahmen der Leiharbeit nun mal der Equal-Pay-Grundsatz ist und nicht die gesetzliche Sachnorm. Außerdem ist es primär Angelegenheit der Tarifparteien, den Umfang der gewollten Regelung zu bestimmen. Dies darf nicht durch die Annahme eines fiktiven Erfahrungssatzes ersetzt werden, wonach das Nicht-Ansprechen von weniger wichtigen Fragen einer Einbeziehung in das tariflich Geregelte gleichkommen soll. Davon ganz abgesehen, ist die Abgrenzung zu „wichtigeren Teilen“ alles andere als sicher, was nicht zuletzt das Beispiel der Reisekosten und des Verpflegungsmehraufwands belegt: Für Leiharbeitnehmer, die häufig außerhalb ihres Wohngebiets eingesetzt werden, sind die damit zusammenhängenden Fragen alles andere als „kleine Münze“; sie entscheiden mit darüber, wie der wirtschaftliche Ertrag der Tätigkeit im Ergebnis beschaffen ist. Schließlich ist zu bedenken, dass es bei fast allen Gegenleistungen des Arbeitgebers keineswegs eine subsidiär eingreifende gesetzliche Regelung gibt: Die Ausklammerung aus dem Equal-Pay-Grundsatz würde daher zu einer definitiven Schlechterstellung des Leiharbeitnehmers führen.

IV. Wann sind die Leiharbeitstarife anwendbar?

In der Regel gelten die Leiharbeitstarife im einzelnen Arbeitsverhältnis nur kraft arbeitsvertraglicher Verweisung; eine unmittelbare Tarifbindung nach § 3 Abs.1 TVG ist die absolute Ausnahme. Eine arbeitsvertragliche Bezugnahme ist nach § 3 Abs.1 Nr. 3 letzter Halbsatz AÜG und nach dem gleichlautenden § 9 Nr. 2 letzter Halbsatz AÜG aber nur „im Geltungsbereich“ des jeweiligen Tarifvertrags möglich. Dies bedeutet, dass dieser unmittelbar anwendbar sein müsste, wenn beide Parteien Mitglieder der tarifschließenden Verbände wären. Oder anders ausgedrückt: Nur wenn das Arbeitsverhältnis in den räumlichen, zeitlichen und fachlichen Geltungsbereich des Tarifvertrags fällt, kann auf diesen verwiesen

²² Wiedergegeben bei Boemke-Lembke § 9 Rn 118

²³ Wiedergegeben bei Boemke-Lembke § 9 Rn 119

werden.²⁴ Ausgeschlossen ist deshalb, sich auf einen für ein anderes Unternehmen geschlossenen Firmentarif zu beziehen²⁵ oder auf einen aufgehobenen oder in einem andern Gebiet geltenden Tarifvertrag Bezug zu nehmen.²⁶

Die Anwendbarkeit eines Tarifs kann auch bei sog. Mischbetrieben zweifelhaft sein, die neben der Arbeitnehmerüberlassung noch andere unternehmerische Aktivitäten betreiben. Die Literatur weist insoweit kein einheitliches Bild auf. Zum einen wird behauptet, Mischbetriebe seien vom Geltungsbereich der Leiharbeitsstarife generell ausgenommen.²⁷ Nach anderer Auffassung muss die Arbeitnehmerüberlassung „überwiegen“²⁸ oder dem Unternehmen das Gepräge geben.²⁹ Schließlich wird auch der Standpunkt vertreten, nur diejenigen Arbeitnehmer seien ausgenommen, die zumindest zeitweise auch im Betrieb des Verleihers tätig sind.³⁰

Eine Antwort lässt sich nur dadurch finden, dass man im Einzelnen den Geltungsbereich der drei Flächentarife bestimmt. Bei den Tarifverträgen von BZA und iGZ mit den DGB-Gewerkschaften wird auf Arbeitgeberseite ausschließlich auf die Mitgliedschaft im jeweiligen Verband abgestellt. Soweit ein Mischbetrieb diese Voraussetzung erfüllt, bestehen gegen die Anwendung der Tarife keine Bedenken. Bei Nichtmitgliedern kommt sie dagegen prima facie nicht in Betracht. Betrachtet man die Festlegung als rein deklaratorisch, wäre wohl darauf abzustellen, wie der Verband seine eigene Zuständigkeit definiert. Die Tarifverträge zwischen CGZP und AMP umschreiben den fachlichen Geltungsbereich in der Weise, dass alle „Unternehmen, Betriebe, Betriebsabteilungen sowie Hilfs- und/oder Nebenbetriebe, die Dienstleistungen in der Arbeitnehmerüberlassung erbringen“, erfasst sein sollen. Entscheidend kommt es daher darauf an, ob der fragliche Arbeitnehmer zu dem Unternehmensbereich gehört, der der Arbeitnehmerüberlassung dient.

²⁴ Ebenso Boemke-Lembke § 9 Rn 142; HK-ArbR-Lorenz § 3 AÜG Rn 42; HWK-Pods/Kalb § 3 AÜG Rn 39; Thüsing-Pelzner § 3 Rn 89

²⁵ Ebenso Boemke-Lembke § 9 Rn 144; Thüsing-Pelzner § 3 Rn 89; Schüren/Hamann-Schüren § 9 Rn 157

²⁶ Ebenso Sandmann-Marschall Art. 1 § 3 Anm. 21h

²⁷ So Ulber AuR 2003 S. 7, 12; ErfK-Wank § 3 AÜG Rn 29; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn 843

²⁸ So Schaub-Koch § 120 Rn 57; ähnlich Sandmann-Marschall Art. 1 § 3, Art. 1 § 3 Anm. 21i, wonach mehr als 50 % aller geleisteten Arbeitsstunden auf die Leiharbeit entfallen müssen.

²⁹ So HK-ArbR-Lorenz § 3 AÜG Rn 40

³⁰ So Schüren/Hamann-Schüren § 9 Rn 159

V. **Umfassende oder partielle Regelung durch die Leiharbeitstarifverträge?**

1. **Ausdrückliche Klarstellung?**

Die drei Flächentarifwerke für die Leiharbeit enthalten keine direkte Aussage zu der Frage, ob sie alle „wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts“ regeln wollen. Angesichts der Existenz des gesetzlichen Equal-Pay-Prinzips hätte eine solche ausdrückliche Festlegung nahegelegen, zumal die Beteiligten zumindest bei den vereinbarten Verlängerungen gewusst haben dürften, dass die Literatur für die tariflich nicht geregelten Teile vom Fortbestehen des Gleichstellungsgebots ausgeht. Den Tarifparteien hätte es freigestanden, alle Sozialleistungen des Entleiher-Arbeitgebers pauschal abzugelten,³¹ was sie jedoch ersichtlich nicht getan haben. Eher gegen den abschließenden Charakter spricht weiter § 7.1 des BZA-DGB-Entgelttarifvertrags: Danach wird es ausdrücklich für zulässig erklärt, dass mit dem Arbeitgeber des Kundenbetriebs eine günstigere tarifliche Regelung vereinbart werden kann, an der dieser, der BZA und die zuständige DGB-Gewerkschaft beteiligt sind. Eine umfassende Öffnungsklausel enthält § 1.5 der CGZP – AMP – Manteltarifvertrags (die allerdings wegen ihrer Weite rechtliche Probleme bereiten könnte). Beide Klauseln lassen aber keine abschließende Aussage über den Regelungsgegenstand der fraglichen Tarifverträge zu.

Das Problem, ob eine tarifliche Regelung bestimmte Sachgebiete erschöpfend regelt, wird im geltenden Recht auch an zwei anderen Stellen bedeutsam. Einmal gilt dies für die Frage nach der Reichweite der Friedenspflicht, die sich als „relative“ auf das tariflich Geregelte beschränkt. Zum zweiten muss im Rahmen des Tarifvorrangs bei § 87 BetrVG bestimmt werden, inwieweit ein Tarifvertrag ein Sachgebiet umfassend regelt und so das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats ausschließt. Aus beiden Bereichen lassen sich Kriterien für die Auslegung der Leiharbeitstarife gewinnen.

2. **Der Parallellfall Friedenspflicht**

³¹ Dafür Sandmann-Marschall Art. 1 § 3 Anm. 21h

Im Zusammenhang mit der Friedenspflicht hat die Rechtsprechung betont, der Tarifvertrag müsse einen Sachkomplex „erkennbar abschließend“ regeln, um einen Arbeitskampf um damit verbundene Fragen auszuschließen. Dies wurde für Kündigungsschutzbestimmungen in den Tarifwerken des öffentlichen Dienstes bejaht.³² Schweigt der Tarifvertrag zu einem bestimmten Problemkomplex, so stellt dies keine „Negativregelung“ dar. Vielmehr ist der fragliche Gegenstand weiterhin für tarifliche Auseinandersetzungen offen.³³ Das BAG hat deshalb einen Arbeitskampf um die Festlegung des Ladenschlusses nicht daran scheitern lassen, dass ein ungekündigter Tarifvertrag die Festsetzung von Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit einer Einigung zwischen Betriebsrat und Geschäftsleitung überlassen hatte – der Verweis auf das gesetzliche Mitbestimmungsrecht schließe eine inhaltliche Regelung nicht aus.³⁴ Die Literatur hat sich dem im Wesentlichen angeschlossen.³⁵ Als abschließende Regelung wird eine Aufzählung der Verhinderungsgründe nach § 616 BGB angesehen, auch wenn der Wortlaut insoweit „neutral“ ist.³⁶ Ist ein einheitlicher Urlaub für alle festgelegt, so wäre damit auch ein Kampf um einen Zusatzurlaub für Ältere ausgeschlossen.³⁷ Auf der anderen Seite decken längere Kündigungsfristen nicht den gesamten Gegenstandsbereich „Kündigungsschutz“ ab, und ein ungekündigter Lohn tarif steht einer Forderung nach vermögenswirksamen Leistungen nicht entgegen.³⁸

3. Der Parallellfall Tarifvorrang nach § 87 Abs.1 BetrVG

³² Eingehend BAG 1 AZR 96/02 AP Nr. 162 zu Art. 9 Arbeitskampf = NZA 2003 S. 734 LS 2

³³ Reim, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmerendengesetz. Kommentar, 2. Aufl., § 1 Rn 1009; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, Band I, § 22 II 2a, S. 1078

³⁴ BAG 1 AZR 404/88 AP Nr. 113 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = DB 1989 S. 2228

³⁵ Gamillscheg § 22 II 2 b, S. 1079; Thüsing, in: Wiedemann (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz. Kommentar, 7. Aufl., § 1 Rn 900

³⁶ Gamillscheg § 22 II 2 a, S. 1078; Wiedemann-Thüsing § 1 Rn 885

³⁷ Wiedemann-Thüsing § 1 Rn 885

³⁸ Beide Beispiele bei Gamillscheg § 22 II 2 b (S. 1079)

Das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs.1 BetrVG entfällt dann, soweit ein im Betrieb anwendbarer Tarifvertrag eine „zwingende und abschließende“ inhaltliche Regelung enthält.³⁹ Der bloße Ausschluss eines Mitbestimmungsrechts genügt nicht, da dies dem Sinn der Vorschrift – Beteiligung der Arbeitnehmer an den sie betreffenden Entscheidungen – zuwiderlaufen würde.⁴⁰ Dies lässt allerdings die Möglichkeit offen, dass eine Angelegenheit nicht zu 100 % im Tarif geregelt, sondern unter bestimmten Voraussetzungen auch der Entscheidung des Arbeitgebers überlassen wird.⁴¹ Auch wenn der Tarifvertrag im Einzelfall Auslegungsfragen aufwirft und einen bestimmten Anwendungsfall nicht bedacht hat, kann das Mitbestimmungsrecht ausgeschlossen sein.⁴² Übertarifliche Zulagen, die der Arbeitgeber freiwillig gewährt, sind durch die tarifliche Regelung des Entgelts nicht erfasst.⁴³ Dies gilt etwa für ein (tariflich nicht vorgesehenes) dreizehntes Monatsgehalt, für Prämien, die wegen sparsamen Materialverbrauchs oder an Außendienstmitarbeiter gewährt werden, für Ergebnisbeteiligungen, für (im Tarifvertrag nicht vorgesehene) vermögenswirksame Leistungen, für Zuschüsse zu Essensmarken oder für die Möglichkeit zur Privatnutzung eines Dienstwagens.⁴⁴ Voraussetzung ist immer, dass die Leistung an Umstände anknüpft, die im Tarifvertrag keine Rolle gespielt haben.

4. Konkrete Konsequenzen für die Leiharbeit

Die drei Flächentarifwerke für die Leiharbeit sprechen zahlreiche Fragen an, lassen jedoch wichtige Komplexe ungeregelt.

³⁹ So ausdrücklich BAG 1 ABR 47/06, DB 2007 S. 1476 Tz 20

⁴⁰ So zuletzt BAG 1 ABR 14/05 DB 2007 S. 60, 61

⁴¹ BAG, aaO. Im konkreten Fall war der Arbeitgeber im Tarifvertrag ermächtigt worden, unter bestimmten Voraussetzungen in Höhe von einer Stunde arbeitstätig vom Schichtplan abzuweichen. Dies wurde als abschließende Regelung angesehen, die ein Mitbestimmungsrecht über eine Verlegung des Schichtbeginns ausschloss.

⁴² BAG 1 ABR 44/02, NZA 2004 S. 746, 749

⁴³ BAG 1 ABR 6/84 AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972 Tarifvorrang; weitere Nachweise bei Wiese, in: Kraft-Wiese u.a., Betriebsverfassungsgesetz. Gemeinschaftskommentar, Bd. II, 8. Aufl., § 87 Rn 947

⁴⁴ Dazu und mit weiteren Anwendungsfällen Klebe, in: Däubler-Kittner-Klebe (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung und EBR-Gesetz, 11. Aufl., § 87 Rn 243

Die Vergütung ist als solche erfasst, allerdings in der Weise, dass je nach Entgeltgruppe ein bestimmter „Stundenlohn“ festgesetzt wird. Leistungskomponenten spielen insoweit keine Rolle. Dies bedeutet, dass auch beim Einsatz eines Leiharbeitnehmers auf dem Arbeitsplatz eines Leistungslöhners nur eine Stundenvergütung geschuldet ist. Insoweit wird der Leiharbeitnehmer aufgrund der für ihn maßgebenden Tarifverträge ggf. erheblich schlechter als eine Stammarbeitskraft behandelt. Der Equal-Pay-Grundsatz ist in diesem Bereich abgedungen. Nicht angesprochen ist in den Leiharbeitstarifen dagegen die Frage, ob der Einzelne eine Erschwerniszulage für besonders belastende Arbeitsbedingungen oder eine persönliche Leistungszulage erhält, mit der sein besonders nachhaltiger Einsatz abgegolten werden soll. Auch Prämienregelungen finden sich dort nicht, ebenso wenig Ansprüche auf vermögenswirksame Leistungen. Eine Ertragsbeteiligung wird gleichfalls nicht erwähnt.

Es wäre völlig fiktiv, wollte man alle diese Gebiete als durch die Stundenvergütung mit abgedeckt ansehen. Dies gilt insbesondere im Hinblick darauf, dass viele andere Fragen in den Manteltarifverträgen angesprochen sind: Zuschläge für Nacht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Urlaub, persönliche Arbeitsverhinderung, Entgeltumwandlung und Jahressonderzahlungen in Form von zusätzlichem Urlaubs- und Weihnachtsgeld.⁴⁵ Die Vergütung soll ersichtlich keine umfassende Pauschale sein. Von den Regelungsgegenständen her orientieren sich die Leiharbeitstarife durchaus an der Praxis anderer Branchen. Genau wie dort muss man daher die nicht erfassten Bereiche als offen für neue Tarifforderungen bzw. die Mitbestimmung und das heißt hier als offen für den Equal-Pay-Grundsatz ansehen. Besonders augenfällig ist dies für den Anspruch auf vermögenswirksame Leistungen, der im CGZP-AMP-Tarifvertrag, nicht aber in den beiden anderen geregelt ist: In deren Anwendungsbereich besteht insoweit ersichtlich ein Lücke, die durch die gesetzliche Regelung nach den §§ 3 Abs.1 Nr. 3, 9 Nr. 2, 10 Abs. 4 AÜG zu füllen ist.⁴⁶

Zum Entgelt und den wesentlichen Arbeitsbedingungen im Entleiherbetrieb gehört auch die Nutzung von Sozialeinrichtungen wie der Kantine oder des Betriebskindergartens.

Die damit zusammenhängenden Fragen sind in keinem der drei Tarifwerke angesprochen.

Deshalb greift der Equal-pay-Grundsatz ein und verpflichtet den Verleiher, dafür zu sorgen,

⁴⁵ S. die §§ 7 – 15 des BZA-DGB-Manteltarifvertrags, ähnlich die §§ 4 – 8 des iGZ-DGB-Manteltarifvertrags; Punkt 4. bis 14. des CGZP-AMP-Tarifvertrags

⁴⁶ Ebenso für übertarifliche Zulagen und Gewinnbeteiligungen, die mangels Erwähnung in den Leiharbeitstarifen auch den Leiharbeitnehmern zugute kommen, DKK-Klebe § 87 Rn 6. Für generellen Vorrang aller Regeln über den Leistungslohn Ulber § 9 Rn 211

dass die Nutzung der Kantine und anderer Einrichtungen zu denselben Bedingungen möglich ist, die für Stammbeschäftigte im Entleiherbetrieb gelten. Dies kann entweder vom Verleiher mit dem Entleiher vereinbart oder durch eine „Ausgleichszahlung“ (etwa für ein nicht verbilligtes Kantinenessen) bewerkstelligt werden.

II. Zusammenfassung

Sachgebiete, die in den Leiharbeitsstarifen nicht angesprochen sind, unterliegen dem Equal-Pay-Grundsatz. Eine stillschweigende „Mit-Regelung“ kommt nur ausnahmsweise in Betracht, wenn in Bezug auf die fraglichen Punkte die Friedenspflicht eingreifen oder das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 BetrVG verdrängt würde. Nicht erfasst sind insbesondere Erschwerniszulagen und Prämien, Ertragsbeteiligungen und – im Bereich der DGB-Tarifverträge – die vermögenswirksamen Leistungen. Leiharbeitnehmer haben auch einen Anspruch darauf, dass ihnen die Nutzung betrieblicher Sozialeinrichtungen zu denselben Bedingungen wie den Stammarbeitskräften ermöglicht wird. Bei der Geltendmachung von Ansprüchen sind die kurzen Ausschlussfristen der Leiharbeitsstarife zu beachten.