

# Ende der Leiharbeitstarifverträge?

von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

Die heutigen Leiharbeitstarife sind aufgrund einer neuen Entscheidung des EuGH nicht mehr in der Lage, den Equal-Pay-Grundsatz des § 8 Abs. 1 AÜG zu verdrängen. Der Beitrag untersucht, welche rechtsdogmatischen und welche praktischen Konsequenzen sich daraus ergeben.

## I. Die EuGH-Entscheidung – ein Paukenschlag?

### 1. Die zentrale Aussage

Am 15. Dezember 2022 hat der EuGH einige grundsätzliche Aussagen zu Inhalt und Handhabung von Equal Pay und Equal Treatment bei Leiharbeit getroffen.<sup>1</sup> Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2008/104/EG<sup>2</sup> lässt zwar tarifliche Abweichungen von dem in Art. 5 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie niedergelegten Grundsatz der Gleichstellung von Leiharbeitnehmern und Stammbeschäftigten zu. Er verlangt jedoch wegen der in Art. 5 Abs. 3 vorgesehenen „Achtung des Gesamtschutzes“, dass die Tarifparteien für eine Kompensation der auferlegten Nachteile sorgen müssen. Davon kann bei den bestehenden Tarifverträgen nicht die Rede sein.<sup>3</sup>

Anlass war die Klage einer deutschen Leiharbeiterin, die von Januar bis April 2017 auf der Grundlage eines befristeten Arbeitsvertrags für ein Verleihunternehmen tätig war. Sie war als Kommissionierin bei einem Einzelhandelsunternehmen für einen Bruttostundenlohn von 9,23 Euro eingesetzt. Vergleichbare Stammbeschäftigte erhielten dort einen Stundenlohn von 13,64 Euro. Beide Arbeitsvertragsparteien waren an die zwischen der Gewerkschaft Ver.di und dem Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen (iGZ) geschlossenen Tarifverträge kraft Mitgliedschaft gebunden. Die Klägerin hatte für den Zeitraum von vier Monaten die Nachzahlung der Differenz

<sup>1</sup> EuGH – C-311/21 – in diesem Heft

<sup>2</sup> Im Folgenden: Leiharbeitsrichtlinie

<sup>3</sup> So auch *Bissels*, zitiert nach Legal Tribune online – abrufbar unter

<https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/eugh-c311-21-ausnahme-equal-pay-tarifvertraege-leiharbeit-ausgleichsvorteile/> (27.12.2022)

zwischen ihrer Vergütung und der der Stammkräfte verlangt. Nachdem das ArbG Würzburg und das LAG Nürnberg ihre Klage abgewiesen hatten, legte das BAG dem EuGH zahlreiche Fragen vor, die sich insbesondere auf die Bedeutung des in der Richtlinie genannten „Gesamtsschutzes“ bezogen.<sup>4</sup>

## **2. Der gegenständliche Anwendungsbereich**

Von der Vorgabe des EuGH sind alle „wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen“ erfasst, die in Art. 3 Abs. 1 Buchst. f der Leiharbeitsrichtlinie definiert sind. Danach handelt es sich neben dem Arbeitsentgelt um „Dauer der Arbeitszeit, Überstunden, Pausen, Ruhezeiten, Nachtarbeit, Urlaub und arbeitsfreie Tage“, also um die vielfältigen Fragen der Arbeitszeit. Andere Gegenstände wie insbesondere der Bestandsschutz haben dort keine Erwähnung gefunden, obwohl dieser nach deutschem Verständnis sicherlich zu den „wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen“ zählen würde. Der EuGH legt allerdings die erfassten Gegenstände weit aus<sup>5</sup> und hat deshalb auch die Art und Weise der Berechnung der Urlaubsabgeltung einbezogen.<sup>6</sup>

## **3. Offene Fragen**

Wie die Kompensation im Einzelnen beschaffen sein muss, lässt der EuGH weitgehend offen, doch muss eine gerichtliche Überprüfung möglich sein. Damit ist jedenfalls eine nur nominelle Kompensation ausgeschlossen. So hatte der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen davon gesprochen, „Vorteile nebensächlicher Art“ wie z. B. ein Geschenk aus der Werbeabteilung könnten nicht genügen.<sup>7</sup>

Die bestehenden Leiharbeitstarife weichen zwar in aller Regel vom Gleichbehandlungsgrundsatz zu Lasten der Leiharbeitnehmer ab, sehen jedoch keine Kompensationsleistungen vor.<sup>8</sup> Sind sie deshalb gegenstandslos geworden? Was tritt an ihre Stelle? Ein pauschaler Schluss auf ihre Unwirksamkeit wäre etwas voreilig.

---

<sup>4</sup> BAG NZA 2021, 800

<sup>5</sup> EuGH NZA 2022, 1041 Rn.40

<sup>6</sup> EuGH NZA 2022, 1041

<sup>7</sup> Tz. 39, abrufbar unter <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=262969&pageIndex=0&doclang=de&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=128312> (27.12.2022)

<sup>8</sup> S. oben Fn.3

## II. Die Notwendigkeit eines konkreten Vergleichs

Das BAG hatte dem EuGH zu Recht die Frage gestellt, ob der anwendbare Leiharbeitstarif abstrakt mit den Bedingungen im Einsatzbetrieb verglichen werden muss oder ob es um einen konkreten Vergleich zwischen den Arbeitsbedingungen des einzelnen Leiharbeitnehmers und denen vergleichbarer Personen beim Entleiher geht.<sup>9</sup> Der EuGH entschied sich eindeutig für die zweite Alternative, weil nur dann festgestellt werden könne, ob die Auswirkungen der Ungleichbehandlung durch bestimmte Vorteile ausgeglichen seien.<sup>10</sup> Der EuGH benannte sogar ein konkretes Prüfungsschema, indem er in Rn.49 ausführte:

„Somit sind in einem ersten Schritt die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen zu bestimmen, die für den Leiharbeitnehmer gelten würden, wenn er von dem entleihenden Unternehmen unmittelbar für den gleichen Arbeitsplatz eingestellt worden wäre. In einem zweiten Schritt sind diese wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen mit denen zu vergleichen, die sich aus dem Tarifvertrag ergeben, dem der Leiharbeitnehmer tatsächlich unterliegt... In einem dritten Schritt ist, um die Gesamtschutz des Leiharbeitnehmers zu achten, zu beurteilen, ob die gewährten Ausgleichsvorteile eine Neutralisierung der Ungleichbehandlung ermöglichen.“

Aus dieser Formulierung werden verschiedene Dinge deutlich. Zum einen wird dem Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 der Leiharbeitsrichtlinie entsprechend nicht von vorne herein danach gefragt, wie die Arbeitsbedingungen eines „vergleichbaren“ Arbeitnehmers beschaffen sind. Vielmehr sind Bezugsgröße die hypothetischen wesentlichen Arbeitsbedingungen, die bei einer Direktanstellung durch den Einsatzbetrieb gewährt worden wären. Diese müssen nicht notwendig mit denen eines Arbeitnehmers übereinstimmen, der vergleichbare Aufgaben erfüllt. Vielmehr können dabei auch der (fiktive) Einstellungszeitpunkt eine Rolle spielen (seit der Einstellung der letzten Vergleichsperson sind die Löhne gestiegen oder gefallen), ebenso persönliche Eigenschaften wie Diplome und Berufserfahrung, die im Einsatzbetrieb bei der Bemessung der Vergütung von Bedeutung sind.<sup>11</sup> Wenn § 8 Abs. 1 AÜG von einem „vergleichbaren Arbeitnehmer“ spricht, so ist dies richtlinienkonform in dem hier

<sup>9</sup> BAG NZA 2021, 800 Frage 2 a

<sup>10</sup> EuGH (oben Fn.1) Rn.48

<sup>11</sup> BAG NZA 2016, 422, 425 Rn.26; EuArbRK/Kolbe, RL 2008/104/EG Art. 5 Rn.8

skizzierten Sinne auszulegen. Dennoch ist die „Vergleichsperson“ in der Praxis von erheblicher Bedeutung, weil eine Vermutung dafür spricht, dass der Leiharbeitnehmer mangels abweichender Anhaltspunkte zu denselben Bedingungen wie die Vergleichsperson eingestellt worden wäre. Bei Zweifelsfragen ist auf die Auskunftspflicht des Entleihers nach § 13 AÜG zurückzugreifen. Nicht relevant ist, ob die wesentlichen Arbeitsbedingungen auf Tarifvertrag oder auf einer rein innerbetrieblichen vertraglichen Ordnung (oder auf einer Kombination zwischen beiden) beruhen.

Ist diese Ausgangsbezugsgröße bestimmt, so wäre sie ohne Leiharbeitstarif ja auch für den Leiharbeitnehmer maßgebend. Besteht für diese - wie fast immer - ein Tarifvertrag, so ist ein Vergleich mit den darin enthaltenen Bedingungen vorzunehmen. Dabei kommt es allein auf den Leiharbeitstarifvertrag an; etwaige einzelvertragliche Besserstellungen, die es z. B. im Pflegesektor geben kann, spielen keine Rolle. Auch bleibt es ohne Bedeutung, wenn der Tarifvertrag bei anderen Arbeitsbedingungen, die nicht unter Art. 3 Abs. 1 Buchst. f der Leiharbeitsrichtlinie fallen, zu Lasten oder zugunsten der Leiharbeitnehmer vom „Normalstandard“ abweicht. Ergibt sich - wie z. B. in dem zur Vorlage an den EuGH führenden Fall - eine Differenz zu Lasten des Leiharbeitnehmers, so ist allein deshalb nach einer „Kompensation“ für diesen Nachteil zu fragen. Um diese zu bestimmen, muss etwas weiter ausgeholt werden.

### **III. Die ausreichende Kompensation**

#### **1. Entgeltfortzahlung während der verleihfreien Zeiten?**

Die Leiharbeitsrichtlinie bezieht sich ausschließlich auf die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen während eines Einsatzes bei einem Entleiher. Verleihfreie Zeiten sind nicht angesprochen. Von daher könnte es naheliegen, die Fortzahlung des Entgelts während dieses Zeitraums als „Vorteil“ zu qualifizieren. Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie tut dies mittelbar dadurch, dass er eine Minderung des Entgelts gestattet, wenn ein unbefristeter Arbeitsvertrag besteht und deshalb auch die verleihfreien Zeiten bezahlt werden.<sup>12</sup> In anderen Fällen kann diese Leistung bei der Beurteilung des Gesamtschutzes „berücksichtigt“ werden.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> So EuGH (oben Fn.1) Rn.54

<sup>13</sup> EuGH (oben Fn.1) Rn.56

Diese Überlegungen sind überall dort gerechtfertigt, wo auch das nationale Recht keine Bezahlung der verleihfreien Zeit vorsieht. Solche Fälle scheinen in der EU nicht selten zu sein, was sich u. a. daraus ergibt, dass der im Ausgangsverfahren beklagte Arbeitgeber die Wiedereröffnung des mündlichen Verfahrens beantragte, weil sich die soziale Sicherung des Leiharbeitnehmers „insbesondere während einsatzfreier Zeiten“ zwischen den Mitgliedstaaten erheblich unterscheidet und dies noch nicht ausreichend erörtert worden sei.<sup>14</sup> Zu diesen Mitgliedstaaten gehört Deutschland jedoch nicht. Hat ein Leiharbeitnehmer einen Arbeitsvertrag von einem Jahr und tritt nach dem ersten Einsatz von drei Monaten eine einwöchige Pause bis zum nächsten Einsatz ein, so wird das seiner Entgeltgruppe entsprechende Gehalt fortbezahlt. Dies folgt wie bei anderen Arbeitsverhältnissen aus § 615 Satz 3 BGB; danach ist es Sache des Arbeitgebers, das Betriebsrisiko zu tragen. Dies gilt insbesondere dann, wenn sich ein Risiko verwirklicht, das bei der fraglichen Aktivität nicht ganz ferne liegt. Wer ein Hotel betreibt, muss damit rechnen, dass die Zahl der Gäste schwankt und deshalb zu bestimmten Zeiten nicht mehr genügend Arbeit für alle Beschäftigten vorhanden ist. Dass das Fehlen eines Anschlussauftrags in das Betriebsrisiko des Arbeitgebers fällt, wird nicht zuletzt durch § 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG deutlich, wonach der Entgeltanspruch nicht abdingbar ist, wenn der Arbeitgeber in Annahmeverzug gerät, was in der Regel dann der Fall ist, wenn er den Arbeitnehmer vorübergehend nicht weiterbeschäftigen kann. Eine Ausnahme vom Betriebsrisiko wird in jüngster Zeit dann gemacht, wenn eine hoheitlich verfügte Betriebsschließung auf Umständen beruht, die nichts mit der typischen Risikostruktur des Unternehmens zu tun haben.<sup>15</sup> Bei „geschäftstypischen“ Risiken hat sich nicht das Geringste geändert.

Angesichts dieses gesetzlichen Hintergrundes würde es in Deutschland keine Kompensation für eine schlechtere Entlohnung darstellen, wenn die Leiharbeitstarife die Entgeltfortzahlung für verleihfreie Zeiten vorsehen würden. Eine deklaratorische Tarifnorm ist kein „Vorteil“. Ein entsprechender Versuch wurde auch in der Praxis nicht unternommen. Soweit ersichtlich, findet sich die einzige Erwähnung der verleihfreien

---

<sup>14</sup> EuGH (oben Fn.1) Rn.20

<sup>15</sup> BAG NZA 2022, 182; zustimmend und weiterführend Greiner NZA 2022, 665 ff.; kritisch dazu Däubler, Klimaschutz und Arbeitsrecht, 2023, § 6 V

Zeiten in Ziffer 3.2.3 des zwischen iGZ und den DGB-Gewerkschaften abgeschlossenen Manteltarifvertrages vom 18. Dezember 2019,<sup>16</sup> wo es heißt:

„Die Überbrückung verleihtfreier Zeiten durch Nutzung des Arbeitszeitkontos ist nur mit Zustimmung des Mitarbeiters möglich.“

Dies läuft auf eine Abbedingung des zwingenden § 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG und damit auf einen Gesetzesverstoß hinaus.<sup>17</sup> Der Versuch, einen zusätzlichen Nachteil zuzufügen, bleibt ohne Erfolg. Von einer Kompensation kann erst recht nicht die Rede sein.

## **2. Zuwendung effektiver Vorteile**

Die zur Wahrung des Gesamtschutzes gewährten Vorteile müssen sich gleichfalls auf die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen beziehen. Dies ist vom EuGH ohne nähere Begründung so gesehen worden.<sup>18</sup> Diese Beschränkung hat den Vorteil, dass die Gegenüberstellung von Nachteilen und Ausgleichsvorteilen weniger komplex wird, weil es ausschließlich um Fragen der Vergütung und der Arbeitszeit geht.

Was die Inhalte betrifft, so besteht ersichtlich Einigkeit darüber, dass ein rein symbolischer Vorteil nicht genügt. Der Generalanwalt nannte – wie erwähnt - als Beispiel ein Werbegeschenk und erwähnte weiter den Extremfall, dass ein um 50 % vermindertes jährliches Entgelt durch einen einzigen zusätzlichen Urlaubstag ausgeglichen werden soll.<sup>19</sup>

Auf der anderen Seite könnte man daran denken, nur solche Vorteile als ausreichend zu qualifizieren, die quantitativ in etwa den Nachteilen, insbesondere der geringeren Vergütung entsprechen. Unterstellt man eine Jahresarbeitszeit von 1.600 Stunden, so würde eine Lohnminderung um 10 % einem Zusatzurlaub von 160 Stunden entsprechen, was in etwa auf vier Wochen hinauslaufen würde. Eine solche Ausgleichsleistung dürfte der EuGH nicht gemeint haben, zumal ja auch Pausen und Ruhezeiten zu den

<sup>16</sup> Abrufbar unter dem Suchwort „Manteltarif iGZ – DGB“

file:///C:/Users/wolfg/Downloads/Manteltarifvertrag-Zeitarbeit-iGZ-DGB-Tarifgemeinschaft-2.pdf (28.12.2022)

<sup>17</sup> Zu der noch weitergehenden These, selbst ohne eine solche Tarifklausel könne der Arbeitgeber das Zeitkonto während der verleihtfreien Zeiten abzubauen, zu Recht kritisch *Schüren* BB 2012, 1411 ff. und *ErfK-Roloff*, 23. Aufl. 2023, § 8 AÜG Rn.7

<sup>18</sup> *EuGH* (oben Fn.1) Rn.48, 50

<sup>19</sup> *Schlussanträge*, Rn.40 (oben Fn.7)

wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen gehören, die sich nicht ohne weiteres einer Lohnminderung um X Euro gegenüberstellen lassen.

Dass keine volle wirtschaftliche Äquivalenz gewollt ist, wird an der gebrauchten Terminologie deutlich. So ist in Rn.44 des hier referierten Urteils die Rede davon, die Vorteile müssten „geeignet“ sein, die Ungleichbehandlung auszugleichen; an späterer Stelle (Rn.48) heißt es, den Leiharbeitnehmern würden bestimmte Vorteile eingeräumt, die die Auswirkungen der Ungleichbehandlung ausgleichen „sollen“ (ebenso schon Rn.39). Im nächsten Absatz (Rn.49) spricht der Gerichtshof (ein wenig strenger) von der „Neutralisierung“ der Ungleichbehandlung. Auf Leiharbeitnehmer mit befristetem Arbeitsvertrag ist die Aussage (Rn.56) bezogen, ihnen müsse ein „erheblicher Vorteil“ gewährt werden, der den Unterschied des Arbeitsentgelts „ausgleichen“ könne. Hier ist am ehesten an ein Äquivalent zu denken.

Mehr Aufschluss ist zu erwarten, wenn man nach dem Sinn und Zweck der Richtlinie und insbesondere der tariflichen Abweichungsmöglichkeit nach Art. 5 Abs. 3 fragt. Art. 2 der Richtlinie stellt den Schutz der Leiharbeitnehmer und die Verbesserung der Qualität der Leiharbeit in den Vordergrund, die von der Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung nach Art. 5 erwartet wird. Ihr steht die Anerkennung der Leiharbeitsunternehmen als Arbeitgeber gegenüber, wobei zu berücksichtigen ist, dass ein angemessener Rahmen für den Einsatz von Leiharbeit festgelegt werden muss, um „wirksam zur Schaffung von Arbeitsplätzen und zur Entwicklung flexibler Arbeitsformen beizutragen“. Wie zu verfahren ist, wenn die verschiedenen Ziele in Widerspruch geraten, wenn beispielsweise der Schutz der Leiharbeitnehmer unter einem Übermaß an vom Arbeitgeber bestimmter Flexibilität leidet, wird nicht angesprochen.<sup>20</sup> Deutlich hebt auch das hier besprochene Urteil hervor, dass es in Bezug auf die rechtliche Stellung, den Status und die Arbeitsbedingungen der Leiharbeitnehmer innerhalb der Union große Unterschiede gebe, weshalb die Richtlinie einen „diskriminierungsfreien, transparenten und verhältnismäßigen Rahmen zum Schutz der Leiharbeitnehmer festlegen und gleichzeitig die Vielfalt der Arbeitsmärkte und der Arbeitsbedingungen wahren soll“ (Rn.35). Diesem zuletzt genannten Ziel dient die Abweichungsmöglichkeit nach Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie (Rn.39).

---

<sup>20</sup> Vgl. EuArbRK/Kolbe/RL 2008/104/EG Art. 2 Rn.1 f. („Zielkonflikt“)

Nirgends ist auch nur andeutungsweise davon die Rede, Art. 5 Abs. 3 wolle die Leiharbeit durch Reduzierung der Löhne und anderer Arbeitsbedingungen für die Arbeitgeberseite attraktiv machen und auf diesem Wege den Unternehmen mehr Flexibilität verschaffen. Der Gleichbehandlungsgrundsatz wird durchweg als das übergeordnete Prinzip gesehen, von dem im Interesse der Flexibilität nur abgewichen werden darf, wenn gleichzeitig ein Ausgleich geschaffen wird. Die Kompensation muss also so beschaffen sein, dass Leiharbeitnehmer nicht zu „Billigarbeitskräften“ werden. Das bedeutet nicht volle wirtschaftliche Gleichwertigkeit von Nachteil und kompensierendem Vorteil. Vielmehr gilt: Die Differenz darf nicht so groß sein, dass der Rückgriff auf Normalbeschäftigte oder Leiharbeitnehmer vorwiegend durch Kostenerwägungen gesteuert wird. Hier ginge es nicht mehr um Flexibilität des Unternehmens, sondern schlicht um die Senkung des Personaletats. In der Realität der deutschen Arbeitsmärkte wird sich daher einiges ändern müssen: Die als Spezialisten eingesetzten Leiharbeitnehmer verdienen im Durchschnitt 13 % weniger als ihre zur Stammebelegschaft gehörenden Kollegen, die sehr viel größere Gruppe der „Helfer“ liegt 31 % unter der durchschnittlichen Entlohnung vergleichbarer Mitarbeiter im Einsatzbetrieb.<sup>21</sup> Bei Leiharbeitnehmern, für die keine Branchenzuschläge gelten, dürfte die Differenz sehr viel größer sein; wer infolge der längeren Dauer seines Arbeitsverhältnisses einen höheren Branchenzuschlag erhält, wird dagegen näher an Equal Pay herankommen.

### **3. Gestaltungsbefugnisse der Tarifparteien**

Die Tarifparteien bleiben frei, sowohl über die Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz als solcher wie auch über Art und Umfang der Kompensation zu entscheiden. Die Abweichung besteht in der Praxis vorwiegend aus niedrigeren Löhnen, erfasst zum Teil jedoch auch andere wesentliche Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen. So wird etwa bestimmt, dass die (auf bestimmte Anlässe beschränkte) bezahlte Freistellung nach § 616 BGB erst nach sechs Monaten beginnt<sup>22</sup> oder dass ein Urlaubsanspruch von 30 Arbeitstagen erst nach fünf Jahren erreicht wird.<sup>23</sup> Dies ist deshalb besonders gravierend, weil über 60 % aller Leiharbeitnehmer vor

<sup>21</sup> Nachweise bei *Kolffhaus*, Flexibilität und Fragmentierung durch Arbeitnehmer\*innenüberlassung, 2022, S. 113

<sup>22</sup> § 5 Abs. 2 letzter Satz des MTV iGZ – DGB-Gewerkschaften vom 18. Dezember 2019 (oben Fn.16)

<sup>23</sup> § 11.2 des Manteltarifvertrags BAP – DGB-Gewerkschaften, abrufbar unter [https://www.tempton.de/wp-content/uploads/dokumente/BAP\\_Basistarifwerk.pdf](https://www.tempton.de/wp-content/uploads/dokumente/BAP_Basistarifwerk.pdf) (27.12.2022); der MTV iGZ – DGB lässt in § 6.2.1 vier Jahre genügen.

Erreichen von sechs Monaten wieder ausscheiden<sup>24</sup> – was dadurch erleichtert wird, dass die Kündigungsfristen im ersten Monat auf einen bzw. zwei Tage verkürzt werden<sup>25</sup> und bis zum Erreichen von sechs Monaten höchstens zwei Wochen betragen.<sup>26</sup> Diese sind für den Arbeitgeber leicht zu ertragen, da die Tarifverträge auch vorsehen, dass während der Kündigungsfrist Arbeitszeitguthaben und anteiliger Urlaub genommen werden müssen,<sup>27</sup> so dass durch die Wahrung der Kündigungsfrist meist keine zusätzliche Belastung für das Unternehmen entsteht. Man kann insoweit von einer Annäherung an das US-amerikanische Arbeitsrecht sprechen.

Für alle diese (und weitere hier nicht ausdrücklich genannte) Nachteile muss nunmehr eine Kompensation bestimmt werden. Sie muss so gestaltet sein, dass jeder wirtschaftliche Anreiz unterbleibt, auf Leiharbeit auch dann zurückzugreifen, wenn sie aus betriebsorganisatorischen Gründen gar nicht erforderlich ist. Niemand wird bestreiten, dass sie überall dort ein berechtigtes und nützliches Hilfsmittel ist, wo Arbeitskräfte plötzlich ausfallen oder wo unerwartet eingehende Aufträge mit der bisherigen Belegschaft nicht mit der nötigen Schnelligkeit erledigt werden können.<sup>28</sup> Wäre sie stattdessen trotz einer wie auch immer gearteten Kompensation immer noch eine preiswertere Alternative zu Dauerarbeitsverhältnissen, wäre der Gleichbehandlungsgrundsatz übermäßig und ohne Beachtung des Gesamtschutzes verletzt.

Der EuGH hat mit Nachdruck betont, dass die Tarifparteien zwar über einen weiten Beurteilungsspielraum verfügen, dass dieser aber durch das unionsrechtliche Gebot des Gesamtschutzes begrenzt werde. Ob dieses eingehalten sei, müsse einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle unterliegen (Rn.70 ff.). Dies sei mit der in Art. 28 GRCh garantierten Stellung der Sozialpartner vereinbar, weil ihre Autonomie gewahrt bleibe (Rn.71).

Dem ist zuzustimmen, weil es nicht um einen beliebigen Eingriff in die Tarifautonomie, sondern um das Einziehen einer Untergrenze geht. Der Struktur nach handelt es sich bei

<sup>24</sup> Mitgeteilt bei *Kolthaus* (oben Fn.21) S. 145 (unter Bezugnahme auf Daten der Bundesagentur für Arbeit)

<sup>25</sup> § 2.2 des MTV iGZ – DGB: In den ersten vier Wochen beträgt die Kündigungsfrist zwei Arbeitstage; § 9.3 des MTV BAP-DGB: In den ersten zwei Wochen kann bei Neueinstellungen die Kündigungsfrist im Arbeitsvertrag auf einen Tag verkürzt werden.

<sup>26</sup> § 2.2 MTV iGZ – DGB; § 9 Abs. 3 MTV BAP - DGB

<sup>27</sup> § 3.2.5 MTV iGZ – DGB; § 9.6 MTV BAP - DGB

<sup>28</sup> Vgl. EuArbRK/*Kolbe*/RL 2008/104/EG Art. 2 Rn.6

der Achtung des Gesamtschutzes um dieselbe Art Begrenzung wie bei der Festlegung des Mindestlohns von 12 Euro und des Mindesturlaubs von vier Wochen pro Jahr. Der Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz kann gleichfalls nicht tariflich unterboten werden – auch nicht mit dem Argument, robuste und wagemutige Leute würden freiwillig ein Risiko für ihre Gesundheit eingehen, wenn sie dafür eine deutlich höhere Vergütung erhalten würden. Im Übrigen stünde es dem Unionsgesetzgeber frei, den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 5 Abs. 1 als zwingendes Recht auszugestalten, wie dies beispielsweise bei der Gleichstellung der Teilzeitkräfte und der befristet Beschäftigten<sup>29</sup> geschehen ist. Darin liegt ersichtlich keine unzulässige Beschränkung der in Art. 28 GRCh garantierten Tarifautonomie.

#### **IV. Das weitere Schicksal der Leiharbeitstarife**

##### **1. Richtlinienkonforme Interpretation des § 8 Abs. 2 Satz 1 AÜG**

Der EuGH hat ausdrücklich betont, die nationalen Gerichte seien verpflichtet, alles in ihrer Zuständigkeit Liegende zu tun, um die Vereinbarkeit von Tarifverträgen mit den Vorgaben des Art. 5 Abs. 3 der Leiharbeitsrichtlinie sicherzustellen (Rn.78). Sie sind daher insbesondere gehalten, das nationale Recht richtlinienkonform zu interpretieren, sofern sie sich dadurch nicht mit dem ausdrücklichen Willen des nationalen Gesetzgebers in Widerspruch setzen, also *contra legem* entscheiden.

§ 8 Abs. 2 Satz 1 AÜG ermächtigt die Tarifparteien, vom Gleichstellungsgrundsatz abzuweichen und nennt als (im Grunde selbstverständliche) Grenze nur die Mindeststundenentgelte nach § 3a Abs. 2 AÜG. § 8 Abs. 2 Satz 1 AÜG kann richtlinienkonform in dem Sinne ausgelegt werden, dass er nur zum Abschluss solcher Tarifverträge ermächtigt, die den Vorgaben des Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie entsprechen. Dies wäre nur dann anders, wenn der Hinweis auf § 3a Abs. 2 AÜG ausdrücklich als abschließend bezeichnet wäre. Dies ist nicht der Fall, zumal weitere (unbestrittene) Grenzen<sup>30</sup> keine Erwähnung finden. Aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift folgt im Gegenteil, dass sich der Gesetzgeber der Vorschrift des Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie

---

<sup>29</sup> § 4 des Anhangs zur Richtlinie 97/81/EG lässt eine unterschiedliche Behandlung von Teilzeitkräften nur aus „sachlichen Gründen“ zu. Dasselbe gilt nach § 4 des Anhangs zur Richtlinie 1999/70/EG für befristet Beschäftigte.

<sup>30</sup> Zu ihnen Schüren/Hamann-Schüren, AÜG, 6. Aufl. 2022, § 8 Rn.152 ff.

durchaus bewusst war,<sup>31</sup> dass er ihn aber anders interpretierte: Tarifverträgen komme nach deutschem Recht grundsätzlich eine Richtigkeitsgewähr zu, bei einer Abweichung vom tarifdispositiven Arbeitnehmerschutzrecht müssten sie schon bisher den diesem zugrunde liegenden Schutzgedanken beachten.<sup>32</sup> Nunmehr hat der EuGH diese Sicht korrigiert, was im Rechtsstaat kein ungewöhnlicher Vorgang ist. Die von vorne herein erkannten und zugrunde gelegten Grenzen wurden von der zuständigen Instanz mit einem neuen Inhalt versehen, was keinen Widerspruch zu einer ausdrücklichen Festlegung des Gesetzgebers darstellt. Andernfalls müsste man ihm unterstellen, dass er seine Sicht bewusst auch für den Fall aufrechterhalten wollte, dass der EuGH der Richtlinie einen anderen Inhalt geben sollte. Dafür gibt es keine Anhaltspunkte. Überdies widerspräche dies der generellen Vermutung, dass der Gesetzgeber sich nicht mit höherrangigem Recht in Widerspruch setzen will.<sup>33</sup>

## **2. Die zu erwartende Entscheidung des BAG**

Das BAG wird den Ausgangsfall voraussichtlich nicht selbst entscheiden können. Es steht zwar fest, dass der im konkreten Fall anwendbare Tarifvertrag keine kompensatorische Regelung enthält und dass auch andere zwischen den Tarifparteien abgeschlossene Tarife dies nicht tun. Ob vergleichbare Stammarbeitskräfte aber wirklich 13,64 Euro pro Stunde, und damit deutlich mehr als die Klägerin, verdient haben, ist noch nicht definitiv geklärt. Die Klägerin hat dafür Beweis angeboten, doch hat das Berufungsgericht keine Beweisaufnahme durchgeführt, weil es den einschlägigen Tarifvertrag für wirksam hielt. Sollte die beklagte Arbeitgeberin das Vorbringen der Klägerin weiterhin mit Nichtwissen bestreiten, müsste das BAG den Fall an das Berufungsgericht zurückverweisen. Dies hat es in seiner Vorlageentscheidung bereits angekündigt.<sup>34</sup> Allerdings wird es dabei betonen müssen, dass der fragliche Tarifvertrag nicht wirksam vom Gleichstellungsgrundsatz abweichen konnte; andernfalls wäre die vom Berufungsgericht zu klärende Frage für die Entscheidung des Falles nicht relevant. Kein Anlass besteht dagegen, zu der Frage Stellung zu nehmen, ob auch durch Bezugnahme auf Tarifverträge vom

---

<sup>31</sup> BT-Drucksache 17/4804 S. 9: „Die Leiharbeitsrichtlinie erlaubt den Mitgliedstaaten, den Sozialpartnern die Möglichkeit einzuräumen, nach Maßgabe der von den Mitgliedstaaten festgelegten Bedingungen durch Tarifvertrag vom Grundsatz der Gleichstellung unter Achtung des Gesamtschutzes der Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter abzuweichen (Artikel 5 Absatz 3 der Leiharbeitsrichtlinie)“

<sup>32</sup> BT-Drucksache 17/4804 S. 9

<sup>33</sup> Zum unionsrechtlichen Anspruch auf Schadensersatz, wenn es diesen Weg nicht gäbe, s. *Zimmer NZA 2013, 289, 292*

<sup>34</sup> *BAG NZA 2021, 800 Rn.27*

Gleichstellungsprinzip abgewichen werden kann,<sup>35</sup> da im zugrundeliegenden Fall beide Arbeitsvertragsparteien tarifgebunden waren.

### **3. Unwirksamkeit der Tarifverträge?**

Die Ermächtigung zum Abschluss von Tarifverträgen nach § 8 Abs. 2 Satz 1 AÜG ist durch den hier anwendbaren Entgelttarifvertrag zwischen iGZ und den DGB-Gewerkschaften überschritten worden, weil es an einer kompensatorischen Regelung fehlt. In all jenen Fällen, in denen Leiharbeitnehmer schlechter stehen als bei einer direkten Einstellung durch den Entleiher, kann der Tarifvertrag deshalb keine Wirkung entfalten. Die Tarifparteien haben gewissermaßen ultra vires gehandelt.

Bei der Frage, ob und in welchem Umfang eine kompensatorische Regelung geboten ist, müssen alle zwischen den Tarifparteien abgeschlossenen Verträge in die Betrachtung einbezogen werden. Theoretisch wäre ja denkbar, dass der Manteltarif etwa durch einen deutlichen längeren Urlaub eine ausgleichende Kompensation für einen Lohnabschlag schafft. Im vorliegenden Fall ist dies ersichtlich nicht der Fall, doch kann in der künftigen Tarifpolitik durchaus eine solche Konstellation auftreten.

Weiter stellt sich die Frage, ob bei der Bestimmung der kompensatorischen Leistung nur der konkret im Streit befindliche Nachteil (hier: Die Entgeltdifferenz) betrachtet werden muss, oder ob auch sonstige Nachteile in die Waagschale gelegt werden müssen. Die Entscheidung muss zugunsten der zweiten Alternative ausfallen, da nur solche Tarifverträge vor dem richtlinienkonform ausgelegten § 8 Abs. 2 Satz 1 AÜG Bestand haben, die den Gesamtschutz als solchen achten, die also eine Ausgleichsleistung für alle Nachteile im Bereich der wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen enthalten. Wird beispielsweise im Einsatzbetrieb von der ersten Überstunde an ein Zuschlag von 25 % bezahlt, so sind dort Leiharbeitnehmer benachteiligt, bei denen nach § 4.12 des Manteltarifs iGZ – DGB-Gewerkschaften Zuschläge erst ab der 21. Überstunde im Monat beginnen. Auch hierfür muss ein Ausgleich festgelegt werden.

In praktisch allen Fällen, in denen die heutigen Leiharbeitstarife angewandt werden, können sie den Gleichstellungsgrundsatz des § 8 Abs. 1 AÜG nicht verdrängen, weil nicht

<sup>35</sup> Ablehnend *Blanke* DB 2010, 1528; *Rödl/D. Ulber* NZA 2012, 841; *J. Ulber*, AÜG, 5. Aufl. 2017, § 8 Rn.337; *Zimmer* NZA 2013, 289, 292

für die Wahrung des Gesamtschutzes gesorgt ist. Allerdings sind insbesondere in nicht tariflich erschlossenen Betrieben Fälle denkbar, in denen auf arbeitsvertraglicher Grundlage so bescheidene Löhne und Arbeitsbedingungen vereinbart sind, dass sie den Leiharbeitstarifen entsprechen oder sogar hinter diesen zurückbleiben. In solchen (extrem seltenen) Fällen bleiben die Leiharbeitstarife wirksam.<sup>36</sup>

#### **4. Probleme der Rechtsdurchsetzung**

##### **a) Verfahren nach § 9 TVG**

Da Tarifverträge für eine Vielzahl von Arbeitnehmern gelten, sieht § 9 TVG ein besonderes Verfahren vor, in dem nicht nur die Auslegung, sondern auch die Gültigkeit eines Tarifvertrags mit erga-omnes-Wirkung geklärt werden kann. Damit wird eine Vielzahl von Verfahren vermieden und die einheitliche Anwendung bzw. Nichtanwendung von Tarifverträgen gesichert.<sup>37</sup> Die Feststellung der Unwirksamkeit muss sich nicht auf den gesamten Tarifvertrag beziehen, sondern kann sich auch auf einzelne Bestimmungen und Teile beschränken.<sup>38</sup> Voraussetzung ist lediglich, dass die verbleibenden Bestimmungen noch eine in sich schlüssige Regelung darstellen.<sup>39</sup>

Im Fall der Leiharbeitstarife käme die Feststellung der Unwirksamkeit nur in Betracht, wenn man einen abstrakten Vergleich Leiharbeitstarife – Tarife in den Einsatzbetrieben vornehmen würde. Genau dies hat jedoch der EuGH auf Frage des BAG abgelehnt und einen konkreten Vergleich in jedem Einzelfall verlangt (oben II). Deshalb ist eine generelle Feststellung der Unwirksamkeit trotz fehlender kompensatorischer Regelungen nicht möglich, weil es eben immer auch Sonderfälle geben kann, in denen die Leiharbeitstarife das Niveau des Einsatzbetriebes nicht unterschreiten.

Zu erwägen wäre, die Unwirksamkeit für einen bestimmten Betrieb oder ein bestimmtes Unternehmen feststellen zu lassen, sofern dort mit Sicherheit kein vergleichbarer Arbeitnehmer entsprechend den Leiharbeitstarifen behandelt wird. Die Frage, ob eine solche partielle Unwirksamkeit im Verfahren nach § 9 TVG überhaupt festgestellt werden

---

<sup>36</sup> Im Bereich der Pflege wird bisweilen ein höheres Entgelt an Leiharbeitnehmer als an Stammbeschäftigte bezahlt, doch beruht dies dem Vernehmen nach auf einzelvertraglichen Zusagen.

<sup>37</sup> Wiedemann/Oetker, TVG, 8. Aufl. 2019, § 9 Rn.8

<sup>38</sup> Kempen/Zachert-Zeibig/Zachert, TVG, 5. Aufl. 2014, § 9 Rn.21

<sup>39</sup> Däubler/Nebe, TVG, 5. Aufl. 2022, § 1 Rn.190

kann, scheint bisher nicht aufgeworfen zu werden, doch stellt sie ebenfalls keinen gangbaren Weg dar: Man müsste für alle dort eingesetzten Leiharbeiter eine Vergleichsperson bzw. Anhaltspunkte dafür finden, dass der fragliche Leiharbeiter bei einer direkten Anstellung bessere Bedingungen erhalten hätte. Dies wird nur in besonders gelagerten Fällen möglich sein, zumal den Beteiligten kein Amtsermittlungsgrundsatz zur Seite steht; sie sind auf ihr „privates“ Wissen beschränkt.

## **b) Individualklage**

Was bleibt, ist zunächst die Klage eines einzelnen Leiharbeiters, wie sie auch der Entscheidung des EuGH zugrunde lag. Denkbar wäre, dass zahlreiche Leiharbeiter Klage erheben und sich auf die Verletzung des Gleichstellungsgrundsatzes in ihrem konkreten Fall berufen. Dabei müssen sie allerdings darlegen und im Streitfall beweisen, wer zu den vergleichbaren Arbeitnehmern gehört und wie deren Entgelt und deren wesentliche Arbeitsbedingungen beschaffen sind.<sup>40</sup> Soweit sie dazu nicht in der Lage sind, können sie vom Entleiher nach § 13 AÜG Auskunft verlangen, die notfalls gerichtlich erzwingbar ist. Der Betroffene muss also bereit sein, notfalls zwei verschiedene Verfahren zu führen und außerdem noch dafür sorgen, dass seine Ansprüche nicht wegen Überschreitung der in den Arbeitsverträgen vorgesehenen Drei-Monats-Frist verfallen. Juristischer Rat und juristische Betreuung sind angesagt.

Die Bereitschaft von Leiharbeitern, solche Verfahren einzuleiten, muss als gering eingeschätzt werden. Der Weg zur Anwaltskanzlei ist für viele ein absolut ungewohnter. Außerhalb des öffentlichen Dienstes führen auch „Normalarbeiter“ während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses selten Verfahren gegen ihren Arbeitgeber, weil dies als Illoyalität ausgelegt werden könnte. Bei Leiharbeitern kommt hinzu, dass sie praktisch keinen Bestandsschutz haben, weil der Verleiher sie jederzeit abberufen und das Arbeitsverhältnis ohne größere Schwierigkeiten beenden kann.<sup>41</sup> Als Kläger kommen allenfalls Personen in Betracht, deren Arbeitsverhältnis beendet ist, weil eine Kündigung erfolgte oder der befristete Arbeitsvertrag ausgelaufen ist. Auch sie befürchten bisweilen, als „schwieriger Arbeitnehmer“ später einmal benachteiligt zu werden.

---

<sup>40</sup> Näher dazu BAG NZA 2016,422

<sup>41</sup> Oben III 3

### c) Einzug der Sozialversicherungsbeiträge

Nach der Rechtsprechung des BSG<sup>42</sup> berechnet sich der Gesamtsozialversicherungsbeitrag nach den entstandenen Entgeltansprüchen; ob sie erfüllt wurden oder nicht, spielt keine Rolle. Anders als im Steuerrecht wird nicht das „Zuflussprinzip“ angewandt; auf diese Weise hängt der Sozialversicherungsschutz nicht von der „Zahlungsmoral“ des Arbeitgebers ab.<sup>43</sup> In mindestens 99 von 100 Fällen sind die bestehenden Leiharbeitstarife mangels kompensatorischer Leistung nicht in der Lage, vom Gleichstellungsgrundsatz des § 8 Abs. 1 AÜG abzuweichen. Dies bedeutet, dass die Sozialversicherungsbeiträge auf der Basis von Equal Pay neu berechnet werden müssen, was eine u.U. erhebliche Erhöhung zur Folge hat. Für die praktische Umsetzung können die Erfahrungen herangezogen werden, die nach dem Wegfall der CGZP-Tarifverträge gemacht wurden.<sup>44</sup> Diese führten zu Nachforderungen in Höhe von ca. 250 Mio. Euro, von denen nur 3,6 % in einem Insolvenzverfahren geltend gemacht werden mussten: Der Übergang zu Equal Pay führte ersichtlich nicht zu einer existentiellen Gefährdung der Verleihunternehmen, zumal die vergleichsweise seltenen Insolvenzverfahren auch andere Ursachen gehabt haben können.<sup>45</sup>

Inwieweit die Berechnung der Sozialversicherungsbeiträge auch dazu führt, dass die effektiv gewährten Löhne zumindest für die Zukunft automatisch an Equal Pay angepasst werden, lässt sich nicht mit Sicherheit prognostizieren. Dass die für die Beiträge zur Sozialversicherung zugrunde gelegte Vergütung und die tatsächlich ausbezahlte auf Dauer auseinanderfallen, ist gleichwohl schwer vorstellbar.

## V. Zusammenfassung

Die Leiharbeitstarife sind mit ihrem heutigen Inhalt nicht mehr in der Lage, den Gleichstellungsgrundsatz („Equal Pay“ und „Equal Treatment“) zu verdrängen, weil es an einer Kompensation für die bestehenden Nachteile fehlt. Diese müsste so gestaltet sein, dass die Alternative zwischen Festanstellung und Heranziehung von Leiharbeit nicht mehr

---

<sup>42</sup> BSGE 103, 229 ff.

<sup>43</sup> *Schlegel* NZA 2011, 380, 382

<sup>44</sup> Dies gilt auch für die Frage des Vertrauensschutzes, zumal die Gültigkeit der Tarifverträge in der Literatur immer umstritten war. S. neben den in Fn.33 genannten Autoren *Riechert* NZA 2013, 303 ff.

<sup>45</sup> Eingehend zu den Erfahrungen in den CGZP-Fällen *Diepenbrock*, jurisPR-ArbR 22/2016 Anm. 1

ökonomisch, sondern allein betriebsorganisatorisch determiniert wäre. Solange dieser Zustand nicht erreicht ist, kann der einzelne Leiharbeitnehmer verlangen, in jeder Hinsicht so gestellt zu werden, wie wenn er direkt vom Entleiher eingestellt worden wäre. Diese veränderte Rechtslage wird insbesondere bei der Berechnung der Sozialversicherungsbeiträge zur Geltung kommen. Auf die Erfahrungen mit den CGZP-Tarifverträgen kann dabei zurückgegriffen werden.