

VII. Fazit und Ausblick

Bei der Ausgestaltung einer Inflationsausgleichsprämie ist derzeit Vorsicht geboten, wenn es um Differenzierungen bei dem Empfängerkreis und der Höhe der auszukehrenden Prämie geht. Zwar ist § 3 Nr. 11 c EStG, genauer die Zweckbindung „Abmilderung der gestiegenen Verbraucherpreise“ nicht als absolute Zwecksetzung zu verstehen, womit dem Arbeitgeber steuerrechtlich und arbeitsrechtlich ein durchaus weitgehender Gestaltungsspielraum zuzubilligen ist. Wenn erreicht werden soll, dass die mit § 3 Nr. 11 c EStG geschaffene steuer- und abgabenfreie Inflationsausgleichsprämie möglichst vielen Arbeitnehmern zugutekommt, müssen die sich derzeit stellenden dogmatischen Zweifelsfragen bei der Auslegung des Zusätzlichkeitserfordernisses sowie der

Zweckbindung durch einen Anwendungserlass des BMF ausgeräumt werden. Bis dahin hat die Rechtsunsicherheit auch Folgen für das betriebliche Mitbestimmungsrecht nach § 87 I Nr. 10 BetrVG. Bekanntlich kann nach der Topf-Theorie der Betriebsrat nicht über die Höhe der bereitgestellten Mittel, sondern nur über deren Verteilung mitbestimmen. Wenn nun Rechtsrisiken dahingehend bestehen, dass eine bestimmte Form der Verteilung steuerschädlich und gegebenenfalls gleichheitswidrig ist, kann das „Wie“ der Verteilung auf den Finanzierungstopf durchschlagen, wenn es im Nachgang zu Nachforderungen kommt. Insofern muss es der alleinigen Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers obliegen, ob er sich auf Verteilungskriterien einlässt, denen ein gewisses Rechtsrisiko innewohnt. ■

Professor Dr. Wolfgang Däubler*

Ende der Leiharbeitsarbeitsverträge?

Die heutigen Leiharbeitsarbeitsverträge sind aufgrund einer neuen Entscheidung des EuGH nicht mehr in der Lage, den Equal-Pay-Grundsatz des § 8 I AUG 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 15.12.2022 hat der EuGH grundsätzliche Aussagen zu Inhalt und Handhabung von Equal Pay und Equal Treatment bei Leiharbeit getroffen.¹ Art. 5 III RL 2008/104/EG² lässt zwar tarifliche Abweichungen von dem in Art. 5 I 1 der Richtlinie niedergelegten Grundsatz der Gleichstellung von Leiharbeitnehmern und Stammbeschäftigten zu. Er verlangt jedoch wegen der in Art. 5 III 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.³

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 EUR eingesetzt. Vergleichbare Stammbeschäftigte erhielten dort einen Stundenlohn von 13,64 EUR. 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 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 „Gesamtschutzes“ bezogen.⁴

2. Der gegenständliche Anwendungsbereich

Von der Vorgabe des EuGH sind alle „wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen“ erfasst, die in Art. 3 I Buchst. f der Leiharbeitsrichtlinie definiert sind. Danach handelt es sich neben dem Arbeitsentgelt um „Dauer der Arbeitszeit, Überstunden, Pausen, Ruhezeiten, Nacharbeit, Urlaub und arbeitsfreie Tage“, also um die vielfältigen Fragen

der Arbeitszeit. Andere Gegenstände wie insbesondere der Bestandsschutz haben dort keine ausdrückliche Erwähnung gefunden, obwohl dieser nach deutschem Verständnis sicherlich zu den „wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen“ zählen würde. Der EuGH legt allerdings die erfassten Gegenstände weit aus⁵ und hat deshalb auch die Art und Weise der Berechnung der Urlaubsabgeltung einbezogen.⁶

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 Collins in seinen Schlussanträgen davon gesprochen, „Vorteile nebensächlicher Art“ wie zB ein Geschenk aus der Werbeabteilung könnten nicht genügen.⁷ Die bestehenden Leiharbeitsarbeitsverträge weichen zwar in aller Regel vom Gleichbehandlungsgrundsatz zulasten der Leiharbeiterin ab, sehen jedoch keine Kompensationsleistungen vor.⁸ Sind sie deshalb gegenstandslos geworden? Was tritt an ihre Stelle? Ein pauschaler Schluss auf ihre Unwirksamkeit wäre etwas voreilig.

II. Die Notwendigkeit eines konkreten Vergleichs

Das BAG hatte dem EuGH zu Recht die Frage gestellt, ob der anwendbare Leiharbeitsarbeitsvertrag abstrakt mit den Bedingungen im Einsatzbetrieb verglichen werden muss oder ob es um einen konkreten Vergleich zwischen den Arbeitsbedingungen

* Der Autor ist emeritierter Professor in Bremen.

1 EuGH 15.12.2022 – C-311/21, ECLI:EU:C:2022:983 = NZA 2023, 31 – TimePartner Personalmanagement.

2 Im Folgenden: Leiharbeitsrichtlinie.

3 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).

4 BAG 16.12.2020 – 5 AZR 143/19 (A), BAGE 173, 251 = NZA 2021, 800.

5 EuGH 12.5.2022 – C-426/20, ECLI:EU:C:2022:373 Rn. 40 = NZA 2022, 1041 – Luso Temp.

6 EuGH 12.5.2022 – C-426/20, ECLI:EU:C:2022:373 = NZA 2022, 1041 – Luso Temp.

7 Schlussanträge des GA Collins 14.7.2022 – C-311/21, ECLI:EU:C:2022:581 Rn. 39 = BeckRS 2022, 17976 – TimePartner Personalmanagement.

8 S. 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).

des einzelnen Leiharbeitnehmers und denen vergleichbarer Personen beim Entleiher geht.⁹ 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.¹⁰ 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 den 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 I der Leiharbeitsrichtlinie entsprechend nicht von vornherein 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.¹¹ Wenn § 8 I AÜG von einem „vergleichbaren Arbeitnehmer“ spricht, so ist dies richtlinienkonform in dem hier 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 Leiharbeitsarbeitsvertrag ja auch für den Leiharbeitnehmer maßgebend. Besteht für diesen – wie fast immer – ein Tarifvertrag, so ist ein Vergleich mit den darin enthaltenen Bedingungen vorzunehmen. Dabei kommt es allein auf den Leiharbeitsarbeitsvertrag an; etwaige einzelvertragliche Besserstellungen, die es zB im Pflegesektor geben kann, spielen keine Rolle. Auch bleibt es ohne Bedeutung, wenn der Tarifvertrag bei anderen Arbeitsbedingungen, die nicht unter Art. 3 I Buchst. f der Leiharbeitsrichtlinie fallen, zulasten oder zugunsten der Leiharbeitnehmer vom „Normalstandard“ abweicht. Ergibt sich – wie zB in dem zur Vorlage an den EuGH führenden Fall – eine Differenz zulasten 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 verleihtfreien Zeiten?

Die Leiharbeitsrichtlinie bezieht sich ausschließlich auf die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen wäh-

rend eines Einsatzes bei einem Entleiher. Verleihtfreie Zeiten sind nicht angesprochen. Von daher könnte es naheliegen, die Fortzahlung des Entgelts während dieses Zeitraums als „Vorteil“ zu qualifizieren. Art. 5 II der Richtlinie tut dies mittelbar dadurch, dass er eine Minderung des Entgelts gestattet, wenn ein unbefristeter Arbeitsvertrag besteht und deshalb auch die verleihtfreien Zeiten bezahlt werden.¹² In anderen Fällen kann diese Leistung bei der Beurteilung des Gesamtschutzes „berücksichtigt“ werden.¹³

Diese Überlegungen sind überall dort gerechtfertigt, wo auch das nationale Recht keine Bezahlung der verleihtfreien Zeit vorsieht. Solche Fälle scheinen in der EU nicht selten zu sein, was sich ua 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 unterscheide und dies noch nicht ausreichend erörtert worden sei.¹⁴ Zu diesen Mitgliedstaaten gehört Deutschland jedoch nicht. Hat ein Leiharbeitnehmer einen Arbeitsvertrag von einem Jahr abgeschlossen 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 S. 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 fernliegt. 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 IV 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.¹⁵ 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 Leiharbeitsarbeitsverträge die Entgeltfortzahlung für verleihtfreie 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 verleihtfreien Zeiten in Nr. 3.2.3 des zwischen iGZ und

9 BAG 16.12.2020 – 5 AZR 143/19 (A), BAGE 173, 251 Frage 2 a = NZA 2021, 800.

10 EuGH 15.12.2022 – C-311/21, ECLI:EU:C:2022:983 Rn. 48 = NZA 2023, 31 – TimePartner Personalmanagement.

11 BAG 21.10.2015 – 5 AZR 604/14, BAGE 153, 75 Rn. 26 = NZA 2016, 422 (425); EuArbRK/Kolbe, 4. Aufl. 2022, RL 2008/104/EG Art. 5 Rn. 8.

12 So EuGH 15.12.2022 – C-311/21, ECLI:EU:C:2022:983 Rn. 54 = NZA 2023, 31 – TimePartner Personalmanagement.

13 EuGH 15.12.2022 – C-311/21, ECLI:EU:C:2022:983 Rn. 56 = NZA 2023, 31 – TimePartner Personalmanagement.

14 EuGH 15.12.2022 – C-311/21, ECLI:EU:C:2022:983 Rn. 20 = NZA 2023, 31 – TimePartner Personalmanagement.

15 BAG 13.10.2021 – 5 AZR 211/21, NZA 2022, 182; zust. und weiterführend Greiner NZA 2022, 665; krit. dazu Däubler, Klimaschutz und Arbeitsrecht, 2023, § 6 V.

16 Anders Franzen NZA 2023, 25 (28).

den DGB-Gewerkschaften abgeschlossenen Manteltarifvertrags vom 18.12.2019¹⁷, wo es heißt:

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

Dies läuft auf eine Abbedingung des zwingenden § 11 IV 2 ArbZG und damit auf einen Gesetzesverstoß hinaus.¹⁸ 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.¹⁹ 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 bildete weiter den Extremfall, dass ein um 50 % vermindertes jährliches Entgelt durch einen einzigen zusätzlichen Urlaubstag ausgeglichen werden soll.²⁰

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 haben²¹, zumal ja auch Pausen und Ruhezeiten zu den 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 III 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.²² 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 III der Richtlinie (Rn. 39).

Nirgends ist auch nur andeutungsweise davon die Rede, Art. 5 III 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 Kostenersparungen gesteuert wird. Hier ginge es nicht mehr um Flexibilität des Unternehmens, sondern schlicht um die Senkung des Personaleinsatzes. 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.²³ 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 etwas näher an Equal Pay herankommen.

3. Gestaltungsbefugnisse der Tarifparteien

Die Tarifparteien bleiben frei, sowohl über die Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz als solche 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) be-

17 Abrufbar unter dem Suchwort „Manteltarif iGZ – DGB“ file:///C:/Users/wolfg/Downloads/Manteltarifvertrag-Zeitarbeit-iGZ-DGB-Tarifgemeinschaft-2.pdf (28.12.2022).

18 Zu der noch weitergehenden These, selbst ohne eine solche Tarifklausel könne der Arbeitgeber das Zeitkonto während der verleihefreien Zeiten abbauen, zu Recht krit. Schüren BB 2012, 1411 und ErfK/Roloff, 23. Aufl. 2023, ArbZG § 8 Rn. 7.

19 EuGH 15.12.2022 – C-311/21, ECLI:EU:C:2022:983 Rn. 48, 50 = NZA 2023, 31 – TimePartner Personalmanagement.

20 Schlussanträge des GA Collins 14.7.2022 – C-311/21, ECLI:EU:C:2022:581 Rn. 40 = BeckRS 2022, 17976 – TimePartner Personalmanagement.

21 So auch Bissels DB 2022, 2089 (2092) auf der Grundlage der Schlussanträge des GA.

22 Vgl. EuArbBR/Kolbe, 4. Aufl. 2022, RL 2008/104/EG Art. 2 Rn. 1 f. („Zielkonflikt“).

23 Nachw. bei Kolffhaus, Flexibilität und Fragmentierung durch Arbeitnehmer:innenüberlassung, 2022, S. 113.

zahlte Freistellung nach § 616 BGB erst nach sechs Monaten beginnt²⁴ oder dass ein Urlaubsanspruch von 30 Arbeitstagen erst nach vier Jahren erreicht wird.²⁵ Dies ist deshalb besonders gravierend, weil über 60 % aller Leiharbeiter vor Erreichen von sechs Monaten wieder ausscheiden²⁶ – was dadurch erleichtert wird, dass die Kündigungsfristen im ersten Monat auf einen bzw. zwei Tage verkürzt werden²⁷ und bis zum Erreichen von sechs Monaten höchstens zwei Wochen betragen.²⁸ Diese sind für den Arbeitgeber leicht zu ertragen, da die Tarifverträge auch vorsehen, dass während der Kündigungsfrist Arbeitszeitguthaben und anteiliger Urlaub genommen werden müssen²⁹, 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.³⁰ 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 der Achtung des Gesamtschutzes um dieselbe Art Begrenzung wie bei der Festlegung des Mindestlohns von 12 EUR und des Mindesturlaubs von vier Wochen pro Jahr.³¹ 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 I als zwingendes Recht auszugestalten, wie dies beispielsweise bei der Gleichstellung der Teilzeitarbeiter und der befristeten Beschäftigten³² geschehen ist. Darin liegt ersichtlich keine unzulässige Beschränkung der in Art. 28 GRCh garantierten Tarifautonomie.

IV. Das weitere Schicksal der Leiharbeitsarbeitsverträge

1. Richtlinienkonforme Interpretation des § 8 II 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 III 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 II 1 AÜG ermächtigt die Tarifparteien, vom Gleichstellungsgrundsatz abzuweichen und nennt als (im Grunde selbstverständliche) Grenze nur die Mindeststundenentgelte nach § 3 a II AÜG. § 8 II 1 AÜG kann richtlinienkonform in dem Sinne ausgelegt werden, dass er nur zum Abschluss solcher Tarifverträge ermächtigt, die den Vorgaben des Art. 5 III der Richtlinie entsprechen. Dies wäre nur dann anders, wenn der Hinweis auf § 3 a II AÜG ausdrücklich als abschließend bezeichnet wäre. Dies ist nicht der Fall, zumal weitere (unbestrittene) Grenzen³³ gleichfalls keine Erwähnung finden. Aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift folgt im Gegenteil, dass sich der Gesetzgeber der Vorschrift des Art. 5 III der Richtlinie durchaus bewusst war³⁴, 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.³⁵ Nunmehr hat der EuGH diese Sicht korrigiert, was im Rechtsstaat kein ungewöhnlicher Vorgang ist. Die von vornherein 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.³⁶

2. Die zu erwartende Entscheidung des BAG

Das BAG wird den Ausgangsfall voraussichtlich nicht selbst entscheiden können. Es steht zwar fest, dass der im konkre-

24 § 5 II letzter Satz des MTV iGZ – DGB-Gewerkschaften v. 18.12.2019, abrufbar unter dem Suchwort „Manteltarif iGZ – DGB“ file:///C:/Users/wolfg/Downloads/Manteltarifvertrag-Zeitarbeit-iGZ-DGB-Tarifgemeinschaft-2.pdf (28.12.2022).

25 § 11.2 des Manteltarifvertrags BAP – DGB-Gewerkschaften, abrufbar unter https://www.tempton.de/wp-content/uploads/dokumente/BAP_Basistarifwerk.pdf (27.12.2022); ebenso der MTV iGZ – DGB § 6.2.1.

26 Mitgeteilt bei Kolffhaus, Flexibilität und Fragmentierung durch Arbeitnehmer:innenüberlassung, 2023, S. 145 (unter Bezugnahme auf Daten der Bundesagentur für Arbeit).

27 § 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.

28 § 2.2 MTV iGZ – DGB; § 9 III MTV BAP – DGB.

29 § 3.2.5 MTV iGZ – DGB; § 9.6 MTV BAP – DGB.

30 Vgl. EuArbRR/Kolbe, 4. Aufl. 2022, RL 2008/104/EG Art. 2 Rn. 6.

31 Nicht bedacht bei Franzen NZA 2023, 25 (27).

32 § 4 des Anhangs zur RL 97/81/EG lässt eine unterschiedliche Behandlung von Teilzeitarbeitern nur aus „sachlichen Gründen“ zu. Dasselbe gilt nach § 4 des Anhangs zur RL 1999/70/EG für befristete Beschäftigte.

33 Zu ihnen Schüren/Hamann/Schüren, 6. Aufl. 2022, AÜG § 8 Rn. 152 ff.

34 BT-Drs. 17/4804, 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 (Art. 5 III der Leiharbeitsrichtlinie)“.

35 BT-Drs. 17/4804, 9.

36 Zum unionsrechtlichen Anspruch auf Schadensersatz, wenn es diesen Weg nicht gäbe, s. Zimmer NZA 2013, 289 (292).

ten 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 EUR 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 BerGer. 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 BerGer. zurückverweisen. Dies hat es in seiner Vorlageentscheidung bereits angekündigt.³⁷ Allerdings wird es dabei betonen müssen, dass der fragliche Tarifvertrag nicht wirksam vom Gleichstellungsgrundsatz abweichen konnte; andernfalls wäre die vom BerGer. zu klärende Frage für die Entscheidung des Falls nicht relevant. Kein Anlass besteht dagegen, zu der Frage Stellung zu nehmen, ob auch durch Bezugnahme auf Tarifverträge vom Gleichstellungsprinzip abgewichen werden kann³⁸, da im zugrunde liegenden Fall beide Arbeitsvertragsparteien tarifgebunden waren.

3. Unwirksamkeit der Tarifverträge?

Die Ermächtigung zum Abschluss von Tarifverträgen nach § 8 II 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 Leiharbeiter 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 ausreichende Kompensation für einen Lohnabschlag schafft. Im vorliegenden Fall ist dies ersichtlich nicht so, 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 II 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 Leiharbeiter 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 Leiharbeitsarbeitsverträge angewandt werden, können sie den Gleichstellungsgrundsatz des § 8 I AÜG nicht verdrängen, weil nicht 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 Leiharbeitsarbeitsverträgen entsprechen oder sogar hinter

diesen zurückbleiben. In solchen (extrem seltenen) Fällen bleiben die Leiharbeitsarbeitsverträge wirksam.³⁹

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.⁴⁰ Die Feststellung der Unwirksamkeit muss sich nicht auf den gesamten Tarifvertrag beziehen, sondern kann sich auch auf einzelne Bestimmungen und Teile beschränken.⁴¹ Voraussetzung ist lediglich, dass die verbleibenden Bestimmungen noch eine in sich schlüssige Regelung darstellen.⁴²

Im Fall der Leiharbeitsarbeitsverträge käme die Feststellung der Unwirksamkeit nur in Betracht, wenn man einen abstrakten Vergleich Leiharbeitsarbeitsverträge – 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 Leiharbeitsarbeitsverträge das Niveau des Einsatzbetriebs 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 Leiharbeitsarbeitsverträgen behandelt wird. Die Frage, ob eine solche partielle Unwirksamkeit im Verfahren nach § 9 TVG überhaupt festgestellt werden 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.⁴³ Anders verhält es sich nur dann, wenn eine Leistung

37 BAG 16.12.2020 – 5 AZR 143/19 (A), BAGE 173, 251 Rn. 27 = NZA 2021, 800.

38 Abl. Blanke DB 2010, 1528; Rödl/D. Ulber NZA 2012, 841; J. Ulber, 5. Aufl. 2017, AÜG § 8 Rn. 337; Zimmer NZA 2013, 289 (292).

39 Im Bereich der Pflege wird bisweilen ein höheres Entgelt an Leiharbeiter als an Stammbeschäftigte bezahlt, doch beruht dies dem Vernehmen nach auf einzelvertraglichen Zusagen.

40 Wiedemann/Oetker, 8. Aufl. 2019, TVG § 9 Rn. 8.

41 Kempen/Zachert/Zeibig/Zachert, 5. Aufl. 2014, TVG § 9 Rn. 21.

42 NK-TVG/Nebe, 5. Aufl. 2022, TVG § 1 Rn. 190.

43 Näher dazu BAG 21.10.2015 – 5 AZR 604/14, BAGE 153, 75 = NZA 2016, 422.

(etwa zum Inflationsausgleich) in gleicher Höhe an alle Stammbeschäftigten bezahlt wird; bei Direktanstellung wäre sie automatisch auch dem Leiharbeitnehmer zugute gekommen. Soweit in anderen Fällen Leiharbeitnehmer keine Vergleichsperson benennen können, 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 Leiharbeitnehmern, solche Verfahren einzuleiten, muss als gering eingeschätzt werden. Der Weg zur Anwaltskanzlei ist für viele ein absolut ungewohnter. Außerhalb des öffentlichen Dienstes führen auch „Normalarbeitnehmer“ während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses selten Verfahren gegen ihren Arbeitgeber, weil dies als Illoyalität ausgelegt werden könnte. Bei Leiharbeitnehmern kommt hinzu, dass sie praktisch keinen Bestandsschutz haben, weil der Verleiher sie jederzeit abberufen und das Arbeitsverhältnis ohne größere Schwierigkeiten beenden kann.⁴⁴ 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.

c) Einzug der Sozialversicherungsbeiträge

Nach der Rechtsprechung des BSG⁴⁵ 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.⁴⁶ In mindestens 99 von 100 Fällen sind die bestehenden Leiharbeitstarife mangels kompensatorischer Leistung nicht in der Lage, vom Gleichstellungsgrundsatz des § 8 I AÜG abzuweichen. Dies bedeutet, dass die Sozialversicherungsbeiträge auf der Basis von Equal Pay neu berechnet werden müssen, was eine unter Umständen erhebliche Erhöhung zur Folge hat. Auch kann die Frage gestellt werden, ob der Straftatbestand des § 266 a I StGB erfüllt ist, für den bedingter Vorsatz genügt. Für die praktische Umsetzung

können die Erfahrungen herangezogen werden, die nach dem Wegfall der CGZP-Tarifverträge gemacht wurden.⁴⁷ 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.⁴⁸

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 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.

44 Oben III 3.

45 BSG 3.6.2009 – B 12 R 12/07 R, BSGE 103, 229 = NJOZ 2010, 2677.

46 Schlegel NZA 2011, 380 (382).

47 Dies gilt auch für die Frage des Vertrauensschutzes, zumal die Gültigkeit der Tarifverträge in der Literatur immer umstritten war. S. neben den in Fn. 38 genannten Autoren Riechert NZA 2013, 303. Würde man mit Bissels (DB 2022, 2089 (2091)) einen Vertrauensschutz in Erwägung ziehen, ergäbe sich das Problem einer Staatshaftung wegen mangelhafter Umsetzung der Richtlinie.

48 Eing. zu den Erfahrungen in den CGZP-Fällen Diepenbrock jurisPR-ArbR 22/2016 Anm. 1.

Rechtsanwalt Thomas Ubber und Rechtsanwältin Dr. Felicia von Grundherr*

Tarifeinheit in gemeinsamen Einrichtungen

Während die Verfassungs- und Europarechtskonformität von § 4 a TVG mittlerweile höchststrichterlich bestätigt wurde, sind viele Aspekte der praktischen Anwendung der Regelung noch ungeklärt und rücken zunehmend in den Fokus der Rechtsprechung und des wissenschaftlichen Diskurses. Gemeinsamen Einrichtungen wird im Kontext der Tarifeinheit bislang allerdings kaum Beachtung geschenkt. Das dürfte sich nun ändern: Das ArbG Frankfurt a. M. hat sich im letzten Jahr – als erstes Arbeitsgericht überhaupt – mit der Frage der Anwendbarkeit von § 4 a TVG auf gemeinsame Einrichtungen beschäftigt (ArbG Frankfurt a. M. 1.2.2022 – 24 Ca 3723/21, BeckRS 2022, 19495). Dieser Beitrag geht den sich hierbei stellenden, bisher kaum behandelten, dogmatischen Fragestellungen nach.

I. Einführung in die Problematik: Tarifeinheit und gemeinsame Einrichtungen

§ 4 a TVG sieht vor, dass im Falle von kollidierenden Tarifverträgen konkurrierender Gewerkschaften nur die Tarifverträge der Mehrheitsgewerkschaft im jeweiligen Betrieb zur Anwendung gelangen (*Tarifeinheit*).

Gemeinsame Einrichtungen sind von den Tarifvertragsparteien geschaffene und von ihnen abhängige Organisationen,

* Der Autor Ubber ist Fachanwalt für Arbeitsrecht und Partner bei Allen & Overy LLP in Frankfurt a. M., die Autorin von Grundherr ist Rechtsanwältin bei Allen & Overy LLP in München. – Die Autoren waren Prozessvertreter des klagenden AGV MOVE in dem mehrfach zitierten Verfahren vor dem Arbeitsgericht Frankfurt a. M. (1.2.2022 – 24 Ca 3723/21, BeckRS 2022, 19495).