



Schriftliche Stellungnahme

Professor Dr. Peter Schüren, Münster

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 3. Juli 2023 zum

- a) Antrag der Abgeordneten Jürgen Pohl, René Springer, Ulrike Schielke-Ziesing, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der AfD

Mehr Redlichkeit in der Paketbranche und faire Löhne für Leiharbeiter

BT-Drucksache 20/6003

- b) Antrag der Abgeordneten Susanne Ferschl, Gökay Akbulut, Christian Görke, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Leiharbeit – Gleichen Lohn für gleiche Arbeit durchsetzen

BT- Drucksache 20/5978

Siehe Anlage

Universitätsprofessor Dr. Peter Schüren

Universität Münster
peter.schueren@uni-muenster.de

Erstellt 28.06.2023

Schriftliche Stellungnahme Professor Dr. Peter Schüren, Münster

Stellungnahme als Einzelsachverständiger zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 3. Juli 2023 zum

- a) Antrag der Abgeordneten Jürgen Pohl, René Springer, Ulrike Schielke-Ziesing, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der AfD Mehr Redlichkeit in der Paketbranche und faire Löhne für Leiharbeiter BT-Drucksache 20/6003
- b) Antrag der Abgeordneten Susanne Ferschl, Gökay Akbulut, Christian Görke, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE. Leiharbeit – Gleichen Lohn für gleiche Arbeit durchsetzen BT- Drucksache 20/5978

1. Ist ein generelles Verbot der Leiharbeit überhaupt rechtlich möglich?

Leiharbeit war bis 1967 in Deutschland verboten. Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung (Leiharbeit) war bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 4.4.1967 (BVerfGE 21, 261ff.) zusammen mit der privaten Arbeitsvermittlung untersagt. Das Verbot knüpfte an den Erlass des Reichsarbeitsministers vom 20.12.1941 (RABL 1942 I. S. 6) an, der in § 37 Abs. 3 des Gesetzes über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (AVAVG) von 1957 mit veränderter Wortwahl wiederholt worden war.

Das Bundesverfassungsgericht kassierte dieses gesetzliche Verbot 1967 als verfassungswidrig.

Es unterschied die gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung von der damals noch als staatlichen Monopol betriebenen Arbeitsvermittlung. Für die Arbeitnehmerüberlassung sah es keine zureichenden Gründe, die den mit einem Verbot verbundenen starken **Eingriff in die Berufsfreiheit der Verleiher** rechtfertigen könnten.

Die zentrale Aussage der Entscheidung zum Verbot der Arbeitnehmerüberlassung:

„Danach werden mit dieser Maßnahme (dem Verbot) Ziele verfolgt, die an sich berechtigt sein mögen; indes können sie durch mildere Maßnahmen als durch den stärksten Eingriff in das Recht der freien Berufswahl erreicht werden.“

Die Entscheidung enthielt den Auftrag an den Gesetzgeber, die Arbeitnehmerüberlassung sozialverträglich zu regeln. Der Auftrag wurde mit dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz 1972 erfüllt.

Das vom Gesetzgeber 1972 gewählte **deutsche Modell** der Arbeitnehmerüberlassung wird durch drei Merkmale geprägt:

- Dauerbeschäftigungsverhältnisse der Leiharbeitnehmer mit den Verleihern mit durchgehender Vergütung auch zwischen den Überlassungen.
- Vorübergehende Überlassungen an verschiedene Entleiher.
- Regelung der Arbeitsbedingungen zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer für alle Einsätze.

Die Vergütung im Leiharbeitsverhältnis wurde in einem regelmäßig unbefristeten Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer geregelt. Sie war bis 2003 nicht an der Vergütung für die gleiche Arbeit beim Entleiher gekoppelt.

Die Arbeitsbedingungen konnten immer schon auch durch Tarifverträge zwischen Verleihern und Gewerkschaften geregelt werden. Bis 2002 waren solche Tarifverträge selten. Danach wurden sie in großer Zahl abgeschlossen und nahezu ausnahmslos für die Leiharbeitsverhältnisse angewandt.

Die Anwendung der Tarifverträge war seit 2003 notwendig, um ein eigenes Vergütungssystem weiterhin durchgehend nutzen zu können. Das Gesetz sieht seit 2003 die Gleichbehandlung während der Überlassungen als Auffangregelung vor.

Zwischen 2002 und 2010 war die Tariflandschaft stark durch die Pseudo-Tarifverträge mit einer Tarifgemeinschaft der sog. Christlichen Gewerkschaften (CGZP) geprägt. Deren Dumpinglöhne zeigten, dass es sich um „gelbe“ Gewerkschaften handelte, die ziemlich offensichtlich nicht tariffähig waren.

Erst 2010 wurde die Tarifunfähigkeit der CGZP rückwirkend rechtskräftig festgestellt. Danach gab und gibt es nur noch Tarifverträge mit DGB-Gewerkschaften.

Ein Verbot der Arbeitnehmerüberlassung kommt angesichts der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht in Betracht, wenn die Möglichkeit besteht, die Überlassung sozialverträglich zu gestalten.

Bei realistischer Betrachtung hat sich die Situation der Leiharbeitnehmer seit der Ausschaltung der Pseudo-Gewerkschaft CGZP im Jahr 2010, den anschließenden Reformen und auf der Grundlage der aktuellen Tarife stark verbessert.

Misstände, die weiterbestehen, müssten offengelegt werden. Dann wäre zu fragen, wie ihnen mit der geringstmöglichen Grundrechtsbeeinträchtigung abgeholfen werden kann.

Dabei ist, wenn es um die Lohnhöhe in einer Branche geht, stets auch die **Tarifautonomie** zu respektieren. Der Gesetzgeber darf zwar tätig werden, um einen Basischutz der Arbeitnehmer sicherzustellen – man denke an den Mindestlohn. Er darf auch dort, wo die Tarifautonomie nicht flächendeckend funktioniert, tätig werden – man denke an die Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Tarifverträgen. Er darf aber nicht die Tarifpartner und ihre Tarifverträge beiseiteschieben, um eigene Vorstellungen vom angemessenen Lohn in einer Branche durchzusetzen.

Die Tarifautonomie gem. Art. 9 Abs. 3 Grundgesetz ist in allen Branchen von der Verfassung als Weg zur Regelung der Arbeitsbedingungen geschützt.

Zum weiteren Verständnis: Die strenge Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern und Stammpersonal ist typischer Bestandteil eines grundsätzlich anderen, in Deutschland nicht praktizierten Systems der Arbeitnehmerüberlassung. Dabei werden Leiharbeitnehmer vom Verleiher nur für eine Überlassung an einen Entleiher eingestellt. Das ist funktionsgleich mit einem befristeten Arbeitsverhältnis zum Entleiher. Es liegt auf der Hand, dass dann mindestens Gleichbehandlung gewährt werden muss. **Einen solche Gestaltung wäre in Deutschland kaum möglich, weil sie unser Befristungsrecht unterlaufen und faktisch unbegrenzt sachgrundlose Befristungen ermöglichen würde.**

2. Folgt aus dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache TimePartner (C-311/21) und dem Urteil des vorliegenden Bundesarbeitsgerichts vom 31. Mai 2023 (Az. 5 AZR 143/19), dass die Tariföffnungsklausel in § 8 AÜG zu streichen ist? Oder gestattet Artikel 5 Absatz 3 der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG nicht gerade auch die Ungleichbehandlung von Leiharbeiterinnen und Leiharbeitnehmern auf Basis von Tarifverträgen, sofern der Gesamtschutz der Leiharbeitskräfte gewahrt ist?

Zu diesem Fragenkreis liegt ein aktueller, umfangreicher Aufsatz (NZA 2023, 529) von mir vor, dem im Ergebnis die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 31.5.2023 nach der vorliegenden Pressemitteilung Schritt für Schritt gefolgt ist. Ich füge diesen Aufsatz als Teil meiner Stellungnahme im Anhang bei.

Das geltende Arbeitnehmerüberlassungsrecht mit seiner Vergütungsregelung ist richtlinienkonform. In den gesetzlichen Grenzen ist die Lohnfindung Sache der Arbeitgeber und der Gewerkschaften (**Tarifautonomie**).

Geringfügige Korrekturen im Gesetz wären sinnvoll.

Auf den Punkt gebracht ergibt sich, dass die aktuelle tarifliche Praxis im bestehenden gesetzlichen Rahmen für Leiharbeitsverhältnisse, die nicht nur einen Einsatz umfassen (Einsatzbefristungen), europarechtskonform ist.

Eine Streichung der Tariföffnungsklausel ist zum Schutz der Leiharbeitnehmer nicht erforderlich – und damit angesichts des Verfassungsrangs der Tarifautonomie auch nicht zulässig.

Wesentliche Argumente:

Zentral ist die Aussage der Richtlinie nach der Auslegung des EuGHs, dass dann, wenn eine **durchgehende Vergütung** im unbefristeten Leiharbeitsverhältnis sichergestellt ist, auch eine Abweichung nach unten bei der Vergütung der Einsatzzeiten und den anderen Arbeitsbedingungen im Vergleich zu Arbeitnehmern des Einsatzunternehmens im Einzelfall möglich ist.

Den Vorgaben folgend formuliert der EuGH selbst Anforderungen an solche Arbeitsbedingungen:

„Artikel 5 Absatz III RL 2008/104 erlaubt vorbehaltlich dieses Gesamtschutzes mithin den Abschluss eines vom Grundsatz der Gleichbehandlung in Bezug auf alle Leiharbeitnehmer abweichenden Tarifvertrags, ohne danach zu unterscheiden, ob ihr Arbeitsvertrag mit einem Leiharbeitsunternehmen befristet oder unbefristet ist. In einem solchen Fall lässt sich darüber hinaus nicht ausschließen, dass die Entgeltfortzahlung in der Zeit zwischen den Überlassungen – sei es aufgrund eines unbefristeten oder befristeten Vertrags – bei der Beurteilung dieses Gesamtschutzes berücksichtigt werden kann. Allerdings muss den Leiharbeitnehmern mit einem befristeten Vertrag ein erheblicher Vorteil gewährt werden, der den Unterschied des Arbeitsentgelts, den sie während der Überlassung gegenüber einem vergleichbaren Arbeitnehmer des entleihenden Unternehmens hinnehmen müssen, ausgleichen kann.“

Da der EuGH ein befristetes Arbeitsverhältnis zu beurteilen hatte, müssen die Aussagen auf ein **unbefristetes Leiharbeitsverhältnis mit bezahlten Zwischenzeiten** übertragen werden:

Weil die Tarifpartner einen Sachverhalt regeln, der nicht genau vorhersehbar ist, sondern nur von ihnen eingeschätzt werden kann, kommt ihnen eine **Einschätzungsprärogative** (Tarifautonomie) zu. Sie müssen innerhalb der Tarifregelung bewerten, wieviel die durchgehende Absicherung, in der die Leiharbeitnehmer für den Verleiher nichts erwirtschaften, „wert“ ist. Das können und dürfen nur die Tarifpartner.

Aus dem letzten Satz des EuGHs folgt im Umkehrschluss, dass die Verschlechterung der Arbeitsbedingungen erheblich ein darf, wenn sie durch die Zusage der Finanzierung der einsatzlosen Zeiten kompensiert wird. Angesichts dieser Aussage des EuGHs gibt es keinen Grund, die Tarifverträge, die im von § 8 Abs. 4 AÜG vorgegebenen gesetzlichen Schutzrahmen unbefristete Leiharbeitsverhältnisse mit bezahlten Nichteinsatzzeiten regeln, als unwirksam anzusehen.

Die aktuellen Leiharbeitstarife können deshalb Dauerbeschäftigungsverhältnisse von Leiharbeitnehmern europarechtskonform wirksam gestalten.

Dabei ist zu gewichten, dass die Absenkung der Löhne im Vergleich zum Stammpersonal bei längeren Überlassungszeiten gem. § 8 Abs. 4 AÜG zwingend entfällt. Es gibt so schon durch den gesetzlichen Rahmen keine „Überkompensation“ der Nichteinsatzzeiten zum Vorteil des Verleihers und auf Kosten des Gesamtschutzes und damit zum Nachteil des einzelnen Leiharbeitnehmers.

Damit ist das aktuelle, gesetzlich unterfütterte Tarifsysteem für unbefristete Leiharbeitsverhältnisse in Deutschland richtlinienkonform.

Die aktuellen Tarifverträge der Zeitarbeit können ohne Einschränkung nur für unbefristete Leiharbeitsverhältnisse angewandt werden. Die langfristige Bindung an den Verleiher mit der Absicherung von Nichteinsatzzeiten rechtfertigt eine gesetzlich begrenzte Absenkung der Vergütung im Vergleich zum Personal des Entleihers.

Sachgrundlose Befristungen gem. § 14 Abs. 2 TzBfG können ausnahmsweise mit den aktuellen Tarifverträgen durchgeführt werden, wenn mit Sicherheit keine Einsatzbefristung vorliegt und in erheblichem Umfang Nichteinsatzzeiten möglich sind.

Korrekturbedarf: Nach meiner Einschätzung wäre es sinnvoll, in folgenden Punkten klarstellend das AÜG der europarechtlichen Lage anzupassen – ausführlich dazu meine Aussagen im beigefügten Aufsatz:

Einsatzbefristete Leiharbeitsverhältnisse können mit den aktuellen Tarifverträgen nicht rechtlich haltbar durchgeführt werden. Hier sollte nur **Gleichbehandlung** zulässig sein. Sie sind funktionsidentisch mit befristeten Arbeitsverträgen im Einsatzunternehmen für die Gleichbehandlung bereits jetzt zwingend vorgeschrieben ist (§ 4 Abs. 2 TzBfG).

Arbeitnehmerüberlassung aus dem Ausland kann nicht auf der Grundlage der deutschen Leiharbeitstarife durchgeführt werden. Hier ist die Bezahlung von Nichteinsatzzeiten nicht gewährleistet.

Arbeitnehmerüberlassung aus Mischbetrieben ist wegen des fehlenden Risikos von Nichteinsatzzeiten ebenfalls nicht auf der Grundlage der Leiharbeitstarife möglich.

Die ohne Grund zulässige Kündigung von Leiharbeitsverhältnissen in der Probezeit zum Ende des Ersteinsatzes mit dem Ziel der Umgehung der Vergütungspflicht für Nichteinsatzzeiten (**Synchronisation**) ist in analoger Anwendung von § 11 Abs. 4 S. 2 AÜG unwirksam. Auch hier wäre eine Korrektur des Gesetzes mit einem rückwirkenden Anspruch auf Gleichbehandlung empfehlenswert.

3. Welche Anforderungen stellt das Verfassungsrecht an die ausweislich des Antrags geforderte Begrenzung des Fremdpersonaleinsatzes auf 15% der im jeweiligen Betrieb Beschäftigten in der Branche Post-, Kurier- und Expressdienste?

Hier kann auf die Aussage in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Verbot der Leiharbeit zurückgegriffen werden. Auch hier sind ungeeignete und unverhältnismäßige Eingriffe in die unternehmerische Berufsfreiheit unzulässig.

Ein partielles Verbot des Fremdpersonaleinsatzes ist ein schwerer Eingriff in die vom Grundgesetz geschützte Berufsfreiheit der Unternehmen, die Dienstleistungen anbieten und der Unternehmen, die diese Dienstleistungen nutzen (Outsourcing).

Jedes Unternehmen ist auf der Grundlage von Art. 12 GG frei darin, festzulegen, ob bestimmte Arbeiten mit eigenem Personal ausgeführt oder an Dienstleister vergeben werden.

Bevor ein Eingriff in diese Freiheit überhaupt erwogen werden kann, muss feststehen, welche Missstände genau vorliegen und in welchem Umfang sie bestehen. Erst dann können Eingriffe sinnvoll bedacht werden.

Bei der vorgeschlagenen Quotenregelung stellt sich zuallererst die Frage, ob das überhaupt ein taugliches Mittel ist, um Missstände zu beseitigen. Ist das nicht überzeugend nachweisbar, scheidet das Mittel von vornherein aus, weil ein untaugliches Mittel nie eine Grundrechtsbeschränkung rechtfertigen kann.

Es ist nicht erklärbar, dass bei einer Outsourcing-Quote von 15% die betroffenen Arbeitnehmer bessere Arbeitsbedingungen haben, als bei einer Outsourcing-Quote von z.B. 20%. Die Prüfung könnte deshalb bereits hier enden!

Unterstellt man gleichwohl einmal die Wirksamkeit einer Outsourcing-Quote, wäre sie als letztes Mittel möglich, wenn Belange des Gemeinwohls oder der Schutz der Arbeitnehmer das erfordern und keine anderen, geringer belastenden und doch abhelfenden Eingriffe in Betracht kommen.

Dazu muss für die einzelnen Missstände geprüft werden, ob milderen Mittel vorhanden sind, um diese Missstände zu beseitigen.

Beispiele: Wenn als Missstand die **schlechtere Bezahlung** der Fremdfirmenleute im Vergleich zum Stammpersonal zutreffend (!) gerügt wird, so sind diejenigen Mittel zu prüfen, die eine bessere Vergütung dieser Menschen zur Folge haben würden.

Hier ist an Branchenmindestlöhne, die Einbeziehung in das Arbeitnehmerentendengesetz und die Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen zu denken.

Ist das Problem die Nichtbezahlung von Arbeitszeit (**Arbeitszeitbetrug durch die Arbeitgeber**), dann ist der erste Schritt eine verbindliche Arbeitszeiterfassung und die Absicherung der Lohnansprüche durch Ausschluss von Verfallregeln und über eine Beweislastumkehr beim Nachweis der Lohnrückstände.

Mit anderen Worten: Stets ist exakt zu ermitteln, welcher Missstand besteht. Dann ist zu fragen, wie dem mit möglichst geringer Beeinträchtigung von verfassungsrechtlich geschützten Positionen wirksam (!) abgeholfen werden kann.

Bevor man Grundrechte in der Substanz beeinträchtigt, muss immer nach weniger belastenden Wegen gesucht werden.

Diese Anforderungen erfüllt ein sektorales Teilverbot des Fremdpersonaleinsatzes allesamt nicht. Es wäre verfassungswidrig.

4. Welche Voraussetzungen bestehen für die Vereinbarkeit der geforderten Begrenzung des Fremdpersonaleinsatzes auf 15% der im jeweiligen Betrieb Beschäftigten in der Branche Post-, Kurier- und Expressdienste mit dem Europarecht?

Die europarechtlichen Anforderungen unterscheiden sich hier kaum von den verfassungsrechtlichen Anforderungen an einen solchen Eingriff. Anknüpfungspunkte sind Art. 4 der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG sowie die nach Art. 56 AUEV gewährleistete Dienstleistungsfreiheit und die in Art. 49 AEUV gewährleistete Niederlassungsfreiheit.

Leiharbeit: Einschränkungen des Einsatzes von Leiharbeit sind an der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG und dort an Art. 4 zu messen. Nach Art. 4 Abs. 1 sind Verbote oder Einschränkungen des Einsatzes von Leiharbeit nur aus Gründen des Allgemeininteresses zulässig.

Dann muss es um den Schutz der Leiharbeitnehmer, ihren Gesundheitsschutz und die Arbeitsplatzsicherheit gehen. Oder auch um das Funktionieren des Arbeitsmarkts. Zulässiges Ziel einer Beschränkung nach der Richtlinie ist die Gewährleistung des Schutzes der Leiharbeitnehmer sowie die Verbesserung der Qualität der Leiharbeit (Art. 2 der Richtlinie 2008/104/EG).

Es gibt keinerlei Anknüpfungspunkte, die eine solche Wirkung der Quote nahelegen. Damit läge ein Verstoß gegen die Leiharbeitsrichtlinie vor. Will man Lohnbetrug an den Leiharbeitnehmern verhindern oder unzumutbare Arbeitsbedingungen, dann müsste man dort ansetzen.

Dienstleistungsfreiheit: Art. 56 AUEV schützt vor nicht gerechtfertigten Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Union für Angehörige der Mitgliedsstaaten, die in einem anderen Mitgliedsstaat als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind. Ausländische Anbieter, die als Subunternehmer oder Verleiher für deutsche Unternehmen tätig sind, nehmen die Dienstleistungsfreiheit in Anspruch.

Es ist im Antrag nicht plausibel erklärt, wie eine Beschränkung der Nutzbarkeit externer, auch ausländischer Anbieter von Dienstleistungen, den Schutz der in der Branche tätigen Menschen wirksam verbessern soll.

Wie schon bei der Prüfung der Verfassungskonformität dargelegt, muss die geringste mögliche Freiheitsbeschränkung gewählt werden, um den angestrebten Schutz der Arbeitnehmer zu erreichen. Das ist nur möglich, wenn die Missstände genau erkannt sind, und passgenau nachweisbar wirksame Abhilfe konzipiert wird.

Es ist nicht einmal plausibel dargetan, dass die Situation der Arbeitnehmer, die direkt bei dem deutschen Unternehmen arbeiten, zuverlässig besser ist als die der Fremdfirmenleute. Ohne diesen Nachweis können Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit nie gerechtfertigt sein.

Eine Quote ist deshalb mit der Dienstleistungsfreiheit unvereinbar.

Gestaltungsgrenzen für die Zeitarbeitstarife nach der EuGH-Entscheidung vom 15.12.2022² [angenommen zur Veröffentlichung NZA]

"Don't panic!"³

Inhalt

I.	Einführung.....	2
II.	Gleichbehandlung bei der Einsatzbefristung	5
1.	Tarifliche Ungleichbehandlung und Anforderungen an den Ausgleich	6
2.	Ausgleichsleistungen außerhalb des Tarifvertrags?	7
3.	Vermutung der Gleichbehandlung gem. § 8 Abs. 1 S. 2 AÜG.....	8
III.	Unbefristete Leiharbeitsverhältnisse.....	9
1.	Regelungsaufgabe der Tarifabschlüsse im Unterschied zur gesetzlichen Gleichbehandlung	10
2.	Anforderungen der Richtlinie an die Arbeitsbedingungen in unbefristeten Zeitarbeitsverträgen	12
IV.	Gleichbehandlung bei faktischer Einsatzbefristung	13
1.	Befristetes Leiharbeitsverhältnis ohne Synchronisation	13
2.	Vorzeitiges Einsatzende im einsatzbefristeten Leiharbeitsverhältnis.....	14
3.	Überlassung aus einem Mischbetrieb.....	14
4.	Überlassung aus dem Ausland.....	15
5.	Faktische Einsatzbefristung durch Probezeitkündigung	15
V.	Zusammenfassung	16

Seit 20 Jahren regeln Tarifverträge die Arbeitsbedingungen der deutschen Zeitarbeitsbranche. Nach einer Vorlage des BAG⁴ hat der EuGH⁵ über die Gestaltungsgrenzen der Tarifpartner entschieden. Ob die Tarifpraxis mit ihrer begrenzten Ungleichbehandlung jetzt noch so weitergeführt werden kann, oder ob sie insgesamt oder teilweise verändert werden muss, ist Gegenstand des Beitrags.

¹ Universitätsprofessor (em.) für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster.

² C-311/21, NZA 2023, 31.

³ Lance Corporal *Jack Jones*, in: *Dad's Army* (Britische TV-Serie zwischen 1968 und 1977)

⁴ BAG 14.10.2020 - 7 AZR 286/18, NZA 2021, 800

⁵ C-311/21, NZA 2023, 31.

I. Einführung

Nach eher „wilden“ Anfängen mit unwirksamen CGZP-Dumpingtarifen und einem niedrigen Lohnniveau auch in den DGB-Tarifen⁶ haben sich die Arbeitsbedingungen in der gesamten Zeitarbeitsbranche nach 2010 stetig verbessert.⁷ Der Gesetzgeber beschränkte den tariflichen Gestaltungsrahmen 2017 weitreichend (§§ 3a, 8 Abs. 3 u. 4 AÜG).⁸ Die Tarifregelung ist nun „nach unten“ begrenzt und inzwischen von den Tarifpartnern auf Gleichbehandlung bei längeren Einsatzzeiten ausgerichtet.⁹

Seit 2010 gibt es fast ausschließlich Tarifverträge mit der DGB-Tarifgemeinschaft und den beiden großen Arbeitgeberverbänden BAP und IGZ. Leiharbeitsverhältnisse ohne vereinbarte Tarifbindung sind vermutlich selten.¹⁰ In einzelnen Einsatzbranchen wird inzwischen sogar übertariflich und besser als bei den Entleihern bezahlt, weil sich die Marktsituation verändert hat.¹¹

In einer ersten Reaktion auf die neue EuGH-Entscheidung stellte *Bauer* fest: „*Der Zeitarbeitsbranche wird nichts anderes übrigbleiben, als ihre Tarifverträge dahingehend zu überarbeiten, dass bei geringerer Vergütung tarifliche Ausgleichsvorteile vorgesehen werden.*“¹² *Däubler*¹³ kommt für die Vergangenheit zur Unwirksamkeit der tariflichen Regelungen in den meisten Arbeitsverträgen mit heftigen Haftungsfolgen. Das klingt nach einer ziemlichen Katastrophe.

Ich will die unterschiedlichen Rechtsfolgen der Entscheidung für

- einatzbefristete
- unbefristete
- andere zeitlich begrenzte

tarifgebundene Leiharbeitsverhältnisse erläutern. Dabei wird sich zeigen, dass sie für die unbefristeten Leiharbeitsverhältnisse andere Folgen hat als für Einsatzbefristungen und vergleichbare Gestaltungen. Ähnlich im Ergebnis sehen es *Thüsing*¹⁴ und wohl auch *Franzen*¹⁵ und (bereits 2016) *Forst*¹⁶.

⁶ Waltermann, NZA 2010, 482.

⁷ Ausf. RWI – Leibniz-Institut für Wirtschaftsforschung, Die Lohnlücke in der Zeitarbeit – eine empirische Analyse auf Grundlage von BA-Daten und der Verdienststrukturerhebung, Studie für die iGZ-Bundesgeschäftsstelle, Endbericht 04. Mai 2022,

⁸ Hamann/Klengel, EuZA 2017, 485, 496ff.

⁹ Schüren/Hamann AÜG § 8 Rn. 101ff.

¹⁰ Dem Verfasser sind keine validen Daten bekannt.

¹¹ <https://www.mdr.de/nachrichten/deutschland/politik/leiharbeit-gesundheitswesen-ampel-begrenzen-100.html> - im Gesundheitswesen wohl bereits verbreitet.

¹² ArbRAktuell 2023, 15

¹³ „*In praktisch allen Fällen, in denen die heutigen Leiharbeitsstarife angewandt werden, können sie den Gleichstellungsgrundsatz des § 8 Absatz 1 AÜG nicht verdrängen, weil nicht für die Wahrung des Gesamtschutzes gesorgt ist.*“ NZA 2023, 73,77; im Ergebnis ebenso Hamann, jurisPR-ArbR 10/2023 Anm. 1.

¹⁴ Anm. NZA 2023, 36f.

¹⁵ NZA 2023, 25ff.

¹⁶ In: Schlachter/Heinig (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, 2016, § 15 Rn. 73.

Ausgangspunkt sind die Grundannahmen des EuGHs für die **einsatzbefristeten** Leiharbeitsverhältnisse. Danach geht es im Schwerpunkt um die tariflichen Arbeitsbedingungen für **unbefristete Leiharbeitsverhältnisse** entsprechend dem „Deutschen Modell“.¹⁷

Der Gestaltungsrahmen ist in zweierlei Hinsicht **notwendig anders** als bei den einsatzbefristeten Arbeitsverhältnissen. Bei Ihnen besteht, das ist der **erste Grund**, ein ernsthafter Bedarf an durchgehend gleichen, die Einsätze bei verschiedenen Entleiher überdauernden Arbeitsbedingungen. Erst dieser Regelungsbedarf im unbefristeten Leiharbeitsverhältnis schafft Raum für umfassende, ganz eigene tarifliche Regelungen. Diesen Aspekt erwähnt der EuGH nicht, weil er nur in dieser in Europa seltenen Gestaltung der Arbeitnehmerüberlassung eine so wichtige Rolle spielt.

Bei den nicht einsatzbefristeten¹⁸ Leiharbeitsverhältnissen ist am Anfang offen, für wen und wie lange und mit welchen beschäftigungslosen Zwischenzeiten der Leiharbeitnehmer seine Arbeit leisten wird.¹⁹ Nur der Verleiher als Arbeitgeber steht fest. Nicht einmal die Einsatzbranche und damit deren tarifliches Lohnniveau und deren Arbeitsbedingungen sind vorher sicher.

Trotzdem muss ein durchgehendes Arbeitsverhältnis mit von Anfang an festliegenden und stets auskömmlichen Arbeitsbedingungen geregelt werden. Eine Aneinanderreihung von Einsätzen mit verschiedenen, die Bedingungen beim jeweiligen Entleiher weitgehend kopierenden Arbeitsbedingungen wäre in einem unbefristeten Leiharbeitsverhältnis praktisch schwer zu handhaben; es sind keine Fälle bekannt, in denen das unternommen wurde.

Für die einfache **Gleichbehandlung bei der Einsatzbefristung** des Leiharbeitsverhältnisses bräuchte man keine Tarifverträge; da steht alles im Gesetz. Die gesamten Rahmenbedingungen beim Entleiher liegen bei der Arbeitsaufnahme schon abschließend fest. Nichteinsatzzeiten als Kostenfaktor für den Verleiher gibt es hier nicht. Leiharbeitsvertrag und Überlassung enden gleichzeitig, wenn alles nach Plan läuft.²⁰

Der **zweite Grund** für eine tarifliche Regelung in Deutschland ist die Pflicht, bei unbefristeten (oder auch bei befristeten aber nicht-einsatzbefristeten) Leiharbeitsverhältnissen die Vergütung in Nichteinsatzzeiten weiter zu bezahlen.²¹

Die unbefristete Leiharbeit ist seit 1972 das Leitbild des AÜG.²² Das dem Arbeitgeber gesetzlich (§ 11 Abs. 4 S. 2 AÜG) zugewiesene besondere Risiko darf auch nicht

¹⁷ Bt-Ds. VI, 2303, S. 8 unter Hinweis auf BSG 29.07.1970-7 RAr 44/68, AP Nr. 9 zu § 37AVAVG; Schüren, RdA 2007, 231.

¹⁸ Vgl. zur besonderen Problematik der nicht einsatzbezogen, befristeten Leiharbeitsverhältnisse die Ausführungen im letzten Abschnitt.

¹⁹ Das gewichtet Hamann nicht hinreichend: jurisPR-ArbR 10/2023 Anm. 1

²⁰ Bei der vorzeitigen Beendigung der Überlassung ändert sich das; vgl. dazu unten IV, 2.

²¹ BAG 24.3.2004 - 5 AZR 303/03, NZA 2004, 971, 973.

²² Bt-Ds. VI, 2303, S. 8.

über Arbeitszeitkonten²³ oder „betriebsbedingte“ Kündigungen²⁴ zur Synchronisation unterlaufen werden.

Bei **Einsatzbefristungen** hingegen trägt dieses Risiko von Nichteinsatzzeiten der Arbeitnehmer selbst oder seine Arbeitslosenversicherung oder die Grundsicherung (Bürgergeld) und damit die Gemeinschaft. Dem einsatzbefristeten Leiharbeiter geht es nicht anders als sonstigen befristet beschäftigten Personen. Deshalb muss das Risiko fehlender Anschlussaufträge bei der Festlegung der Vergütung für diese Gruppe aus der Verleiherperspektive unberücksichtigt bleiben.

Die **unbeschränkte Absicherung dieses wirtschaftlichen Risikos** gem. § 11 Abs. 4 AÜG auf Kosten des Verleihers ist die notwendige Voraussetzung für ein langfristiges, viele Überlassungen und Zwischenzeiten überdauerndes Leiharbeitsverhältnis. Die genaue Kostenbelastung durch dieses Risiko ist bei Beginn des einzelnen Leiharbeitsverhältnisses nicht vorhersehbar.

Nach der Rechtsprechung müssen im laufenden Arbeitsverhältnis unter Umständen Nichteinsatzzeiten von bis zu drei Monaten überbrückt, genauer: mit Tariflohn bezahlt werden, wenn danach eine Einsatzmöglichkeit zu erwarten ist.²⁵ Die wirkliche Kostenbelastung durch Nichteinsatzzeiten ergibt sich also stets erst mit der Zeit. Sie könnte nur ganz am Ende des Arbeitsverhältnisses **in der Rückschau** für den Einzelfall errechnet werden. Das nützt aber nicht viel. Die Arbeitsbedingungen müssen im Interesse beider Arbeitsvertragspartner bei der Arbeitsaufnahme zuverlässig für das gesamte Arbeitsverhältnis einschließlich der Nichteinsatzzeiten festliegen.

Dieses branchenspezifische und unter anderem konjunkturabhängige wirtschaftliche Risiko des Verleihers wird bei uns in die tarifliche Vergütungsregelung mit ihren Branchenzuschlägen „eingepreist“.²⁶ **Die wirtschaftliche Bewertung dieses vom EuGH anerkannten Risikos mit dem Ziel eines akzeptablen Gesamtschutzes der Leiharbeiter kann im gesetzlichen Rahmen nur von den Tarifpartnern geleistet werde.**

Zuletzt soll es darum gehen, welche weiteren Leiharbeitsverhältnisse den Gestaltungsgrenzen der Gleichbehandlung für die Einsatzbefristung unterfallen. In Betracht kommen **Befristungen ohne Einsatzbindung** z.B. nach § 14 Abs. 2 TzBfG, **Einsatzbefristungen**, bei denen der **Einsatz vorzeitig endet** und die dann für die restliche Befristungszeit mit anderen Einsätzen weitergeführt werden, **Überlassungen**

²³ BAG, 16.04.2014 - 5 AZR 483/12, NZA 2014, 1262; Ausf. LAG Berlin-Brandenburg 17.12.2014 - 15 Sa 982/14 BeckRS 2015, 65940; Schüren, BB 2012, 1411; a.A. Hanau/Hoff, NZA 2015, 1169, 1171

²⁴ BAG 18. 5. 2006 - 2 AZR 412/05, AP AÜG § 9 Nr. 7; Bayreuther, NZA 2016, 1304: „Die Dreimonatsgrenze kann aber gegebenenfalls noch als ein Indiz dafür herhalten, ob der fragliche Arbeitsplatz wirklich dauerhaft verloren gegangen ist oder ob es sich nur um kurzfristige Auftragslücken bzw. vorübergehende Nichteinsatzzeiten handelt, die der Arbeitgeber hinnehmen muss. Ist sie überschritten, liegt ein dauerhafter Auftragsverlust nahe.“

²⁵ ErfK/Roloff AÜG § 1 Rn. 86: „Der AG muss daher dezidiert aufzeigen, dass es sich nicht um eine kurzfristige Auftragsschwankung handelt und dass auch in absehbarer Zeit kein Folgeauftrag zu erwarten ist.“; LSG Baden-Württemberg, 14. 12. 2007 – L 13 AL 4932/06, BeckRS 2008, 50896.

²⁶ BAG 24.3.2004 - 5 AZR 303/03, NZA 2004, 971, 973; die Bedeutung dieser Risikotragung, die es im einsatzbefristeten, synchronisierten Leiharbeitsverhältnis nicht gibt, unterschätzt Hamann jurisPR-ArbR 10/2023 Anm. 1,

aus Mischbetrieben und Überlassungen aus dem Ausland. Ebenfalls einzuordnen ist die faktische Synchronisation durch **Probezeitkündigung** nach der ersten Überlassung.

In allen diesen Fällen ist zu fragen, ob der Verleiher das Risiko von Nichteinsatzzeiten auf den Leiharbeitnehmer verlagert. Denn dann kann die reguläre Tarifregelung für dieses Leiharbeitsverhältnis die Risikoverteilung nicht mehr abbilden.

II. Gleichbehandlung bei der Einsatzbefristung

„Bei der Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern handelt sich in Wahrheit nicht mehr um Gleichbehandlung, sondern um Gleichstellung, nicht mehr um Arbeitnehmerüberlassung, sondern um Arbeitsvermittlung.“ Rieble/Klebeck 2003²⁷

Die Befristung des Leiharbeitsverhältnisses auf die Dauer einer mindestens ebenso langen, vom Verleiher mit dem Entleiher geplanten Überlassung an diesen einen Entleiher lässt sich aus der Perspektive des Leiharbeitnehmers kaum von einem befristeten Arbeitsverhältnis im Einsatzbetrieb unterscheiden. Sie ist rechtlich insbesondere über § 14 Abs. 2 TzBfG möglich.²⁸ Typische Fälle der Einsatzbefristung sind auch die Beschäftigung von Schülern und Studierenden, die vom Verleiher in deren Semester- oder Schulferien für einen bestimmten Entleiher eingestellt werden.²⁹

Der Empfänger der Arbeitsleistung und der Verleiher/Arbeitgeber fallen zwar rechtlich nicht zusammen, aber die Beziehung zum Verleiher reicht zeitlich nicht über den von Verleiher und Entleiher vorgesehenen Einsatz bei diesem Entleiher hinaus. Der Unterschied der synchronisierten Überlassung zu einer bloßen Vermittlung ist gering – und bietet dem Arbeitnehmer auch keinen zusätzlichen Schutz. *Rieble/Klebeck* haben 2003 mit ihrer sehr spitzen Formulierung einen zentralen Aspekt der Einsatzbefristung angesprochen. Freilich sieht die Leiharbeitsrichtlinie die in anderen Ländern übliche Einsatzbefristung als Form der Arbeitnehmerüberlassung und nicht als Arbeitsvermittlung.³⁰

Für befristete Arbeitsverhältnisse ist auf europäischer und auf nationaler Ebene schon lange ein Anspruch auf Gleichbehandlung mit den unbefristet beschäftigten Arbeitnehmern des gleichen Arbeitgebers festgeschrieben.³¹ Die Leiharbeitsrichtlinie folgt in Art. 5 I der gleichen Wertung in Bezug auf das vergleichbare Stammpersonal.

²⁷ NZA 2003, 23, 26.

²⁸ Ausf. Schüren/Hamann/Schüren AÜG § 3 Rn. 74ff.

²⁹ BeckOK ArbR/Bayreuther TzBfG § 14 Rn. 116.

³⁰ Wank, RdA 2003, 1, 3.; Schüren/Hamann/Brors, AÜG, Einl. Rn. 617ff.

³¹ Ausf. *Kammanabrou* in: Schlachter/Heinig, aaO., § 15 Rn 12ff.

1. Tarifliche Ungleichbehandlung und Anforderungen an den Ausgleich

Es ist angesichts der Aussage der Leiharbeitsrichtlinie in Art. 5 III³² nicht möglich richtlinienkonform eine wirtschaftliche Benachteiligung der **einsatzbefristeten** Leiharbeitnehmer gegenüber befristet beschäftigtem Stammpersonal vorab tariflich oder arbeitsvertraglich festzuschreiben. Das wäre auch ein Wertungswiderspruch zum Gleichbehandlungsanspruch des befristet beschäftigten Stammpersonals.³³

Der EuGH stellt für diese einsatzbefristeten Leiharbeitsverhältnisse nunmehr klar, dass es zwar tariflich möglich ist, einzelne Arbeitsbedingungen im Vergleich zu den Arbeitsbedingungen des Stammpersonals zu verschlechtern. Dann müssen diese verschlechterten Arbeitsbedingungen aber für den Arbeitnehmer, den sie treffen, **in der Einsatzzeit** im Tarifvertrag selbst wirtschaftlich ausgeglichen werden. Das ist eine einfache, schlüssige Argumentation. Denn nach der Einsatzzeit und dem Ende des Leiharbeitsverhältnisses (Einsatzbefristung) kann es keinen Ausgleich mehr geben. **Ein Tarifvertrag, der das Risiko von Nichteinsatzzeiten „eingepreist“ hat, passt wirtschaftlich deshalb mit seinen Leistungen nicht zur Einsatzbefristung!**

Während der Generalanwalt in seiner Stellungnahme noch Beispiele für Ausgleichsleistungen³⁴ anführte, die ganz offensichtlich nicht als volle wirtschaftliche Kompensation ausreichen, verzichtet der EuGH ganz auf solche Beispiele. Ich lege das so aus, dass die kompensatorischen Leistungen nicht nur irgendwie „gewichtig“ sondern wirtschaftlich gleichwertig sein müssen – der EuGH spricht von „**Neutralisierung**“ der Benachteiligung.³⁵ Das ist etwas anderes als die Aussage, Ausgleichsleistungen dürften nicht nebensächlicher Art sein, wie das noch vom Generalanwalt formuliert wurde.

Im Ergebnis muss ein **wirtschaftlich gleichwertiger Ausgleich** von Benachteiligungen für den einzelnen Arbeitnehmer und für seinen konkreten Einsatz vorliegen und – das ist hier zwingend - innerhalb der Einsatzzeit gewährt werden.

Das unterscheidet sich kaum noch vom Gleichbehandlungsanspruch für Leiharbeitsverhältnisse ohne Tarifbindung gem. § 8 Abs. 1 S. 1 AÜG. Auch da ist es zulässig, Lohnnebenleistungen, die dem Stammpersonal als Sachleistungen gewährt werden, bei den Leiharbeitnehmern durch Geld auszugleichen (§ 8 Abs.1 S. 3 AÜG).³⁶

Praktisch bedeutet das für die Tarifpartner in diesem kleinen Teilbereich eine Beschränkung auf Gestaltungen, die Gleichbehandlung in engen Grenzen „umverteilen“

³² (1)[1] Die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der Leiharbeitnehmer entsprechen während der Dauer ihrer Überlassung an ein entleihendes Unternehmen mindestens denjenigen, die für sie gelten würden, wenn sie von jenem genannten Unternehmen unmittelbar für den gleichen Arbeitsplatz eingestellt worden wären.

³³ § 4 Abs. 2 S. 1 TzBfG;

³⁴ „Außerdem kann eine Ausnahme in Bezug auf wesentliche Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen nicht durch Vorteile nebensächlicher Art ausgeglichen werden. Beispielsweise könnte eine Abweichung vom Grundsatz der Gleichbehandlung in Bezug auf das Arbeitsentgelt durch ein Geschenk aus der Werbeabteilung nicht wirksam ausgeglichen werden.“ Schlussantrag vom 14.07.2022 –C-311/21

³⁵ „In einem dritten Schritt ist, um den Gesamtschutz von Leiharbeitnehmern zu achten, zu beurteilen, ob die gewährten Ausgleichsvorteile **eine Neutralisierung** der Ungleichbehandlung ermöglichen.“ EuGH 15.12.2022 – C-311/21, Rn 49

³⁶ HK-AÜG/Ulrici AÜG § 8 Rn. 96; Schüren/Hamann AÜG § 8 Rn. 57ff.

oder zu einer Besserstellung der einsatzbefristeten Leiharbeitnehmer gegenüber befristet beschäftigtem Stammpersonal führen.

2. Ausgleichsleistungen außerhalb des Tarifvertrags?

Die Vergleichsperson für den vom EuGH geforderten konkreten Vergleich der Tarifleistungen des Leiharbeitnehmers, wäre ein befristet beschäftigter Stammarbeitnehmer auf dem Arbeitsplatz des Leiharbeitnehmers.³⁷ Deshalb ist die durchschnittliche Vergütung vergleichbar beschäftigten Stammpersonals, das nicht neueingestellt wurde, als Vergleichsgröße untauglich.³⁸

Nun läge es nahe, hier die tatsächlich dem Leiharbeitnehmer in diesem konkreten Einsatz vom Verleiher gewährten Leistungen und Arbeitsbedingungen **insgesamt** zu bewerten und zum Vergleich heranzuziehen. Der Ausgleich zwischen der vorgeschriebenen „Gleichbehandlung“ und der zu geringen tariflichen Vergütung samt Nebenleistungen könnte dann bei Einsatzbefristungen über eine Art „Einsatzzulage“ auf rein arbeitsvertraglicher Grundlage geschehen. Für den Arbeitnehmer wäre das kein Nachteil.

Die Aussage in der EuGH-Entscheidung stellt aber nicht darauf, sondern allein auf die tariflichen Arbeitsbedingungen ab. Es heißt wörtlich:

*„Lassen die Sozialpartner jedoch durch einen Tarifvertrag Ungleichbehandlungen in Bezug auf wesentliche Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen zum Nachteil von Leiharbeitnehmern zu, muss **dieser Tarifvertrag**, um den Gesamtschutz der betroffenen Leiharbeitnehmer zu achten, ihnen diese Vorteile in Bezug auf wesentliche Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen gewähren, die geeignet sind, ihre Ungleichbehandlung **auszugleichen**.“³⁹*

Dementsprechend ist es nicht möglich, mit einer Kombination aus in der konkreten Situation verschlechternden tariflichen Arbeitsbedingungen und einzelvertraglichen Zulagen ohne tarifliche Grundlage insgesamt wirtschaftlich mindestens gleichwertige Arbeitsbedingungen zu gewähren – und den Tarifvertrag für diesen Einzelfall „zu retten“.

Der Tarifvertrag muss nach dem Wortlaut der Entscheidung, um im Einzelfall rechtlich wirksam zu sein, den **Nachteilsausgleich selbst regeln**, wenn er bei wesentlichen Arbeitsbedingungen von der Gleichbehandlung nach unten abweicht.⁴⁰

Das ist auch keine Verletzung der Tarifautonomie. Denn die Idee einer Richtigkeitsgewähr oder die Annahme einer Einschätzungsprärogative für die tarifliche Regelung gehen bei den Einsatzbefristungen an der Wirklichkeit vorbei. Es gibt schlicht und einfach auf der einen Seite die angeordnete Gleichbehandlung für die Dauer der

³⁷ Schüren/Hamann AÜG § 8 Rn. 38.

³⁸ BeckOK ArbR/Bayreuther TzBfG § 4 Rn. 8 „alle Arbeitnehmer, die gleich lang im Betrieb beschäftigt sind“.

³⁹ EuGH 15.12.2022 – C-311/21, Rn 44.

⁴⁰ Sehr klar: Däubler, NZA 2023, 73,74.

Überlassung (und die Dauer des Leiharbeitsverhältnisses!) und die daraus resultierenden, vollständig messbaren und vorab festliegenden Ansprüche des überlassenen Arbeitnehmers. Und auf der anderen Seite gibt es die tariflichen Regelungen über Entgelt und andere wesentliche Arbeitsbedingungen. Sie müssen als Paket gleich viel (oder mehr) „wiegen“.

„Wiegt“ das tarifliche Paket weniger, dann wird der vorgesehene Gesamtschutz nicht erreicht. Die Tarifregelung ist **für dieses eine** einsatzbefristete Arbeitsverhältnis unwirksam.

Für einsatzbefristete Leiharbeitsverhältnisse bedeutet das im Regelfall der tariflichen Verschlechterung ohne volle tarifliche Kompensation, die Unwirksamkeit der tariflichen Arbeitsbedingungen. Sie können dann den gesetzlichen Anspruch auf Gleichbehandlung bei den wesentlichen Arbeitsbedingungen nicht verdrängen, weil es für die tarifliche Verschlechterung beim Entgelt **keine tarifliche Kompensation** während der Dauer der Einsatzbefristung gibt.

Es trifft aktuell nur für die Einsatzbefristeten zu, was *Däubler* schreibt – für die anderen Leiharbeitsverhältnisse stimmt die Aussage nicht:

„In praktisch allen Fällen, in denen die heutigen Leiharbeitstarife angewandt werden, können sie den Gleichstellungsgrundsatz des § 8 Abs. 1 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 Leiharbeitstarifen entsprechen oder sogar hinter diesen zurückbleiben. In solchen (extrem seltenen) Fällen bleiben die Leiharbeitstarife wirksam.“⁴¹

In dieser Situation – bei Unwirksamkeit der tariflichen Regelung im Einzelfall - ist dann die Vergütung des Leiharbeitnehmers nach den Kriterien des § 8 Abs. 1 AÜG zu bemessen. Es greift der gesetzliche Gleichbehandlungsgrundsatz für Überlassungen ohne tariflich geregelte Arbeitsbedingungen.

Im Einzelfall können die Leistungen des Verleihers auf der Grundlage des hier nicht wirksamen Tarifvertrags **und** der zusätzlichen arbeitsvertraglichen Leistungen den Anforderungen des § 8 Abs. 1 AÜG genügen. Dann bleibt die Unwirksamkeit der tariflichen Regelung ohne gewichtige arbeits- und sozialrechtliche Folgen.

3. Vermutung der Gleichbehandlung gem. § 8 Abs. 1 S. 2 AÜG

Soweit eine (unwirksame) verschlechternde Tarifregelung und die vom Verleiher gezahlte Zulage so hoch ausfallen, dass sie dem tariflichen Lohnniveau der Einsatzbranche entsprechen, wird Gleichbehandlung kraft Gesetzes vermutet. Das folgt aus § 8 Abs.1 S. 2 AÜG. Die Vorschrift kann hier eine praktische Rolle spielen, weil der Arbeitnehmer, der Nachforderungen geltend macht, nur darlegen muss, dass sein gezahlter Lohn geringer war als der für den Einsatzbetrieb maßgebliche Tariflohn.⁴²

⁴¹ Ebd. S. 77.

⁴² Ausf. Schüren/Hamann, AÜG, § 8 Rn. 76ff.; Bayreuther, NZA 2017, 18, 21.

Angesichts dessen sollte überlegt werden, abweichend vom Wortlaut der EuGH-Entscheidung aber unter Beachtung der Zielvorgaben die tarifliche Regelung der Arbeitsbedingungen auch bei Einsatzbefristungen zu akzeptieren, wenn die Vergütung mit einer tariflich geregelten „**Einsatzbefristungszulage**“ dem branchenüblichen Tariflohn der Einsatzbranche entspricht. Diese Zulage könnte und sollte tariflich geregelt werden. Das könnte dann wieder den Anforderungen der Richtlinie entsprechen. Alternativ könnte für die Überlassung an nicht tarifgebundene Entleiher eine Einsatzzulage tariflich bestimmt werden, die am Lohn vergleichbaren Stammpersonals ausgerichtet ist.

Das würde die Abwicklung solcher einsatzbefristeten Arbeitsverhältnisse in der Praxis erleichtern und den Schutz der Arbeitnehmer verbessern. Der Schutz wäre deshalb besser, weil eine einfache regelkonforme Vertragsgestaltung die Wahrscheinlichkeit von Umgehungsstrukturen verringern würde. Solange es die Möglichkeit von Einsatzbefristungen über § 14 Abs. 2 TzBfG⁴³ gibt, wäre das sinnvoll.⁴⁴

III. Unbefristete Leiharbeitsverhältnisse

„Auf Arbeitgeberseite ist das Risiko fehlender Einsatzmöglichkeiten bei Fortzahlung des vertraglich vereinbarten Arbeitsentgelts zu berücksichtigen, das in dieser Form in anderen Arbeitsverhältnissen nicht besteht.“ BAG (2004)⁴⁵

Von Anfang an war das Leitbild der Zeitarbeit in Deutschland ein unbefristetes Leiharbeitsverhältnis und darin eingebettet die Überlassung an eine lange Reihe von Entleihern. Bei einer Höchstüberlassungsdauer von nur drei Monaten (1972 bis 1985), war bei einer Dauerbeschäftigung als Leiharbeiter ein häufiger Wechsel unvermeidlich.⁴⁶ Dieses Modell wurde vom Gesetzgeber anfänglich sehr streng vorgegeben, zwischen 1985 und 2002 Schritt für Schritt gelockert und zwischen 2002 und 2011 praktisch völlig „freigegeben“.⁴⁷ Danach wurde die Überlassungsdauer wieder beschränkt und 2017 sogar mit harten Sanktionen limitiert.

Vor 2002 gab es keine verbreitete tarifliche Regelung der Vergütung von Leiharbeitnehmern. Die Branche hatte ein eigenständiges, nur arbeitsvertraglich geregeltes Lohnniveau.⁴⁸

⁴³ BAG 18. 10. 2006 - 7 AZR 145/06, NZA 2007, 443, 445; Schüren/Hamann, AÜG, Einl. Rn. 268ff.

⁴⁴ Praktisch der gleiche Vorschlag findet sich bereits bei *Behrend* (heute: *Riederer v. Paar*), NZA 2002, 372 zur Verbesserung der Handhabbarkeit des ersten Gleichbehandlungsgebots im sog. Job-AQTIV Gesetz für Überlassungen von mehr als 12 Monaten.

⁴⁵ BAG 24.3.2004 - 5 AZR 303/03, NZA 2004, 971, 973.

⁴⁶ Schüren, AÜG, 1. Aufl. 1994, § 3 Rn. 162f.

⁴⁷ Schüren, AÜG, 2. Aufl. 2003, § 1 Rn. 633; Lembke, BB 2003, 98, 104.

⁴⁸ Vgl. Schüren, AÜG, 1. Aufl. 1994, Einl. Rn. 167 u. 253 ff. Ein angenäherter Anspruch auf Gleichbehandlung mit dem Stammpersonal wurde als wirkliche Rarität nur im rheinisch-westfälischen Bergbau in Form einer tariflichen Verpflichtung der Entleiher festgelegt. Sie sollten nur Personal von Verleihern einsetzen, die ihren Leiharbeitnehmern eine Vergütung auf Tarifniveau des Einsatzunternehmens gewährten (Rn. 256)

Nach 2002 bestimmten tarifliche Regelungen die Vergütung und die sonstigen Arbeitsbedingungen der Zeitarbeit. Ab 2010 waren nur noch die DGB-Gewerkschaften Tarifpartner der Arbeitgeberverbände der Branche. Das aktuelle Niveau der Tarifabschlüsse ist viel höher als in den Anfangsjahren nach 2002.⁴⁹

1. Regelungsaufgabe der Tarifabschlüsse im Unterschied zur gesetzlichen Gleichbehandlung

„15. *Unbefristete Arbeitsverträge sind die übliche Form des Beschäftigungsverhältnisses. Im Falle von Arbeitnehmern, die einen unbefristeten Vertrag mit dem Leiharbeitsunternehmen geschlossen haben, sollte angesichts des hierdurch gegebenen besonderen Schutzes die Möglichkeit vorgesehen werden, von den im entleihenden Unternehmen geltenden Regeln abzuweichen.*“ Erwägungsgrund der Leiharbeitsrichtlinie⁵⁰

Der Anspruch auf Gleichbehandlung, der im Gesetz geregelt ist, passt inhaltlich (und wirtschaftlich) zur Einsatzbefristung des Leiharbeitsverhältnisses. Er ist hingegen ungeeignet ein unbefristetes Leiharbeitsverhältnis mit Einsätzen bei verschiedenen Entleihern in verschiedenen Branchen und mit Nichteinsatzzeiten handhabbar zu regeln.⁵¹

Man denke z.B. an den Jahresurlaub eines Zeitarbeitnehmers, der im Kalenderjahr bei vier verschiedenen Entleihern arbeitet, die für ihre vergleichbar befristet Beschäftigten zwischen vier und fünf Wochen Urlaub vorsehen, wobei einer vielleicht sogar noch ein Urlaubsgeld gewährt.⁵² Der Jahresurlaub wird aber typischerweise länger, wenn das Arbeitsverhältnis des Zeitarbeitnehmers beim Verleiher länger dauert – Anknüpfungspunkt ist sinnvoller Weise nicht die einzelne Überlassung. Der IGZ MTV sieht ab dem vierten Jahr einen Urlaub von 30 Tagen vor. Eine Gleichbehandlung mit den Neueingestellten im Einsatzbetrieb würde den Leiharbeiter also in vielen Fällen erheblich schlechter stellen als der Leiharbeiterstarifvertrag es vorsieht.

Bei einer tariflichen Regelung der Zeitarbeit müssen im Manteltarifvertrag Regelungen festgeschrieben werden, die **ein länger dauerndes Arbeitsverhältnis** und eine Reihe von Arbeitseinsätzen in verschiedenen Branchen mit unterschiedlichen Arbeitszeitsystemen und Wochenarbeitszeiten abdecken. Es muss in den Entgelt- und Entgelttarifverträgen ein akzeptables, marktgerechtes und auskömmliches **Basislohniveau** für die unterschiedlichen Qualifikationen bestimmt werden, **das immer mindestens bezahlt wird** und es muss Branchenzuschläge geben, die die Bewertung der Arbeit in den verschiedenen Branchen abbilden. Zugleich müssen die

⁴⁹ Aktuelle Tarifbroschüre; vgl auch <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/finanzen/leiharbeit-beschaeftigung-lohn-101.html>.

⁵⁰ RICHTLINIE 2008/104/EG

⁵¹ Schüren/Hamann AÜG § 8 Rn. 20;

⁵² Boemke/Lembke/Lembke § 9 Rn. 156.

Tarifpartner das Beschäftigungsrisiko der Verleihunternehmen marktgerecht bewerten und „einpreisen“.

Bereits 2005 hat das BVerfG⁵³ hier trotz der Auffangregelung „Gleichbehandlung“ bei fehlender tariflicher Regelung einen akzeptablen Gestaltungsspielraum für die Tarifautonomie gesehen.

Inzwischen gibt der deutsche Gesetzgeber insbesondere in § 8 Abs. 4 AÜG einen Regelungsrahmen vor, der sogar das von den Tarifpartnern entwickelte Modell der Branchenzuschläge einbezieht und spürbar „fördert“. Diese **Untergrenzen** reichen tief in den Inhalt der tariflichen Arbeitsbedingungen hinein. Der Gesetzgeber macht in dieser Branche stärker als in allen anderen Branchen den Tarifpartnern Vorgaben, die eigentlich nicht gut zum Vertrauen in die Richtigkeitsgewähr von Tarifverträgen passen. Indessen sind das nur Begrenzungen nach unten, die den Gesamtschutz der Leiharbeiter absichern. Sie spielen für diesen Beitrag nur insoweit eine Rolle, als sie die Richtigkeitsgewähr⁵⁴ der tariflichen Regelungen nicht verschlechtern, sondern sie verbessern, weil sie auf einen hinreichenden Gesamtschutz hinwirken.

Die Richtlinie geht wohl von der Alternativität gesetzlicher und tariflicher Regelung aus. Das schließt aber eine Kombination beider Regelungssysteme nicht aus, wenn das Gesetz nur Untergrenzen fixiert, und damit angemessene tarifliche Arbeitsbedingungen der Leiharbeiter absichert (aber nicht hindert).⁵⁵

Der Gesetzgeber hatte nach den Erfahrungen mit der Tariföffnung in den ersten 10 Jahren Gründe für die Einziehung von Gestaltungsgrenzen zur Sicherung des Gesamtschutzes. Insoweit gibt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dem Gesetzgeber, der das Ziel des Gesamtschutzes dieser Arbeitnehmer vor Augen hat, einen weiten Gestaltungsspielraum und ihm wird „*unter dem Aspekt sozialstaatlich motivierter Maßnahmen eine noch weitergehende Einschätzungsprärogative eingeräumt*“.⁵⁶

⁵³ BVerfG 29. 12. 2004 - 1 BvR 2582/03, 1 BvR 2283/03, 1 BvR 2504/03, NZA 2005, 153, 154: „Zwar ist hier die Tarifautonomie in ihrem klassischen Wirkungsfeld, der Regelung der Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts berührt, doch sind die Regelungen nicht übermäßig belastend, weil durch die gesetzliche Tariföffnungsklausel das Betätigungsrecht der Tarifvertragsparteien nicht eingeschränkt wird. Den Verleihunternehmen wird durch die gesetzliche Tariföffnungsklausel gerade ermöglicht, die Arbeitsbedingungen flexibler zu gestalten, falls sie die gesetzliche Regelung als zu starr empfinden sollten. Auch die tatsächliche Entwicklung seit In-Kraft-Treten der angegriffenen Gesetzesvorschriften zeigt, dass die Arbeitsbedingungen in der Leiharbeitsbranche faktisch durchweg durch tarifliche Regelungen und nicht durch die gesetzlichen Vorgaben gestaltet werden.“

⁵⁴ BAG 16.10.2019 - 4 AZR 66/18, Rn. 23, NZA 2020, 260, 263f.: „Die mögliche Abweichung durch Tarifverträge beruht auf der Erwägung, dass tarifvertragliche Regelungen eine hinreichende Gewähr für eine angemessene Berücksichtigung auch der Interessen der Arbeitnehmer bieten, da grundsätzlich von der Parität der Vertragspartner ausgegangen werden kann.“

⁵⁵ In Art. 2 („Ziel“) der Richtlinie heißt es: „Ziel dieser Richtlinie ist es, für den Schutz der Leiharbeiter zu sorgen und die Qualität der Leiharbeit zu verbessern, indem die Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern gem. Art. 5 gesichert wird und die Leiharbeitsunternehmen als Arbeitgeber anerkannt werden, 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.“

⁵⁶ Mit ausf. Nachw. Treber, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 195, Rn. 9.

2. Anforderungen der Richtlinie an die Arbeitsbedingungen in unbefristeten Zeitarbeitsverträgen

Die Richtlinie enthält Aussagen zu den Anforderungen an gesetzliche und tarifliche Arbeitsbedingungen für unbefristete Zeitarbeitsverträge die eine Fortzahlung der Vergütung in Nichteinsatzzeiten vorsehen.⁵⁷ Hier soll davon ausgegangen werden, dass die staatliche Rechtsordnung gesetzliche und tarifliche Regelungen kombinieren kann, wenn die gesetzliche Regelung nicht die Tarifpartner so einengt, dass sie die Zielvorgaben der Richtlinie nicht mehr eigenständig umsetzen können. Eine Deckelung tariflicher Ansprüche wäre also unzulässig; eine Begrenzung nach unten ist unproblematisch!

Zentral ist die Aussage der Richtlinie nach der Auslegung des EuGHs, dass dann, wenn eine durchgehende Vergütung im unbefristeten Arbeitsverhältnis sichergestellt ist, auch eine Abweichung nach unten in Bezug auf die Vergütung der Einsatzzeiten und auf die anderen Arbeitsbedingungen möglich ist.

Den Vorgaben folgend formuliert der EuGH selbst Anforderungen an solche Arbeitsbedingungen:

„Artikel 5 Absatz III RL 2008/104 erlaubt vorbehaltlich dieses Gesamtschutzes mithin den Abschluss eines vom Grundsatz der Gleichbehandlung in Bezug auf alle Leiharbeiter abweichenden Tarifvertrags, ohne danach zu unterscheiden, ob ihr Arbeitsvertrag mit einem Leiharbeitsunternehmen befristet oder unbefristet ist. In einem solchen Fall lässt sich darüber hinaus nicht ausschließen, dass die Entgeltfortzahlung in der Zeit zwischen den Überlassungen – sei es aufgrund eines unbefristeten oder befristeten Vertrags – bei der Beurteilung dieses Gesamtschutzes berücksichtigt werden kann. Allerdings muss den Leiharbeitern mit einem befristeten Vertrag ein erheblicher Vorteil gewährt werden, der den Unterschied des Arbeitsentgelts, den sie während der Überlassung gegenüber einem vergleichbaren Arbeitnehmer des entleihenden Unternehmens hinnehmen müssen, ausgleichen kann.“

Da der EuGH eigentlich ein befristetes Arbeitsverhältnis zu beurteilen hatte, müssen die Aussagen auf ein unbefristetes Arbeitsverhältnis mit bezahlten Zwischenzeiten übertragen werden: Dort sind Abweichungen nach unten möglich. Weil die Tarifpartner aber einen Sachverhalt regeln, der nicht genau vorhersehbar ist, sondern nur von ihnen eingeschätzt werden kann, kommt ihnen eine **Einschätzungsprärogative** zu.

Aus dem letzten Satz folgt im Umkehrschluss, dass die Verschlechterung der Arbeitsbedingungen erheblich ein darf, wenn sie durch die Zusage der Finanzierung der einsatzlosen Zeiten kompensiert wird.

⁵⁷ RL 2008/104/EG Art. 5 II „In Bezug auf das Arbeitsentgelt können die Mitgliedstaaten nach Anhörung der Sozialpartner die Möglichkeit vorsehen, dass vom Grundsatz des Absatzes 1 abgewichen wird, wenn Leiharbeiter, die einen unbefristeten Vertrag mit dem Leiharbeitsunternehmen abgeschlossen haben, auch in der Zeit zwischen den Überlassungen bezahlt werden.“

Angesichts dieser Bewertung gibt es keinen Grund, die Tarifpraxis, die im von § 8 Abs. 4 AÜG vorgegebenen Rahmen unbefristete Leiharbeitsverhältnisse mit bezahlten Nichteinsatzzeiten regelt, als unwirksam anzusehen.

Dabei ist zu gewichten, dass die Absenkung bei längeren Überlassungszeiten gem. § 8 Abs. 4 AÜG zwingend entfällt. Es gibt also schon durch den gesetzlichen Rahmen keine „Übersicherung“ zum Vorteil des Verleihers und auf Kosten des Gesamtschutzes und damit zum Nachteil des einzelnen Leiharbeitnehmers.

Es sind auch keine sonstigen Umstände erkennbar, die den Gestaltungsrahmen der Tarifpartner unter dem Aspekt des Gesamtschutzes übermäßig einschränken. Damit ist das aktuelle, gesetzlich unterfütterte Tarifsysteem für unbefristete Leiharbeitsverhältnisse in Deutschland richtlinienkonform.

IV. Gleichbehandlung bei faktischer Einsatzbefristung

1. Befristetes Leiharbeitsverhältnis ohne Synchronisation

Gewöhnlich knüpfen Befristungen an einen zeitlich begrenzten Bedarf des Arbeitgebers an. Bei der sachgrundlosen Befristung ist das nicht Voraussetzung. Solange es in Deutschland noch für alle Branchen die sachgrundlose Befristung gem. § 14 Abs. 2 TzBfG gibt, sind Leiharbeitsverhältnisse möglich, die befristet sind, aber voraussichtlich mehrere Einsätze überdauern werden und bei denen Nichteinsatzzeiten zu erwarten sind. Bei solchen Arbeitsverhältnissen ist die Risikolage nicht anders als bei unbefristeten Leiharbeitsverhältnissen.⁵⁸

Trotzdem klingt in der Entscheidung des EuGH ein grundlegender Zweifel an der Rechtfertigung von Absenkungen durch Tarifvertrag bei befristeten Arbeitsverhältnissen an, auch wenn hier Nichteinsatzzeiten möglich sind.⁵⁹

Es spricht aber viel dafür, dass der EuGH den Fall eines **erwartbar mehrere Überlassungen überdauernden befristeten Leiharbeitsverhältnisses** mit der realen Möglichkeit von Nichteinsatzzeiten hier nicht gemeint hat.

⁵⁸ Darauf weisen hin: *Bissels/Singraven*, DB 2023, 327, 332.

⁵⁹ EuGH 15.12.2022 – C-311/21, aaO. Rn. 56.: „Artikel 5 Absatz III RL 2008/104 erlaubt vorbehaltlich dieses Gesamtschutzes mithin den Abschluss eines vom Grundsatz der Gleichbehandlung in Bezug auf alle Leiharbeitnehmer abweichenden Tarifvertrags, ohne danach zu unterscheiden, ob ihr Arbeitsvertrag mit einem Leiharbeitsunternehmen befristet oder unbefristet ist. In einem solchen Fall lässt sich darüber hinaus nicht ausschließen, dass die Entgeltfortzahlung in der Zeit zwischen den Überlassungen – sei es aufgrund eines unbefristeten oder befristeten Vertrags – bei der Beurteilung dieses Gesamtschutzes berücksichtigt werden kann. **Allerdings muss den Leiharbeitnehmern mit einem befristeten Vertrag ein erheblicher Vorteil gewährt werden, der den Unterschied des Arbeitsentgelts, den sie während der Überlassung gegenüber einem vergleichbaren Arbeitnehmer des entleihenden Unternehmens hinnehmen müssen, ausgleichen kann.**“

Ein solches Risiko besteht nicht nur bei einer Erstüberlassung, die viel kürzer befristet ist als das Leiharbeitsverhältnis. Es ist auch bei einem unbefristeten Überlassungsverhältnis möglich, das vom Entleiher frei gekündigt werden kann, und bei dem die hohe Wahrscheinlichkeit einer Einsatzdauer besteht, die deutlich kürzer als die Befristung des Leiharbeitsverhältnisses ist.

Schwierig sind die Fälle, in denen sich diese **Prognose** des Verleihers in der Rückschau nicht bestätigt. Es wäre dann Sache des Verleihers, die Begründetheit seiner Prognose zu beweisen – diese Problematik ist aus dem Befristungsrecht bekannt.⁶⁰

Ohne die Wahrscheinlichkeit von Nichteinsatzzeiten verlangt ein befristetes Leiharbeitsverhältnis die Gleichbehandlung.

2. Vorzeitiges Einsatzende im einsatzbefristeten Leiharbeitsverhältnis

Wenn ein Leiharbeitsverhältnis gem. § 14 Abs. 2 TzBfG z.B. auf 18 Monate befristet wird, um einen geplanten 18-monatigen Einsatz bei einem Entleiher abzudecken, liegt eine Einsatzbefristung vor. Die verlangt die volle Gleichbehandlung. Wird die Überlassung durch den Entleiher aber beispielsweise bereits nach 3 Monaten beendet, verwandelt sich das Leiharbeitsverhältnis ab dann in ein befristetes Leiharbeitsverhältnis ohne Synchronisation. Ab dann können die Tarifverträge für unbefristete Leiharbeitsverhältnisse für die restlichen 15 Monate angewendet werden. Freilich nur, wenn nun mehrere Einsätze mit Nichteinsatzzeiten wahrscheinlich sind.

Dass der Entleiher die geplante, und vom Verleiher so erwartete lange Überlassung vorzeitig beendet hat, geht als Prognoserisiko ausschließlich zu Lasten des Verleihers.

3. Überlassung aus einem Mischbetrieb

Bei der Überlassung aus einem Mischbetrieb ist die Anwendung der Leiharbeitstarife nicht zulässig. Ich kann hier auf meine Ausführungen im AÜG-Kommentar von 2022 verweisen:

„Kein aktueller Leiharbeitstarifvertrag regelt die Arbeitsleistung für den eigenen Arbeitgeber. In den Flächentarifverträgen sind die Zeiten, in denen die Leiharbeitnehmer nicht ausgeliehen werden, als bezahlte Nichteinsatzzeiten „eingepreist“. Dieses eingepreiste wirtschaftliche Risiko von Nichteinsatzzeiten wird es im Mischbetrieb kaum geben.“⁶¹

Wenn man es auf den Punkt bringt bedeutet das für Mischbetriebe, dass angesichts des Fehlens von unproduktiven verleihfreien Zeiten, die Regeln des EuGH für die Einsatzbefristung gelten müssen. Das bedeutet Gleichbehandlung.

⁶⁰ Z.B. BAG 12.09.1996 - 7 AZR 790/95, NZA 1997, 313, 315.

⁶¹ Schüren/Hamann AÜG § 8 Rn. 114ff., 119.

4. Überlassung aus dem Ausland

Auch insoweit kann ich auf meine Ausführungen aus der aktuellen Kommentierung verweisen:

„Ein Tarifwerk, das nach seinem räumlichen Geltungsbereich auf das deutsche Staatsgebiet begrenzt ist, kann nicht als Vergütungsregelung für aus dem Ausland vorübergehend entsandte Leiharbeitnehmer genutzt werden, wenn deren Arbeitsverhältnis sich ansonsten nach dem heimischen Recht richtet. Die Gegenauffassung der BA (FW AÜG 8.5 Nr. 10; ebenso Ulrici § 8 Rn. 59; BeckOK ArbR/Motz AÜG § 8 Rn. 74) übersieht, dass die Geltung des heimischen Arbeitsrechts bei Ausländern, die vorübergehend in Deutschland tätig sind, nur dann durchbrochen werden kann, wenn zwingende Regelungen des deutschen Arbeitsrechts sonst unterlaufen werden. Die Gleichbehandlung ist aber nach der für alle EU-Staaten geltenden RL die Regel und es ist Sache der Einzelstaaten, ob und in welchen Grenzen sie eine tarifliche Abweichung „nach unten“ davon gestatten. Ein ausländischer Verleiher kann seinen heimischen [richtlinienkonformen] Tarifvertrag nutzen, wenn die eigene Rechtsordnung dies zulässt und dieser Tarifvertrag auch die Arbeitsleistung im Ausland regelt. Ein deutscher Tarifvertrag wäre nur dann nutzbar, wenn die heimische Rechtsordnung des Verleihers ihm gestattet, von der Gleichbehandlung abzuweichen und dazu nicht nur heimische, sondern für ihn ausländische Tarifverträge für die Arbeitnehmerüberlassung ins Ausland zu nutzen. Eine solche gesetzliche Regelung ist aus keinem EU-Land bekannt. Wenn der ausländische Verleiher einen Betrieb in Deutschland hat und seine Arbeitnehmer nach deutschem Arbeitsrecht legal beschäftigt, kann er selbstverständlich die Anwendung einschlägiger deutscher Leiharbestarifverträge vereinbaren (BeckOK ArbR/Motz AÜG § 8 Rn. 74).“⁶²

Die Konsequenz dieser Beschränkung ist, dass im Regelfall ausländische Verleiher, die gewöhnlich aus dem EU-Ausland kommen, richtlinienkonform den gleichen Lohn zahlen und die gleichen Arbeitsbedingungen gewähren müssen, den die Mitarbeiter des Entleihers erhalten. Dieser faktische Wettbewerbsnachteil ist nicht die Folge des deutschen Arbeitsrechts, sondern folgt aus der heimischen Regelung. Auch ein deutscher Arbeitnehmer, der vorübergehend ins Ausland überlassen wird, verliert nicht deshalb die für ihn günstigen Arbeitsbedingungen des Heimatrechts, weil im Einsatzstaat weniger günstige Arbeitsbedingungen möglich sind.“

Stets ist zu beachten, dass eine Abweichung von der strengen Gleichbehandlung überhaupt nur möglich ist, wenn das ausländische Leiharbeitsverhältnis dem Verleiher das Risiko der Bezahlung von Nichteinsatzzeiten auferlegt. Das ist wohl selten.

5. Faktische Einsatzbefristung durch Probezeitkündigung

Das AÜG hatte anfänglich weitreichende Regelungen um eine Synchronisation mit Hilfe des Kündigungsrechts zu verhindern.⁶³ Inzwischen gibt es nur noch den gewöhnlichen Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz, der freilich eine

⁶² Schüren/Hamann AÜG § 8 Rn. 112f.; a.A. ohne Auseinandersetzung mit der Leiharbeitsrichtlinie: HK-AÜG/Ulrici AÜG § 8 Rn. 59.

⁶³ Schüren, FS Kissel, 1994, S. 1037, 1047ff.

Umgehung der Vergütung von Nichteinsatzzeiten verhindert.⁶⁴ In den ersten sechs Monaten eines Leiharbeitsverhältnisses wäre es theoretisch immer noch möglich, zum Ende eines Einsatzes zu kündigen, um die Bezahlung von Nichteinsatzzeiten zu verhindern.

Mir erscheint es nicht vertretbar, hier eine Unwirksamkeit der Tarifregelung anzunehmen, weil nur in der Rückschau die wirtschaftlichen Umstände einer Einsatzbefristung vorliegen.

Die gesetzliche Unwirksamkeit von Abreden zur Umgehung der Pflicht zur Vergütung von Nichteinsatzzeiten ist hier auch nicht unmittelbar anwendbar. Sie ist auf die Sondersituation vertraglicher Abreden gem. § 11 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 AÜG beschränkt.⁶⁵ Doch lässt sich vertreten, eine analoge Anwendung des Verbots vertraglicher Abreden zur Umgehung auf Gestaltungsrechte zu erstrecken.⁶⁶ Hier besteht eine planwidrige Regelungslücke. Dann wäre eine Kündigung in der Probezeit, die allein der Vermeidung der Vergütungspflicht für Nichteinsatzzeiten dient, unwirksam. Auf diese Weise würde der Schutz des Leiharbeitnehmers gewährleistet, ohne in die Tarifautonomie einzugreifen oder die Bewertungen der Richtlinie und des EuGHs zu unterlaufen. Weil die Kündigung unwirksam ist, gerät der Arbeitgeber auch ohne ein ausdrückliches Arbeitsangebot des „entlassenen“ Leiharbeitnehmers in Annahmeverzug.⁶⁷ Er bleibt zur Lohnzahlung für die Nichteinsatzzeit verpflichtet. Lässt der Arbeitnehmer die Drei-Wochen-Frist der §§ 3, 4 KSchG verstreichen, dann wird auch diese Kündigung gem. § 7 KSchG wirksam.

V. Zusammenfassung

Die aktuellen Tarifverträge der Zeitarbeit können ohne Einschränkung nur für unbefristete Leiharbeitsverhältnisse angewandt werden. Die langfristige Bindung an den Verleiher mit der Absicherung von Nichteinsatzzeiten rechtfertigt eine gesetzlich begrenzte Absenkung der Vergütung im Vergleich zum Personal des Entleihers.

Einsatzbefristete Leiharbeitsverhältnisse können mit den aktuellen Tarifverträgen nicht rechtlich haltbar durchgeführt werden. Hier könnte über eine tarifliche Einsatzzulage einfach Abhilfe geschaffen werden.

Befristungen gem. § 14 Abs. 2 TzBfG können ausnahmsweise mit den aktuellen Tarifverträgen durchgeführt werden, wenn mit Sicherheit keine Einsatzbefristung vorliegt und in erheblichem Umfang Nichteinsatzzeiten möglich sind.

⁶⁴ Bayreuther, NZA 2016, 1304ff. m.w. Nachw.

⁶⁵ Schüren/Hamann, AÜG § 11 Rn. 114.; HK-AÜG/Ulrici AÜG § 11 Rn. 68.

⁶⁶ So schon *Ulber*, Arbeitnehmer in Zeitarbeitsfirmen, 2. Aufl. 2004, S. 205.

⁶⁷ BAG 22. 2. 2012 – 5 AZR 249/11, Rn. 14, NZA 2012, 859.

Arbeitnehmerüberlassung aus dem Ausland kann nicht auf der Grundlage der deutschen Leiharbeitstarife durchgeführt werden. Arbeitnehmerüberlassung aus Mischbetrieben ist wegen des fehlenden Risikos von Nichteinsatzzeiten ebenfalls nicht auf der Grundlage der Leiharbeitstarife möglich.

Die Kündigung von Leiharbeitsverhältnissen in der Probezeit zum Ende des Ersteinsetzes mit dem Ziel der Umgehung der Vergütungspflicht für Nichteinsatzzeiten ist in analoger Anwendung von § 11 Abs. 4 S. 2 AÜG unwirksam.