



Z A A R

Zentrum für Arbeitsbeziehungen
und Arbeitsrecht

VORTRAGSREIHE

Donnerstag, 13. Januar 2022 / 19:00 Uhr

**Der Gesamtschutz der Leiharbeitnehmer
nach Art. 5 Abs. 3 RL 2008/104/EG –
Überlegungen zum Vorlagebeschluss des BAG
16.12.2020 – 5 AZR 143/19 (A)**

Referent:

Professor Dr. Martin Franzen

(Ludwig-Maximilians-Universität München)



I. Überblick über die rechtlichen Grundlagen

II. Sachverhalt des BAG-Vorlagebeschlusses vom 16. 12. 2020

III. Vorlagefragen des BAG

IV. Wie wird der EuGH die Vorlagefragen beantworten?

V. Folgen möglicher Antworten des EuGH für das innerstaatliche Recht

1



I. Überblick über die rechtlichen Grundlagen

- Art. 5 Abs. 1 RL 2008/104/EG: Gleichbehandlungsgrundsatz
- Art. 5 Abs. 2 bis 4 RL 2008/104/EG: Ausnahmen von diesem Grundsatz
- Art. 5 Abs. 3 RL 2008/104/EG: Abweichung durch Tarifvertrag unter „Achtung des Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmern“.

2



Umsetzung in Deutschland:

- **§ 8 Abs. 1 AÜG:** Gleichbehandlungsgrundsatz
- **§ 8 Abs. 2 AÜG:** Tarifvertrag kann abweichen und muss dabei die für die Leiharbeitsbranche geltenden Mindeststundenentgelte beachten.
- **§ 8 Abs. 4 S. 1 AÜG:** Tarifvertrag kann hinsichtlich des Arbeitsentgelts vom Gleichbehandlungsgrundsatz für die ersten neun Monate der Überlassung abweichen.

3



- **§ 8 Abs. 4 S. 2 AÜG:** längere Abweichung bis maximal 15 Monaten zulässig, wenn das Arbeitsentgelt nach 15 Monaten Überlassung von den Tarifvertragsparteien als gleichwertig mit den Arbeitsentgelten der Einsatzbranche festgelegt ist und nach einer Einarbeitungszeit von maximal sechs Wochen das Arbeitsentgelt der Leiharbeitnehmer stufenweise an dieses als gleichwertig angesehene Arbeitsentgelt herangeführt wird.

4



II. Sachverhalt des BAG-Vorlagebeschlusses vom 16. 12. 2020

Klägerin, Mitglied von ver.di, war aufgrund eines befristeten Arbeitsvertrags bei der Beklagten, einem Unternehmen, das gewerblich Arbeitnehmerüberlassung betreibt, beschäftigt. Sie war einem Unternehmen des Einzelhandels für dessen Auslieferungslager als Kommissioniererin überlassen und erhielt für die streitgegenständlichen Monate Januar bis April 2017 einen Stundenlohn von 9,23 € brutto. Für diesen Zeitraum betrug der gesetzliche Mindestlohn nach dem MiLoG aufgrund einer entsprechenden Rechtsverordnung der Bundesregierung 8,84 €. Beklagte gehört dem Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen (iGZ e. V.) an. Vorinstanzen (ArbG Würzburg 8. 5. 2018 – 2 Ca 1248/17 – BeckRS 2018, 55930 und LAG Nürnberg 7. 3. 2019 – 5 Sa 230/18): Klageabweisung.

5



Vorlagebeschluss des BAG (16. 12. 2020 – 5 AZR 143/19 (A) Rn. 17 ff. – NZA 2021, 800) zum EuGH:

Klage sei allein nach nationalem Recht unbegründet. Falls aber die nationale Regelung der Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz durch Tarifvertrag mit Unionsrecht nicht vereinbar sei, könnte der Klägerin nach Auffassung des BAG eine weitere Vergütung unter dem Gesichtspunkt des „equal pay“ zustehen und die Klage zumindest teilweise begründet sein.

6



III. Vorlagefragen des BAG

1. Wie wird der Begriff „Gesamtschutz von Leiharbeitnehmern“ im Sinne von Art. 5 Abs. 3 RL 2008/104/EG definiert?

Insbesondere: Geht dieser Begriff über den durch Unionsrecht und nationales Recht festgelegten zwingenden Schutz für alle Arbeitnehmer hinaus?

7



2. Unter welchen Voraussetzungen achtet ein Tarifvertrag, der vom Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 5 Abs. 1 RL 2008/104/EG nach Art. 5 Abs. 3 RL 2008/104/EG abweicht, den „Gesamtschutz von Leiharbeitnehmern“?

- a) Wird die hierbei vorzunehmende Bewertung von Arbeitsbedingungen auf den abweichenden Tarifvertrag beschränkt oder muss dieser mit den beim Entleiher geltenden Arbeitsbedingungen verglichen werden?
- b) Setzt die Abweichung nach Art. 5 Abs. 3 RL 2008/104/EG ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer voraus?

8



3. Muss der innerstaatliche Gesetzgeber die Bedingungen für die Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 5 Abs. 1 RL 2008/104/EG festlegen?

4. Falls Frage 3 bejaht wird:

Ist die Achtung des Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmern nach Art. 5 Abs. 3 RL 2008/104/EG durch die aktuell geltende Fassung des AÜG bzw. durch die bis zum 31. 3. 2017 geltende Fassung des AÜG gewahrt?

9



5. Falls Frage 3 verneint wird:

Dürfen die innerstaatlichen Gerichte vom Grundsatz der Gleichbehandlung nach Art. 5 Abs. 3 RL 2008/104/EG abweichende Tarifverträge daraufhin überprüfen, ob diese den Gesamtschutz von Leiharbeitnehmern beachten?

10



IV. Wie wird der EuGH die Vorlagefragen beantworten?

1. Auslegung des Begriffs „Achtung des Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmern“

a) Verbindlicher Rechtsbegriff oder unverbindlicher Programmsatz?

11



b) Inhalt

aa) Wortlaut

Andere Sprachfassungen der Richtlinie:

- Englisch: “while respecting the overall protection of temporary agency workers”
- Französisch: „tout en garantissant la protection globale des travailleurs intérimaires“.

12



bb) Systematik

- Erwägungsgrund 16 RL 2008/104/EG: „Gesamtschutzniveau“, „overall level of protection“, „le niveau global de protection“.
- Art. 5 Abs. 4 RL 2008/104/EG für Mitgliedstaaten ohne System allgemeinverbindlicher Tarifverträge: „angemessenes Schutzniveau der Leiharbeitnehmer“, „adequate level of protection“, „un niveau suffisant de protection“.
- Erwägungsgrund 18 RL 2008/104/EG (auf Art. 4 RL 2008/104/EG bezogen): „Mindestschutz“, „minimum protection“, „socle de protection“.

13



Richtlinie 91/383/EWG zur Ergänzung der Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von Arbeitnehmern mit befristetem Arbeitsvertrag oder Leiharbeitsverhältnis

- Art. 2 Abs. 2 RL 91/383/EWG: Grundsatz der Gleichbehandlung mit Arbeitnehmern des Einsatzbetriebs gilt bezüglich Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz und Inanspruchnahme individueller Schutzeinrichtungen
- In Deutschland: § 11 Abs. 6 AÜG, § 12 Abs. 2 ArbSchG.

14



cc) Entstehungsgeschichte der Richtlinie 2008/104/EG

Vorschlag der EU-Kommission 2002:

„Die Mitgliedstaaten können den Sozialpartnern auf der geeigneten Ebene die Möglichkeit geben, Tarifverträge zu schließen, die von dem in Absatz 1 formulierten Grundsatz abweichen, sofern ein angemessenes Schutzniveau für die Leiharbeitnehmer gewährleistet ist.“

15



Europäisches Parlament: Streichung der Maßgabe des „angemessenen Schutzniveaus“ aus Gründen der Rechtssicherheit für die Tarifvertragsparteien, weil damit eine „Aufhebung des Tarifvertrags durch den EuGH aufgrund unzureichenden Schutzes gefordert werden“ könnte.

=> Unterscheidung der Abweichungsmöglichkeiten in Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 RL 2008/104/EG: In Art. 5 Abs. 4 RL 2008/104/EG schreibt die Richtlinie ein „**angemessenes Schutzniveau**“ und damit eine **strengere Kontrolle** vor, als in dem hier einschlägigen Art. 5 Abs. 3 RL 2008/104/EG.

16



dd) Zweck der Richtlinie 2008/104/EG

Art. 2 RL 2008/104/EG:

Schutz der Leiharbeitnehmer durch die Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung nach Maßgabe von Art. 5 RL 2008/104/EG und die Anerkennung der Leiharbeitsunternehmen als Arbeitgeber.

17



- Erwägungsgrund 16: Anerkennung der Vielfalt der Arbeitsmärkte und Arbeitsbeziehungen.
- Art. 5 Abs. 2 RL 2008/104/EG: Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz bei unbefristetem Arbeitsvertrag zwischen Leiharbeitnehmer und Verleiher zulässig, sofern die Leiharbeitnehmer auch in den verleihfreien Zeiten bezahlt werden.
- Art. 5 Abs. 5 RL 2008/104/EG: Vermeidung von Missbrauch

18



c) Insbesondere:

Muss der abweichende Tarifvertrag mehr gewähren als das durch Unionsrecht und Recht der Mitgliedstaaten vorgegebene für alle Arbeitnehmer geltende Schutzniveau?

- Besonderer Schutz der Leiharbeiter wegen „Aufspaltung der Arbeitgeberstellung“ bei der Leiharbeit erforderlich?



d) Fazit

„Gesamtschutz von Leiharbeitnehmern“ in Art. 5 Abs. 3 RL 2008/104/EG reicht nicht so weit wie der „angemessene Schutz“ der Leiharbeiter in Art. 5 Abs. 4 RL 2008/104/EG.



2. Voraussetzungen für den Gesamtschutz

a) Abstrakt oder relativ?

b) Anwendbar nur bei unbefristetem Arbeitsverhältnis?

Argument: Art. 5 Abs. 2 RL 2008/104/EG



3. Festlegung der Bedingungen des „Gesamtschutzes der Leiharbeitnehmer“ durch den innerstaatlichen Gesetzgeber, insbesondere in einer Rechtsordnung, welche eine sogenannte Richtigkeitsgewähr von Tarifverträgen vorsieht?

- Art. 5 Abs. 3 RL 2008/104/EG: Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz durch Tarifvertrag „nach Maßgabe der von den Mitgliedstaaten festgelegten Bedingungen“.
- Bezieht sich diese Wendung auch auf den Gesamtschutz der Leiharbeitnehmer?
- materiell-rechtliches oder prozedurales Verständnis?
- BAG 16.12.2020: „Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrags“



Mögliche Antwort des EuGH:

Mitgliedstaat als solcher müsse „Achtung des Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmern“ sicherstellen; welche Staatsfunktion des Mitgliedstaats – Legislative oder Judikative - dies tun müsse, werde unionsrechtlich nicht vorgegeben.



4. Entsprechen die geltende Fassung bzw. die frühere Fassung des AÜG diesen Anforderungen?



5. Darf die innerstaatliche Rechtsprechung die abweichenden Tarifverträge daraufhin kontrollieren, ob sie den Gesamtschutz wahren?

- Nur für den Fall, dass EuGH Frage 3 verneint, der innerstaatliche Gesetzgeber die Bedingungen für den Gesamtschutz also nicht festlegen muss.
- Akzeptiert der EuGH Gestaltungsspielräume für die Tarifvertragsparteien?
- Kompetenzrechtlich: Art. 153 Abs. 5 AEUV: Keine sozialpolitische Zuständigkeit der EU für das „Arbeitsentgelt“.

25



Meine Antworten auf die Vorlagefragen – nicht diejenigen des EuGH!

1. Der Gesamtschutz der Leiharbeitnehmer beurteilt sich nach Maßgabe aller Regelungen des Unionsrechts und des innerstaatlichen Rechts, welche auf Leiharbeitnehmer anwendbar sind.
2. Die Voraussetzungen des Gesamtschutzes der Leiharbeitnehmer nach Art. 5 Abs. 3 RL 2008/104/EG sind abstrakt zu bestimmen, also ohne Vergleich mit den beim Entleiher geltenden Regelungen.
Art. 5 Abs. 3 RL 2008/104/EG setzt kein unbefristetes Arbeitsverhältnis zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer voraus.

26



3. Die Mitgliedstaaten müssen sicherstellen, dass die Voraussetzungen des Gesamtschutzes der Leiharbeitnehmer geachtet werden. Auf welcher Ebene – Gesetzgebung, Judikative - dies vorgenommen wird, gibt das Unionsrecht nicht vor.
4. Das AÜG in seiner früheren und in seiner geltenden Fassung wahrt diesen Gesamtschutz der Leiharbeitnehmer.
5. Die Tarifvertragsparteien haben im Hinblick auf die Beurteilung des Gesamtschutzes der Leiharbeitnehmer eine weite Einschätzungsprärogative. Wegen der in § 8 AÜG aufgestellten, mit der Richtlinie 2008/104/EG vereinbaren gesetzlichen Vorgaben bedarf es keiner gerichtlichen Kontrolle dieses Beurteilungsspielraums.

27



V. Folgen möglicher Antworten des EuGH für das innerstaatliche Recht

1. EuGH bejaht Frage 3 und verneint Frage 4

a) Keine Unanwendbarkeit von § 8 Abs. 2 – 4 AÜG

- Anwendungsvorrang des Unionsrechts reicht nur so weit wie die jeweilige unionsrechtliche Regelung wirkt, gegen die das innerstaatliche Recht verstößt.

28



- EU-Richtlinien wie die Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG wenden sich nach Art. 288 Abs. 3 AEUV grundsätzlich nur an die Mitgliedstaaten.
- EuGH 3. 6. 2021 – C-726/19 Rn. 80 – IMIDRA/JN : „Eine Bestimmung des Unionsrechts, die keine unmittelbare Wirkung hat, kann aber nicht als solche im Rahmen eines dem Unionsrecht unterliegenden Rechtsstreits geltend gemacht werden, um die Anwendung einer ihr entgegengesetzten Bestimmung des nationalen Rechts auszuschließen“.
- Verstoß gegen unmittelbar wirkende EU-Rechtsnorm – etwa Art. 31 Abs. 1 GRC – nicht ersichtlich.

29



b) Erfordernis richtlinienkonformer Auslegung des § 8 AÜG?

EuGH: Gerichte müssen „unter Berücksichtigung des gesamten innerstaatlichen Rechts und unter Anwendung der dort anerkannten Auslegungsmethoden alles tun, was in ihrer Zuständigkeit liegt, um die volle Wirksamkeit des Unionsrechts zu gewährleisten und zu einem Ergebnis gelangen, das mit dem vom Unionsrecht verfolgten Ziel in Einklang steht“.

- Grenzen: allgemeine Rechtsgrundsätze des innerstaatlichen Rechts
- Keine Auslegung contra legem!

30



2. EuGH verneint Frage 3 und gewährt den Arbeitsgerichten in Frage 5 Kontrollbefugnisse bezüglich der Leiharbeitstarifverträge im Hinblick auf die Achtung des Gesamtschutzes der Leiharbeitnehmer

- Verwerfungskompetenz der Arbeitsgerichtsbarkeit im Hinblick auf die Tarifverträge der Leiharbeit?
- Vergleich mit BAG-Rechtsprechung zu § 14 Abs. 2 S. 3 TzBfG

31



Hält EuGH die deutsche Rechtslage für richtlinienwidrig, führt dies nicht automatisch zum Gleichbehandlungsgrundsatz des § 8 Abs. 1 AÜG. Der Anwendungsvorrang des Unionsrechts gilt nur für unmittelbar anwendbare unionsrechtliche Vorschriften, wozu EU-Richtlinien grundsätzlich nicht gehören.

Für die derzeitige Struktur der Arbeitnehmerüberlassung am problematischsten wäre es, wenn der EuGH den deutschen Arbeitsgerichten die Aufgabe zuweisen würde, die für Leiharbeitnehmer geltenden Tarifverträge auf die „Achtung des Gesamtschutzes“ hin zu überprüfen.

32



Eine solche Verwerfungskompetenz könnte allerdings mit dem aus Art. 9 Abs. 3 GG hergeleiteten „Verbot der Tarifizensur“ in Konflikt geraten. Dies wiederum würde die Frage aufwerfen, welche grundrechtliche Rechtsquelle überhaupt anwendbar wäre – diejenige des Grundgesetzes oder der Europäischen Grundrechte-Charta.



Nach der Rechtsprechung des BVerfG bilden bei „unionsrechtlich vollständig determiniertem Recht“ nicht die Grundrechte des Grundgesetzes, sondern diejenige der Europäischen Grundrechte-Charta den Überprüfungsmaßstab. Wegen des erheblichen Spielraums der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung von Art. 5 RL 2008/104/EG erscheint es allerdings zweifelhaft, ob es sich bei § 8 AÜG insoweit um „unionsrechtlich vollständig determiniertes Recht“ im Sinne der Rechtsprechung des BVerfG handelt.

Vielen Dank für Ihre Geduld

**Bei Fragen und Anregungen:
Lehrstuhl.franzen@jura.uni-muenchen.de**

https://www.jura.uni-muenchen.de/personen/f/franzen_martin