



*Professor Dr. Martin Franzen,  
Ludwig-Maximilians-Universität München*

**„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)“**

Vortrag am 13. Januar 2022

Professor Dr. Martin Franzen von der Ludwig-Maximilians-Universität München wagte in seinem Vortrag eine Prognose für die Zukunft. Konkret ging er der Frage nach, wie der EuGH auf den Vorlagebeschluss des BAG vom 16. Dezember 2020 und die darin enthaltenen Fragen reagieren könnte. Professor Franzen fasste den Sachverhalt zusammen, der dem Vorlagebeschluss zugrunde lag und erläuterte die rechtlichen Probleme: Die Klägerin war bei der Beklagten – einem Zeitarbeitsunternehmen – beschäftigt und im maßgeblichen Zeitraum einem Unternehmen des Einzelhandels als Kommissioniererin überlassen. Zwischen dem Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen, dem die Beklagte angehörte, und der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di), deren Mitglied die Klägerin war, bestand ein Tarifvertrag, der für Leiharbeitnehmer unter anderem auch eine geringere Vergütung als für die Stammarbeiter im Entleiherunternehmen vorsah.

Abweichungen von dem in Art. 5 Abs. 1 Leiharbeitnehmerrichtlinie (Richtlinie 2008/104/EG) verankerten Grundsatz der Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern und Arbeitnehmern des Entleihers sind nach Art. 5 Abs. 3 Leiharbeitnehmerrichtlinie durch Tarifvertrag nur bei einer „Achtung des Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmern“ zulässig. Der deutsche Gesetzgeber macht von dieser Möglichkeit in § 8 Abs. 4 AÜG Gebrauch. Danach kann der Entleiher hinsichtlich des Arbeitsentgeltes in den ersten neun Monaten der Überlassung vom Gleichbehandlungsgrundsatz abweichen, darüber hinaus sogar für einen Zeitraum von bis zu maximal 15 Monaten, 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. Der Begriff des „Gesamtschutzes“ findet sich im AÜG an keiner Stelle. Das BAG war der Auffassung, dass die Klage auf Zahlung der Entgeltdifferenz nach nationalem Recht unbegründet sei. Die Frage, ob die nationale Regelung mit dem Unionsrecht vereinbar ist, sei aber entscheidungserheblich, weswegen eine Vorlage an den EuGH erfolgen müsse.

Der Referent brachte die fünf Fragen des BAG auf den Punkt und versuchte, aus der bisherigen Rechtsprechung des EuGH und der von diesem entwickelten Methodik Tendenzen für dessen Entscheidung herauszulesen. Zuerst legte er den Begriff „Achtung des Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmern“ anhand von Wortlaut, Systematik, Entstehungsgeschichte und Telos ausführlich aus. Darauf aufbauend kam er zu dem Schluss, dass Art. 5 Abs. 3 Leiharbeitnehmerrichtlinie kein „Mehr“ an Schutz im Vergleich zu den Stammarbeitneh-



mern verlange. Die Norm lasse nur eine sehr zurückgenommene rechtliche Prüfung zu, die sich auf eine Missbrauchskontrolle beschränke (Frage 1). Des Weiteren spreche viel für ein abstraktes Verständnis des „Gesamtschutzes“. Dies führe dazu, dass man allein auf den abweichenden Tarifvertrag und den sonstigen für den Leiharbeitnehmer geltenden Regeln blicken müsse. Ein Vergleich mit den Stammarbeitnehmern beim Entleiher sei dagegen nicht erforderlich. Art. 5 Abs. 2 Leiharbeitnehmerrichtlinie zeige außerdem, dass Art. 5 Abs. 3 Leiharbeitnehmerrichtlinie auch für befristete Arbeitsverträge gelte (Frage 2).

Professor Franzen warb zudem für ein prozedurales Verständnis von Art. 5 Abs. 3 Leiharbeitnehmerrichtlinie. Würde man dem nationalen Gesetzgeber die Pflicht auferlegen, inhaltliche Bedingungen für die Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz festzulegen, so könnte sich dies nicht mit dem Grundsatz der „Richtigkeitsgewähr“ von Tarifverträgen nach deutschem Verständnis vertragen. Es reiche aus, Bedingungen für das Zustandekommen von Tarifverträgen festzusetzen und damit den Fokus auf die Verfahrensfragen zu legen. Der EuGH könnte es dabei auch offenlassen, welche Gewalt innerhalb des Mitgliedstaates die Einhaltung eines „Gesamtschutzes“ sicherstellen müsse (Frage 3).

Angesichts verschiedener Regelungen im AÜG wie der Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten nach § 1 Abs. 1b AÜG, der Lohnuntergrenze aufgrund einer Rechtsverordnung über die Mindeststundenentgelte (§ 3a AÜG) nach § 8 Abs. 2 Satz 1 AÜG, der Drehtürklausel des § 8 Abs. 3 AÜG, der zeitlichen Begrenzung der Abweichung vom Gebot der Gleichstellung in Bezug auf das Arbeitsentgelt (§ 8 Abs. 4 AÜG) sowie des Zugangs des Leiharbeitnehmers zu Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten nach § 13b AÜG kam Professor Franzen zu dem Ergebnis, dass sowohl die alte als auch die neue Fassung des AÜG mit Art. 5 Abs. 3 Leiharbeitnehmerrichtlinie vereinbar sei (Frage 4). Beantwortet der EuGH Frage 5, die nur für den Fall gestellt wurde, dass Frage 3 verneint wird, so müsse den Tarifvertragsparteien ein weiter Einschätzungsspielraum zugesprochen werden. Dies folge daraus, dass es sich nicht um eine genuine Rechtskontrolle, sondern nur um eine Angemessenheitsprüfung des Entgeltsgefüges handle und letztlich auch aus Art. 153 Abs. 5 AEUV.

Zuletzt spielte der Vortragende noch verschiedene Antwortmöglichkeiten des EuGH durch und beleuchtete die Auswirkungen der möglichen Antworten auf das deutsche Recht. Anschließend diskutierte er mit den Zuhörerinnen und Zuhörern unter anderem über die Unterschiede eines relativen und abstrakten Verständnisses des Begriffs „Gesamtschutz“, einen equal-pay-Anspruch, die Parallele zu § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB, den Rettungsanker Bundesverfassungsgericht, den primärrechtlichen Aufhänger in Art. 47 EU-Grundrechtecharta in Verbindung mit Art. 31 EU-Grundrechte-Charta, die Zeitschiene bis zu einer Entscheidung, die Überhöhung des Begriffs des „Gesamtschutzes“ sowie die konkrete Art der Vorlagefragenstellung des BAG.

Dr. Florian Lettemeier  
Wissenschaftlicher Mitarbeiter