

# Urteil in den Gesamtschutzverfahren – EuGH bestätigt die deutsche Rechtslage!



Dr. Guido Norman Motz

**Kurz vor Weihnachten – am 15. Dezember 2022 – stand die lang erwartete Entscheidung des EuGH in den sog. „Däubler-Gesamtschutzverfahren“ an (Aktenzeichen C-311/21). Die Entscheidung war mit großer Spannung erwartet worden, betrifft sie doch eine grundlegende Weichenstellung zur Umsetzung des Gleichstellungsgrundsatzes in das deutsche Recht und die Frage, welche Spielregeln eingehalten werden müssen, wenn durch tarifliche Regelungen von ihm abgewichen werden soll.**

**Während Arbeitnehmervertreter nach Veröffentlichung des Urteils (zunächst) jubelten, zeigte die genaue Lektüre des Urteils recht schnell, dass der EuGH die deutsche Praxis im Wesentlichen bestätigt hat und Personaldienstleister entspannt in die Weihnachtspause gehen konnten.**

Die Frage, ob die Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz durch die Anwendung von Tarifverträgen – also die Regelung in § 8 Abs. 2 AÜG – gegen die EU-Zeitarbeitsrichtlinie verstößt, beschäftigt nun schon eine Weile die deutschen Gerichte in Form der sog. „Däubler“-Verfahren. Das BAG hatte im letzten dieser Klageverfahren am 16. Dezember 2020 (5 AZR 143/19) den Rechtsstreit ausgesetzt und dem EuGH fünf verschiedene Fragen zur Auslegung der Zeitarbeitsrichtlinie (RL 2008/104/EG) – insbesondere zu deren Art. 5 Abs. 3 – vorgelegt. Kern der Fragen des BAG an den EuGH war, ob die Richtlinie ordnungsgemäß ins deutsche Recht umgesetzt wurde und welche Voraussetzungen für eine Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz durch das EU-Recht vorgegeben werden. Ziel der Vorlage war festzustellen, ob nach der deutschen Rechtslage die Möglichkeit besteht, durch die Anwendung der Zeitarbeitsverträge auch bei befristeten Arbeitsverhältnissen vom Gleichstellungsgrundsatz („equal pay“ und „equal treatment“) abweichen zu können.

Entstanden war die ganze Diskussion dadurch, dass in der Literatur, insbesondere von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Zweifel an der deutschen Umsetzung der Richtlinie geäußert worden waren. Dies wurde durch die Gewerkschaften aufgegriffen und ver.di hat letztlich Klageverfahren gegen das eigene Tarifwerk unterstützt. Argumentiert wurde, dass den Zeitarbeitnehmern Lohnnachforderungen unter Berufung auf ein equal treatment zustünden, weil § 8 AÜG und die Tarifwerke BAP bzw. iGZ den sog. „Gesamtschutz“ nicht einhalten würden.

Die Vorlagefragen des BAG lagen seit geraumer Zeit beim EuGH (C-311/21). Im Juli 2022 hatte Generalanwalt Collins seine Einschätzung abgegeben, auf deren Grundlage am 15. Dezember 2022 der EuGH entschieden hat. Nun liegt der Ball wieder beim BAG.

Die ZDF-Sendung „Die Anstalt“, die 2017 die Regelung in § 8 AÜG (§ 9 AÜG a.F.) und die sog. „Däubler-Kampagne“ in einer Sendung thematisiert hatte, hat zu Beginn der Sen-

dung vom 20. Dezember 2022 das Urteil des EuGH als Erfolg gefeiert (abrufbar in der ZDF-Mediathek):

*„Wir haben gewonnen! ... Fünf Jahre danach hat der EuGH entschieden, Ausbeutung der Leiharbeiter in Deutschland ist illegal. Deswegen können Leiharbeiter in Deutschland gegen die zu niedrigen Löhne klagen.“*

In einer ersten Stellungnahme hat Prof. Dr. Däubler ebenfalls den Sieg über die aktuelle Praxis der Zeitarbeit in Deutschland gefeiert:

*„Was lange währt, wird endlich wahr. Die arbeitsgerichtlichen Entscheidungen, die unsere Argumente immer weggewischt haben, sind ab jetzt nur noch Geschichte. Ein Triumph? Die große Siegesfeier sollte erst dann stattfinden, wenn wirklich auch alle Leiharbeiter gleiche Rechte haben. Heute haben wir aber eine wichtige Schlacht gewonnen.“ (Quelle: [www.labournet.de](http://www.labournet.de)).*

Ähnlich hat er sich in einem Interview am 16. Dezember 2022 auf „radio dreyeckland“ geäußert (abrufbar auf [www.rdl.de](http://www.rdl.de)). Kenner der Materie reiben sich angesichts dieser euphorischen Aussagen verwundert die Augen und fragen sich, wie diese Aussagen in das EuGH-Urteil hineingelesen werden können und ob bei ihnen nicht eher der Wunsch der Vater der Gedanken ist. Denn bei Licht betrachtet, stellen sich die Aussagen des EuGH deutlich anders dar. Daher sollten die wichtigsten Überlegungen des EuGH und die Ergebnisse des Urteils kurz beleuchtet und sodann bewertet werden:

## 1. Sachverhalt

Geklagt hatte eine Zeitarbeitnehmerin, die von Januar bis April 2017 auf Grundlage eines befristeten Arbeitsvertrags an ein Einzelhandelsunternehmen überlassen war. Die Klägerin erhielt während ihrer Überlassung an dieses Unter-

nehmen einen Bruttostundenlohn von 9,23 Euro nach dem ETV iGZ. Personaldienstleister und Klägerin sind jeweils tarifgebunden. Die Klägerin hat vorgetragen, vergleichbare Stammarbeitnehmer beim Kunden würden einen Bruttostundenlohn in Höhe von 13,64 Euro erhalten und argumentiert, dass die Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz unionsrechtswidrig sei und ihr daher Nachzahlungsansprüche zustehen würden.

## 2. Rechtlicher Rahmen des EuGH-Urteils

Der EuGH legt zu Beginn seines Urteils zunächst den rechtlichen Rahmen seiner Entscheidung dar, auf den er in seiner Begründung dann Bezug nimmt. Dies findet sich in den Rz. 3 bis 11 und kann hier nicht im Einzelnen wiederholt werden. Zentral sind aber die Vorschriften in Art. 5 Abs. 1 bis 3 RL 2008/104/EG:

*„(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. [...]*

*(2) In Bezug auf das Arbeitsentgelt können die Mitgliedstaaten nach Anhörung der Sozialpartner die Möglichkeit vorsehen, dass vom Grundsatz des Absatzes 1 abgewichen wird, wenn Leiharbeitnehmer, die einen unbefristeten Vertrag mit dem Leiharbeitsunternehmen abgeschlossen haben, auch in der Zeit zwischen den Überlassungen bezahlt werden.*

*(3) Die Mitgliedstaaten können nach Anhörung der Sozialpartner diesen die Möglichkeit einräumen, auf der geeigneten Ebene und nach Maßgabe der von den Mitgliedstaaten festgelegten Bedingungen Tarifverträge aufrechtzuerhalten oder zu schließen, die unter Achtung des Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmern Regelungen in Bezug auf die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von Leiharbeitnehmern, welche von den in Absatz 1 aufgeführten Regelungen abweichen können, enthalten können.*

*(4) Sofern Leiharbeitnehmern ein angemessenes Schutzniveau gewährt wird, können Mitgliedstaaten, in denen es entweder kein gesetzliches System, durch das Tarifverträge allgemeine Gültigkeit erlangen, oder kein gesetzliches System bzw. keine Gepflogenheiten zur Ausweitung von deren Bestimmungen auf alle vergleichbaren Unternehmen in einem bestimmten Sektor oder bestimmten geografischen Gebiet gibt, – nach Anhörung der Sozialpartner auf nationaler Ebene und auf der Grundlage einer von ihnen geschlossenen Vereinbarung – Regelungen in Bezug auf die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von Leiharbeitnehmern festlegen, die vom Grundsatz des Absatzes 1 abweichen. Zu diesen Regelungen kann auch eine Wartezeit für Gleichbehandlung zählen. [...]“ [Unterstr. d. d. Verf.]*

## 3. Vorlagefragen des BAG

Das BAG hatte dem EuGH fünf Fragen vorgelegt, die der EuGH in seinem Urteil abarbeitet und beantwortet.

### a) Erste Frage

Die erste Frage betraf Art. 5 Abs. 3 RL 2008/104/EG und die Auslegung des Begriffs „Gesamtschutz von Leiharbeitnehmern“. Konkret wollte das BAG wissen, ob dieser Begriff erfordert, dass ein den Zeitarbeitnehmern eigenes Schutzniveau zu berücksichtigen sei, das über dasjenige hinausgeht, das durch nationales Recht und Unionsrecht betreffend die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für die Arbeitnehmer im Allgemeinen festgelegt ist, oder ob es ausreicht, dass die allgemeinen Arbeitsbedingungen – die für alle Arbeitnehmer gelten – eingehalten werden müssen.

Der EuGH stellt zunächst heraus, dass der Begriff des Gesamtschutzes in der Zeitarbeitsrichtlinie inhaltlich nicht definiert sei. Daher beleuchtet der EuGH den Regelungszusammenhang und die Ziele der Richtlinie. Er verweist auf die Erwägungsgründe, wonach einerseits der Vielfalt der Arbeitsmärkte in der EU und dem Flexibilisierungsbedarf der Unternehmen Rechnung getragen werden soll, andererseits aber Zeitarbeitnehmer geschützt werden sollen:

*„Anknüpfend an diese Erwägungsgründe heißt es in Art. 2 der Richtlinie, dass es deren Ziel ist, für den Schutz der Leiharbeitnehmer zu sorgen und die Qualität der Leiharbeit zu verbessern, indem die Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern 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.“*

Dieses doppelte Ziel werde durch Art. 5 RL 2008/104/EG umgesetzt, wonach in Abs. 1 der Grundsatz der Gleichbehandlung aufgestellt werde, in den Abs. 2 bis 4 aber Abweichungsmöglichkeiten geschaffen würden, um die erforderliche Flexibilisierung zu ermöglichen. Der EuGH erkennt also den Zielkonflikt und versucht eine vermittelnde Lösung. Die Abweichungsmöglichkeit in Abs. 3 müsste sich nach dem EuGH daher innerhalb der Grenzen des Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmern halten:

*„Um somit das in Art. 2 der Richtlinie 2008/104 genannte Ziel, für den Schutz der Leiharbeitnehmer zu sorgen, mit der Achtung der Vielfalt der Arbeitsmärkte in Einklang zu bringen, ist davon auszugehen, dass der „Gesamtschutz“ von Leiharbeitnehmern in dem Fall, dass ein Tarifvertrag auf der Grundlage von Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie abweichend von deren Art. 5 Abs. 1 zum Nachteil der Leiharbeitnehmer eine Ungleichbehandlung in Bezug auf wesentliche Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen im Vergleich*

zu den für die eigenen Arbeitnehmer des entleihenden Unternehmens geltenden zulässt, nur dann gewährleistet ist, wenn ihnen im Gegenzug Vorteile gewährt werden, die die Auswirkungen dieser Ungleichbehandlung ausgleichen sollen. Der Gesamtschutz von Leiharbeitnehmern wäre nämlich zwangsläufig geschwächt, wenn sich ein solcher Tarifvertrag in Bezug auf die Leiharbeitnehmer darauf beschränkte, eine oder mehrere dieser wesentlichen Bedingungen zu verschlechtern.

*Angesichts der Tragweite von Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2008/104, wonach für Leiharbeitnehmer die gleichen wesentlichen Bedingungen gelten sollen wie für die eigenen Arbeitnehmer des entleihenden Unternehmens, erfordert die Achtung des Gesamtschutzes im Sinne von Art. 5 Abs. 3 jedoch nicht, ein den Leiharbeitnehmern eigenes Schutzniveau zu berücksichtigen, das über dasjenige hinausgeht, das in Bezug auf diese Bedingungen in den verbindlichen Schutzbestimmungen des nationalen Rechts und des Unionsrechts für die Arbeitnehmer im Allgemeinen vorgesehen ist.“*

Damit muss für Zeitarbeitnehmer zwar kein eigenes – besonderes – Schutzniveau geschaffen werden, welches über dem allgemeinen Schutzniveau liegt, welches generell für alle Arbeitnehmer gilt. Allerdings sollen Abweichungen bei den in Art. 3 Abs. 1 Buchstabe f RL 2008/104/EG definierten wesentlichen Arbeitsbedingungen Vorteile bei diesen wesentlichen Arbeitsbedingungen gegenüberstehen. Der EuGH beantwortet die erste Vorlagefrage daher wie folgt:

*„Nach alledem ist auf die erste Frage zu antworten, dass Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2008/104 dahin auszulegen ist, dass diese Bestimmung durch ihre Bezugnahme auf den Begriff „Gesamtschutz von Leiharbeitnehmern“ nicht erfordert, ein den Leiharbeitnehmern eigenes Schutzniveau zu berücksichtigen, das über dasjenige hinausgeht, das durch nationales Recht und Unionsrecht betreffend die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für die Arbeitnehmer im Allgemeinen festgelegt ist. 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.“*

Damit muss eine tarifliche Regelung, die Abweichungen bei den wesentlichen Arbeitsbedingungen zum Nachteil von Zeitarbeitnehmern zulässt, auch Vorteile bei wesentlichen Arbeitsbedingungen gewähren, die zumindest geeignet sind, die Ungleichbehandlung auszugleichen. Einen 100%igen oder auch nur annähernden Ausgleich fordert der EuGH somit nicht.

## **b) Zweite Frage**

Diese Frage hatte nach dem Verständnis des EuGH zwei Teile:

### **Prüfungsmaßstab**

Zunächst die Frage, wie der Maßstab für die Prüfung der Einhaltung des Gesamtschutzes zu bestimmen sei. Dies beantwortet der EuGH so,

*„dass Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2008/104 dahin auszulegen ist, dass die Frage, ob die Pflicht zur Achtung des Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmern erfüllt ist, konkret zu beurteilen ist, indem für einen bestimmten Arbeitsplatz die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, die für die von dem entleihenden Unternehmen unmittelbar eingestellten Arbeitnehmer gelten, mit denen verglichen werden, die für Leiharbeitnehmer gelten, um so feststellen zu können, ob die in Bezug auf diese wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen gewährten Ausgleichsvorteile es ermöglichen, die Auswirkungen der Ungleichbehandlung auszugleichen.“*

Damit kann die Einhaltung des Gesamtschutzes nur individuell auf den Einzelfall bestimmt werden. Der EuGH erläutert hierzu auch gleich eine dreistufige Prüfung, die nationale Gerichte im jeweiligen Rechtsstreit abuarbeiten haben:

*„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 (vgl. entsprechend Urteil vom 12. Mai 2022, Luso Temp, C-426/20, EU:C:2022:373, Rn. 50). In einem dritten Schritt ist, um den Gesamtschutz von Leiharbeitnehmern zu achten, zu beurteilen, ob die gewährten Ausgleichsvorteile eine Neutralisierung der Ungleichbehandlung ermöglichen.“*

Damit müssen die tarifvertraglichen Regelungen einen Ausgleich ermöglichen, aber nicht herbeiführen. Dies korrespondiert somit mit der zuvor aufgestellten Voraussetzung, dass die tarifliche Regelung zur Herbeiführung eines Ausgleichs lediglich „geeignet“ sein muss.

Nach der vom EuGH vorgesehenen Einzelfallprüfung ist somit der Tarifvertrag nicht abstrakt zu überprüfen und kann auch nicht abstrakt und generell für unwirksam erklärt werden. Vielmehr ist für jede einzelne Tarifierstellung zu prüfen, welche Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für vergleichbare Stammarbeitnehmer gelten, welche Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für nach dem

Tarifvertrag für den Zeitarbeiter gelten und ob die tariflichen Regelungen Ausgleichsvorteile ermöglichen.

### **Abweichung auch für befristete Arbeitsverhältnisse**

Der zweite Teil der Frage betrifft sodann die Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz für befristete Arbeitsverhältnisse. Der EuGH vergleicht für seine Antwort die beiden Abweichungsmöglichkeiten in Abs. 2 und Abs. 3 des Art. 5 RL 2008/104/EG. Abs. 2 bezieht sich ausdrücklich nur auf unbefristete Arbeitsverhältnisse, diese Begrenzung fehlt jedoch in Abs. 3. Während Abs. 2 den konkreten Ausgleich darin sieht, dass der Zeitarbeiter in Nichtüberlassungszeiten eine Vergütung erhalten kann, ist dies in Abs. 3 offener geregelt und gibt den Tarifvertragsparteien einen weiten Regelungsspielraum:

*„Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 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.“*

Damit kann der Anspruch auf Vergütung in Nichtüberlassungszeiten einen Ausgleich darstellen so wie dies bspw. die Tarifwerke BAP und IGZ vorsehen.

Zugleich muss bei einem befristeten Arbeitsverhältnis ein „erheblicher Vorteil“ gewährt werden, der etwaige Nachteile „ausgleichen kann“. Der EuGH greift damit die Ausführungen des Generalanwalts Collins vom 14. Juli 2022 auf, der in der Rn. 39 seiner Schlussanträge nebensächliche Ausgleichsvorteile nicht genügen lassen wollte:

*„Beispielsweise könnte eine Abweichung vom Grundsatz der Gleichbehandlung in Bezug auf das Arbeitsentgelt durch ein Geschenk aus der Werbeabteilung nicht wirksam ausgeglichen werden.“*

Im Ergebnis lässt der EuGH damit eine Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz sowohl bei unbefristeten als auch bei befristeten Arbeitsverhältnissen zu.

### **c) Dritte Frage**

Die dritte Vorlagefrage betraf den Punkt, ob der nationale Gesetzgeber die Voraussetzungen und Kriterien für die

Achtung des Gesamtschutzes selbst regeln muss oder ob er die Umsetzung den Tarifvertragsparteien überlassen konnte.

Der EuGH verweist hier darauf, dass eine Richtlinie für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, zwar hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich ist, jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel zur Erreichung dieses Ziels überlässt (Art. 288 Abs. 3 AEUV). Dabei müssen die Mitgliedstaaten aber alle erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um die vollständige Wirksamkeit der Richtlinie entsprechend ihrer Zielsetzung zu gewährleisten.

Der EuGH versteht die Richtlinie dabei so, dass der nationale Gesetzgeber nicht verpflichtet ist, die Voraussetzungen und Kriterien für die Achtung des Gesamtschutzes von Zeitarbeitnehmern im Sinne dieser Bestimmung vorzusehen, wenn er den Tarifvertragspartnern die Möglichkeit einräumt, vom Gleichstellungsgrundsatz abweichende Tarifverträge zu schließen. Mit anderen Worten war der deutsche Gesetzgeber zwar berechtigt, die Abweichungsmöglichkeiten zu beschränken, so wie dies bspw. durch die Drehtürklausel in § 8 Abs. 3 AÜG, durch die zeitliche Begrenzung in § 8 Abs. 4 AÜG, die Verpflichtung auf die Einhaltung der Lohnuntergrenze in § 8 Abs. 5 AÜG, die Vergütung in Nichtüberlassungszeiten in § 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG sowie u.a. die Überlassungshöchstdauer in § 1 Abs. 1b AÜG erfolgt ist. Allerdings war der Gesetzgeber hierzu nicht verpflichtet und hätte dies den Tarifvertragsparteien in einem weitergehenden Umfang überlassen können.

### **d) Vierte Frage**

Diese war wegen der Antwort auf die dritte Frage nicht zu beantworten.

### **e) Fünfte Frage**

Die fünfte Frage betraf schließlich die gerichtliche Überprüfungsmöglichkeit tarifvertraglicher Regelungen, also die Frage, ob deutsche Gerichte die tarifvertraglichen Regelungen überprüfen dürfen.

Der EuGH betont hier die Tarifautonomie, indem er deutlich macht, dass die Tarifpartner

*„nicht nur bei der Entscheidung, welches konkrete Ziel von mehreren im Bereich der Arbeits- und Sozialpolitik sie verfolgen wollen, sondern auch bei der Festlegung der Maßnahmen zu seiner Erreichung über einen weiten Beurteilungsspielraum verfügen.“*

Allerdings müssen sie sich im allgemeinen rechtlichen Rahmen halten, also das Unionsrecht und die nationalen Gesetze beachten. Daher hält der EuGH fest,

*„dass Tarifverträge, die nach dieser Bestimmung Ungleichbehandlungen in Bezug auf wesentliche Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen zum Nachteil von Leiharbeitnehmern zulassen, einer wirksa-*

*men gerichtlichen Kontrolle unterliegen können müssen, um zu überprüfen, ob die Sozialpartner ihrer Pflicht zur Achtung des Gesamtschutzes dieser Arbeitnehmer nachkommen.“*

#### 4. Bewertung

Bei der Bewertung der Argumentation des EuGH ist zunächst festzuhalten, dass er die deutsche Rechtslage als unionsrechtskonform bestätigt, sodass Deutschland die Zeitarbeitsrichtlinie durch § 8 AÜG ordnungsgemäß umgesetzt hat. Der deutsche Gesetzgeber musste den Tarifvertragsparteien in § 8 Abs. 2 AÜG zwar keine konkreten Vorgaben machen, durfte die Abweichungsmöglichkeiten jedoch insbesondere nach § 8 Abs. 3 bis 5 AÜG, § 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG und die Überlassungshöchstdauer sowie weitere Regelungen, wie die Erlaubnispflicht in § 1 AÜG und die Kontrolle durch die Bundesagentur für Arbeit, beschränken.

Ferner stellt der EuGH für die Einhaltung des Gesamtschutzes den Grundsatz auf, dass entweder die gesetzliche Regelung oder die auf ihrer Grundlage abgeschlossenen Tarifverträge geeignet sein müssen, die Abweichungen von den vergleichbaren Arbeitsbedingungen der Zeitarbeitnehmer durch andere Vorteile ausgleichen zu können. Diese Vorteile können nach der Auslegung des Unionsrechts durch den EuGH insbesondere darin liegen, dass Zeitarbeitnehmer auch in Nichtüberlassungszeiten eine Vergütung gegenüber dem Personaldienstleister zusteht. Dies leitet der EuGH zutreffend aus der Systematik zu Art. 5 Abs. 2 RL 2008/104/EG her.

Die Tarifwerke BAP und iGZ sehen gerade vor, dass Zeitarbeitnehmer auch in der Zeit vor Beginn oder nach Ende einer Überlassung an Kunden ihren Vergütungsanspruch gegenüber dem Personaldienstleister in voller Höhe behalten. Sie differenzieren dabei nicht zwischen unbefristeten Arbeitsverhältnissen und befristeten Arbeitsverhältnissen. Nach dem EuGH ist dabei auch bei befristeten Arbeitsverhältnissen ein Ausgleich durch die Vergütung von Nichtüberlassungszeiten zulässig, auch wenn dies nicht zwingend ist, sondern die Tarifvertragsparteien theoretisch auch andere Vorteile vorsehen dürften.

In jedem Fall müssen die Vorteile bei befristeten Arbeitsverhältnissen jedoch „erheblich“ sein, also sich bspw. nicht in der Überlassung von Werbegeschenken erschöpfen. Bei einer Vergütung in Nichtüberlassungszeiten liegt dabei ein solcher erheblicher Vorteil vor, ist doch die Vergütung meist die wichtigste Arbeitsbedingung. Allerdings können auch andere Vorteile, bspw. ein höherer Urlaubsanspruch, einen erheblichen Vorteil darstellen. Die Prüfung ist dabei individuell für jeden überlassenen Zeitarbeitnehmer vorzunehmen.

Für die deutsche Praxis ergibt sich daraus, dass § 11 Abs. 1 AÜG eine Differenzierung in der Lohnhöhe zwischen den Zeiten einer Überlassung und den Zeiten der Nichtüberlassung zwar an sich zulassen würde und damit eine Absenkung der Vergütungsansprüche in Nichtüber-

lassungszeiten möglich wäre. Allerdings haben die Tarifpartner diesen Gestaltungsspielraum zum Schutz der Zeitarbeitnehmer nicht genutzt und vielmehr vorgesehen, dass diese auch in Nichtüberlassungszeiten ihren Tariflohnanspruch behalten.

In beiden Tarifwerken BAP und iGZ ist ein einheitlicher Vergütungsanspruch für Überlassungs- und Nichtüberlassungszeiten geregelt. Es wird somit weder zwischen Einsatz- und Nichteinsatzzeiten differenziert noch zwischen unbefristeten und befristeten Arbeitsverhältnissen. Gleiches gilt für den Urlaub, den der Zeitarbeitnehmer auch in Nichtüberlassungszeiten ansammelt und für den die Tarifwerke BAP und iGZ vorsehen, dass dies auch für den übergesetzlichen tariflichen Urlaubsanspruch gilt. Diese Ausgleichsvorteile übersieht Prof. Dr. Däubler in seiner ersten Stellungnahme und behauptet, die Zeitarbeitstarifverträge würde für Nichtüberlassungszeiten keine Vergütung vorsehen.

Da die Tarifwerke BAP und iGZ die Arbeitszeit, Überstunden, Pausen, Ruhezeiten und Nacharbeit ohnehin mit denen beim Kunden synchronisieren und eine Gleichstellung regeln, bleiben als mögliche Abweichungen nur der Urlaub, arbeitsfreie Tage und das Arbeitsentgelt.

Da der EuGH lediglich fordert, dass die Tarifverträge eine Regelung enthalten müssen, die geeignet ist, einen Ausgleich des Nachteils zu ermöglichen, reicht die Regelung zur durchgängigen Vergütung auch in Nichtüberlassungszeiten und zum Erwerb (übergesetzlicher) Urlaubsansprüche in Nichtüberlassungszeiten aus, um den Gesamtschutz zu wahren. Wird ein Zeitarbeitnehmer bspw. befristet für sechs Monate eingestellt, endet die Überlassung aber bereits nach fünf Monaten, führt der Vergütungsanspruch für den letzten Monat des Arbeitsverhältnisses dazu, dass eine mögliche niedrigere Vergütung als für Stammarbeitnehmer wieder ausgeglichen werden kann. Noch deutlicher wird dies, wenn die Befristung länger dauert und nach Ablauf der Wartefrist eine ordentliche Kündigung nicht möglich sein sollte. Dann kann es auch zu Überkompensationen kommen.

Zum Teil wird zwar daran gedacht, dass ein quantitativer Vergleich vorzunehmen sei, man also die Vergütung und die Urlaubsansprüche eines Stammarbeitnehmers während der Dauer der Überlassung errechnen und diese den Ansprüchen des Zeitarbeitnehmers während des gesamten Arbeitsverhältnisses gegenüberstellen müsste. Sodann wäre nach diesem Gedanken zu prüfen, ob eine möglich Abweichung nach unten sich noch im Rahmen hält oder nicht. Problem wäre dann aber, dass weder § 8 AÜG noch die Richtlinie einen solchen Rahmen, einen solchen Bewertungsmaßstab vorgeben. Ohne einen Bewertungsmaßstab hinge der Vergleich aber in der Luft und würde keine brauchbaren Ergebnisse zulassen. Ein solcher findet sich jedenfalls nicht im AÜG oder der RL 2008/104/EG, wie der EuGH in Rn. 33 seines Urteils zutreffend festgestellt hat.

Daher ist es konsequent, dass der EuGH einen solchen Bewertungsmaßstab nicht selbst aufgestellt hat, sondern

allein fordert, dass die tarifliche Regelung einen Ausgleich somit ermöglichen muss und diesem nicht entgegenstehen darf.

Würden die Tarifverträge bspw. eine Vergütung von Nichtüberlassungszeiten – wie in Art. 5 Abs. 2 RL 2008/104/EG vorgesehen – bei befristeten Arbeitsverhältnissen ausschließen (was wegen § 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG nicht zulässig wäre), müssten sie andere erhebliche Ausgleichsvorteile vorsehen. Bei diesen wäre dann nach den Vorgaben des EuGH im Einzelfall zu prüfen, ob diese Vorteile den Gesamtschutz wahren können. Sollten die Tarifvertragsparteien also bspw. vorsehen, dass bei befristeten Arbeitsverhältnissen ein Ausgleich statt durch die Vergütung in Nichtüberlassungszeiten allein durch die Gewährung eines höheren Urlaubsanspruchs erfolgen soll, müssten die Gerichte anhand einer dreistufigen Prüfung feststellen, ob hierdurch ein Ausgleich ermöglicht werden kann.

In den Urteilsgründen betont der EuGH somit den systematischen Gleichlauf zwischen Art. 5 Abs. 2 und Art. 5 Abs. 3 RL 2008/104/EG. Denn Abs. 2 lässt die Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz bei unbefristeten Arbeitsverhältnissen zu, wenn die Arbeitnehmer auch in Nichtüberlassungszeiten vergütet werden. Dies ist nach dem EuGH auch bei Abs. 3 möglich, also genau so, wie dies nach dem deutschen Recht (§ 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG) und den Tarifwerken BAP und iGZ erfolgt,

*vgl. demnächst Franzen in: Heft 1 bzw. 2 NZA 2023 mit Verweis auf § 11 AÜG:*

*„Damit enthält das deutsche Recht eine wichtige Regelung, welche bereits abstrakt das Kompensationsanfordernis erfüllen kann.“*

Hierdurch wird folglich auch bei befristeten Arbeitsverhältnissen durch die Anwendung der Tarifwerke BAP oder iGZ der Gesamtschutz gewährleistet.

Auf die weiteren Absicherungen im deutschen Recht zum Schutz der Zeitarbeitnehmer (bspw. die Drehtürklausel oder die Regelung zum equal pay nach neunmonatiger Überlassungsdauer sowie den Branchenzuschlagstarifverträgen in § 8 Abs. 4 AÜG) kommt es damit – jedenfalls aus Sicht des EuGH – nicht mehr an. Allerdings kann das BAG diese Absicherungen durch den deutschen Gesetzgeber selbstverständlich bei seinem für 2023 anstehenden Urteil berücksichtigen. Wenn schon der Gesetzgeber Ausgleichsvorteile vorsieht, müssen diese nicht auch noch zusätzlich durch die Tarifvertragsparteien geregelt werden.

Überdies ist zu beachten, dass die Vergütungsregelungen der Tarifwerke BAP und iGZ für unbefristete Arbeitsverhältnisse auf Art. 5 Abs. 2 RL 2008/104/EG gestützt werden können. Da der EuGH gerade eine Einzelfallprüfung vorsieht, werden die Tarifverträge auch aus der Sicht des Unionsrechts nicht unwirksam, selbst wenn man im Einzelfall eine nicht hinreichende Ausgleichsmöglichkeit sehen könnte. Damit steht nach dem Urteil des EuGH fest, dass in Deutschland bei unbefristeten Arbeitsverhältnissen kein

Szenario eines equal pay droht.

Vor dem Hintergrund dieses Befundes sind die Aussagen von Prof. Dr. Däubler und der ZDF-Sendung „Die Anstalt“ unverständlich. Das Ende der Zeitarbeit in Deutschland, flächendeckende Klageverfahren oder gar Nachzahlungsansprüche der Sozialversicherungsträger können unter Berufung auf das Urteil des EuGH nicht seriös herbeigeredet werden. Daher sind diese Aussagen tatsächlich mehr Wunsch als Wahrheit.

Am Rande bemerkt: Es verwundert, dass Prof. Dr. Däubler dem EuGH bei der Bestimmung der wesentlichen Arbeitsbedingungen widerspricht und Kündigungsfristen hierunter fassen will. Der EuGH hat in Rn. 32 des Urteils entschieden, dass die wesentlichen Arbeitsbedingungen allein die in Art. 3 Abs. 1 Buchstabe f der RL 2008/104/EG definierten sind, also Arbeitszeit, Überstunden, Pausen, Ruhezeiten, Nachtarbeit, Urlaub, arbeitsfreie Tage und Arbeitsentgelt. Kündigungsfristen fallen unstrittig nicht hierunter. Auch das BAG hat dies am Beispiel von Ausschlussfristen vor Jahren so entschieden,

*BAG, Urt. v. 23. März 2011 ? 5 AZR 7/10, NZA 2011, 850.*

## 5. Kritik am EuGH

Man kann dem EuGH kritisch entgegenhalten, dass er das Erfordernis von Ausgleichsleistungen „erfunden“ hat,

*hierzu demnächst Franzen in: Heft 1 bzw. 2 NZA 2023.*

Ein solches Kompensationsanfordernis hatte Generalanwalt Collins methodisch fragwürdig unter Bezug auf den Bericht einer Expertenkommission in seinen Schlussanträgen ins Spiel gebracht,

*hierzu Motz, in: personalmagazin 12/2022, Seite 76 ff.*

Dieser Kritik am EuGH könnte man zwar ergebnisorientiert entgegenhalten, dass sich das von ihm aufgestellte Erfordernis von Ausgleichsvorteilen aktuell nicht auswirkt, weil die Tarifwerke BAP und iGZ bei der Vergütung und den Urlaubsansprüchen nicht zwischen Überlassungs- und Nichtüberlassungszeiten und auch nicht zwischen befristeten und unbefristeten Arbeitsverhältnissen differenzieren und damit den Ausgleich generell ermöglichen. Dennoch ist der Gestaltungsspielraum noch stärker eingeschränkt, als er durch den Gesetzgeber bereits beschränkt wurde, und dies, obwohl der Gesetzgeber in § 8 AÜG gerade kein Erfordernis eines Gesamtschutzes aufgestellt hat.

Daher ergibt sich die Folgefrage, ob das Erfordernis, mögliche Ausgleichsvorteile vorsehen zu müssen, nicht eine unzulässige Direktwirkung des Unionsrechts darstellt,

*vgl. Motz, in: personalmagazin 12/2022, Seite 76 (78); demnächst Franzen in: Heft 1 bzw. 2 NZA 2023.*

Denn insoweit bleibt es bei dem Problem, dass der EuGH

den Tarifvertragsparteien Vorgaben machen will, die der deutsche Gesetzgeber im AÜG nicht vorgesehen hat. Im Ergebnis hätten die Tarifvertragsparteien damit klüger als der deutsche Gesetzgeber, das BAG und der europäische Richtliniengeber sein und antizipieren müssen, dass der EuGH eine neue Voraussetzung „erfindet“.

## 6. Ausblick

Das BAG wird den konkreten Rechtsstreit – befristetes Arbeitsverhältnis bei Anwendung der Tarifverträge iGZ/ver.di – nun Mitte 2023 auf Grundlage der Einschätzung des EuGH entscheiden.

Ein Änderungsbedarf für das AÜG ist durch das Urteil des EuGH jedenfalls nicht entstanden,

*demnächst Franzen in: Heft 1 bzw. 2 NZA 2023.*

Prof. Dr. Franzen hat auch in der Vergangenheit bereits mehrfach darauf hingewiesen, dass die nun vom EuGH aufgestellte dreistufige Prüfung wegen des Verbots einer unzulässigen Tarifzensur nach Art. 9 Abs. 3 GG problematisch sei und die Arbeitsgerichte vor große Probleme stelle. Auch stellt sich die Frage, ob Arbeitsgerichte eine Verwerfungskompetenz haben, also die Tarifverträge unangewendet lassen können, wenn diese nach ihrer Auffassung keine hinreichenden Ausgleichsvorteile ermöglichen. Richtigerweise wird man eine solche Verwerfungskompetenz vereinigen müssen,

*demnächst Franzen in: Heft 1 bzw. 2 NZA 2023.*

Um zu einer systematisch stimmigen Gesetzesauslegung zu gelangen, wird das BAG auch die Abweichungsmöglichkeit in Art. 5 Abs. 4 RL 2008/104/EG berücksichtigen müssen. Zwar ist diese in Deutschland nicht direkt anwendbar. Jedoch ermöglicht sie in anderen Rechtsordnun-

gen ähnliche Wartezeitregelungen wie in § 8 Abs. 4 AÜG,

*demnächst Franzen in: Heft 1 bzw. 2 NZA 2023.*

Es wäre aber systemwidrig, wenn das BAG für die Umsetzung des Art. 5 Abs. 3 RL 2008/104/EG in Anwendung des Urteils des EuGH höhere Anforderungen aufstellen würde, als sie für Art. 5 Abs. 2 und 4 RL 2008/104/EG vorgesehen sind. Denn dann würden bei einer Regelung durch Tarifverträge deutlich strengere Vorgaben aufgestellt werden, obwohl die Richtigkeitsgewähr der Tarifverträge greift. Gerade Art. 5 Abs. 4 RL 2008/104/EG zeigt, dass eine Wartezeit zulässig ist, während der nur ein „angemessenes Schutzniveau“ einzuhalten ist, welches bereits durch die allgemeinen arbeitsrechtlichen Vorgaben gewahrt ist. Der deutsche Gesetzgeber, der in § 8 Abs. 4 AÜG eine Wartezeitregelung aufgenommen und das bereits seit 2012 bestehende System der Branchenzuschläge gesetzlich geregelt hat, hat sich an Art. 5 Abs. 4 RL 2008/104/EG angelehnt. Dies muss vom BAG somit bei der Bestimmung des Gesamtschutzes berücksichtigt werden, um zu einer insgesamt ausgewogenen Anwendung der unionsrechtlichen Vorgaben zu gelangen.

Damit bleibt es weiterhin spannend, wie das BAG das Urteil des EuGH in seine Rechtsprechung und das deutsche System des AÜG genau integrieren wird. Im Sommer 2023 werden wir mehr wissen. Fest steht aber: Ein CGZP 2.0, welches zum Teil herbeigeredet wird, wird es nach dem vorliegenden Urteil nicht geben!

**Dr. Guido Norman Motz,**  
*Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Krefeld*