

TANULMÁNYOK

Judith Maria Wallat

Die Vergütung von Leiharbeitnehmern – Ein Rückblick mit Ausblicken zum Regelungssystem in Deutschland

Einleitung

Beim Leiharbeitsverhältnis steht der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers – wie beim Normalarbeitsverhältnis – die Vergütung durch den Arbeitgeber gegenüber. Das Leiharbeitsverhältnis unterscheidet sich jedoch dadurch vom Normalarbeitsverhältnis, dass der Leiharbeitnehmer sich im Arbeitsvertrag verpflichtet, seine Arbeitsleistung (vorübergehend) im Organisationsbereich eines Dritten, dem Entleiherbetrieb, zu erbringen. Arbeitgeber des Leiharbeitnehmers bleibt allerdings auch während dieser Überlassungszeit sein Vertragspartner, der Verleiher. Gegenüber diesem hat der Leiharbeitnehmer daher auch den Anspruch auf Vergütung. Hinsichtlich der Vergütung des Leiharbeitnehmers existieren nicht zuletzt auch aufgrund europäischer Vorgaben bestimmte Vorschriften, mit denen dieser besonderen Situation der Arbeitnehmerüberlassung Rechnung getragen wird. Im folgenden Beitrag soll das deutsche Regelungssystem zur Vergütung von Leiharbeitnehmern erläutert werden. Von besonderer Bedeutung sind hierbei die geplanten Gesetzesänderungen im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG), die insbesondere auch im Hinblick auf die Umsetzung der EU-Leiharbeitsrichtlinie erforderlich geworden sind.

I. Bisherige Rechtslage nach dem AÜG

Im AÜG findet sich keine eigenständige Vorschrift, die explizit und ausschließlich die Vergütung von Leiharbeitnehmern zum Inhalt hat. Gesetzliche Bestimmungen zur Vergütung der Leiharbeitnehmer finden sich seit der Reform des AÜG, welche dieses Gesetz zu Beginn des Jahres 2004 änderte,¹ jedoch insbesondere in der Vorschrift, die bestimmt, welche Vereinbarungen im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung unwirksam sind (§ 9 AÜG).² Ziel der Gesetzesreform war es, dass durch die neuen Regelungen im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung ein Aufschwung auf dem Ar-

¹ Diese Reform des AÜG erfolgte durch das „Erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt“ vom 23.12.2002 (BGBl. I S. 4607) – so genannte „Hartz“-Reform. Der Grundsatz des *equal pay/equal treatment* wurde allerdings bereits im Jahre 2002 durch das Job-AQTIV-Gesetz eingeführt, jedoch bestand der Anspruch auf gleiche Bezahlung erst ab dem 13. Monat der Überlassung.

² Verstößt die im jeweiligen Fall gewählte Vergütung gegen diese gesetzliche Vergütungsregelung, so ist hinsichtlich der *gewerberechtlichen* Folgen die im Hinblick auf die Vergütung weitgehend wortlautgleiche Vorschrift des § 3 Abs. 1 AÜG gesetzliche Grundlage.

beitsmarkt bei Gewährleistung eines größtmöglichen Schutzes der Arbeitnehmer erfolgen sollte. Konkret sollte sich in der Praxis später zeigen, dass diese Wirkung auf dem Arbeitsmarkt insbesondere durch die Absenkung des Vergütungsniveaus der Leiharbeitnehmer erreicht wurde.³

Nach dem bislang geltenden § 9 Nr. 2 AÜG sind solche Vereinbarungen unwirksam, die für den Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung an einen Entleiher schlechtere als die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts vorsehen, es sei denn, der Verleiher gewährt dem zuvor arbeitslosen Leiharbeitnehmer für die Überlassung an einen Entleiher für die Dauer von insgesamt höchstens sechs Wochen mindestens ein Nettoarbeitsentgelt in Höhe des Betrages, den der Leiharbeitnehmer zuletzt als Arbeitslosengeld erhalten hat; Letzteres gilt nicht, wenn mit demselben Verleiher bereits ein Leiharbeitsverhältnis bestanden hat; ein Tarifvertrag kann abweichende Regelungen zulassen; im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen vereinbaren.

Aus dem Wortlaut des § 9 Nr. 2 AÜG („für die Zeit der Überlassung“) ergibt sich, dass das deutsche Regelungssystem im Hinblick auf die Vergütung zwischen der Zeit der Überlassung und der verleihfreien Zeit differenziert. Für erstere finden sich in der Vorschrift alternative Regelungsmöglichkeiten.

1. Vergütung während der Überlassung

Der gesetzlichen Regelung zur Vergütung während der Überlassung eines Leiharbeitnehmers an einen Entleiher liegt folgende Systematik zu Grunde: § 9 Nr. 2 AÜG schreibt zunächst vor, dass der Leiharbeitnehmer grundsätzlich auf der Basis von equal pay/equal treatment zu vergütet ist. Von diesem Grundsatz sieht das Gesetz jedoch zwei Ausnahmen vor. Die erste Ausnahme betrifft den Fall, dass der Verleiher einen zuvor Arbeitslosen einstellt. Die zweite Ausnahme gilt für den Fall, dass für das Leiharbeitsverhältnis ein Tarifvertrag Anwendung findet. In diesem können die Tarifparteien die Vergütung zu anderen Bedingungen als nach dem Grundsatz von equal pay/equal treatment vereinbaren.

a) Grundsatz: Equal pay/equal treatment

§ 9 Nr. 2 AÜG bestimmt, dass die Regelvergütung der Leiharbeitnehmer nach dem Grundsatz des equal pay/equal treatment erfolgt, denn für den Leiharbeitnehmer sollen die wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts, die im Entleiherbetrieb für einen vergleichbaren Arbeitnehmer gelten, Anwendung finden.

³ Schüren/Hamann/Schüren, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (4. Aufl.), § 9 Rn. 107; Schüren, RdA 2007, 231, 232.

Grundsätzlich soll der Leiharbeitnehmer also wirtschaftlich so gestellt werden wie ein vergleichbarer Arbeitnehmer des Entleihers. Diese Regelvergütung kommt zum einen dann zur Anwendung, wenn die beteiligten Parteien nicht die Anwendung einer der gesetzlich vorgesehenen Ausnahmen vereinbaren, also insbesondere in dem Fall, dass sie bewusst ein Leiharbeitsverhältnis ohne einschlägige Tarifbindung begründen. Aus der Vorschrift des § 10 Abs. 4 AÜG⁴, der die Rechtsfolgen unwirksamer Vereinbarungen im Rahmen der Leiharbeit festschreibt, ergibt sich darüber hinaus, dass der Leiharbeitnehmer ferner dann nach dem Grundsatz des equal pay/equal treatment zu vergütet ist, wenn die vereinbarte Vergütung nicht mit § 9 Nr. 2 AÜG vereinbar und damit unwirksam ist. Zu dieser Fallgruppe gehört insbesondere auch die Situation, dass sich die ursprünglich vereinbarte Anwendung eines Tarifvertrags oder ein solcher als unwirksam erweist.⁵

Um einen „vergleichbaren Arbeitnehmer im Entleiherbetrieb“ handelt es sich, wenn er die gleiche oder eine ähnliche Arbeit wie der Leiharbeitnehmer verrichtet.⁶ Zusätzlich zur Ausübung einer gleichen Tätigkeit ist entscheidend, was dieser Stammmitarbeiter als Vergütung erhielt, wenn er seinerseits auch (nur) für die Dauer, für die der Leiharbeitnehmer an den Entleiherbetrieb überlassen wird, das heißt in der Regel in einem befristeten Arbeitsverhältnis im Entleiherbetrieb beschäftigt wäre.⁷ Der Leiharbeitnehmer muss sozusagen fiktiv in dem Betrieb des Entleihers eingruppiert werden.⁸ Problematisch wird es, wenn der Leiharbeitnehmer für eine Tätigkeit eingesetzt wird, für die es im Entleiherbetrieb überhaupt keine Stammmitarbeiter (mehr) gibt. In diesen Fällen ist dann laut einer Geschäftsanweisung der Agentur für Arbeit⁹ bei Vorliegen eines Tarifvertrages im Entleiherbetrieb die den Tätigkeitsmerkmalen entsprechend Lohnstufe des Tarifvertrages maßgebend. Ohne Tarifbindung solle eine Einzelfallbetrachtung der wesentlichen Arbeitsbedingungen des Entleiherbetriebs vorgenommen werden.

Eine Definition, was unter „Arbeitsentgelt“ zu fassen ist, enthält das AÜG nicht. Dazu zählt jedenfalls alles, was für eine Arbeitsleistung pro Zeiteinheit oder für das Arbeitsergebnis (sog. Akkordlohn) bezahlt wird. Dies beinhaltet auch Zulagen für besondere Belastungen, Provisionen, Tantiemen, Gewinnbeteiligungen und Sachleistungen.¹⁰ Im Hinblick auf die darüber hinaus zu gewährenden „wesentlichen Arbeitsbe-

⁴ § 10 Abs. 4 AÜG: „Der Leiharbeitnehmer kann im Falle der Unwirksamkeit der Vereinbarung mit dem Verleiher nach § 9 Nr. 2 von diesem die Gewährung der im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts verlangen.“

⁵ Vgl. dazu die Ausführungen unter I.1.c.

⁶ BT-Drucks. 15/25, S. 38.

⁷ Schüren/Hamann/Schüren, § 9 Rn. 122.

⁸ Thüsing/Mengel, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (2. Aufl.), § 9 Rn. 24; Rieble/Klebeck, NZA 2003, 23, 24.

⁹ Bundesagentur für Arbeit, Geschäftsanweisung zum AÜG (Stand: November 2010), S. 47, abrufbar unter: <http://www.arbeitsagentur.de>; differenzierend dazu Thüsing/Mengel, § 9 Rn. 28 mit weiteren Nachweisen; zur Handhabung dieser Problematik im ungarischen Recht vgl. Kiss/Bankó, EuZA 2010, 208, 217 f.

¹⁰ BT-Drucks. 15/25, S. 38; LAG München v. 2.9.2009 – 6 Sa 41/08, juris; Schüren/Hamann/Schüren, § 9 Rn. 125.

dingungen“ fehlt ebenfalls eine Definition. Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich allerdings, dass darunter alle nach dem deutschen Arbeitsrecht vereinbarten Bedingungen fallen, etwa die Arbeitszeit, der Urlaub oder die Nutzung sozialer Einrichtungen.¹¹ Belohnen bestimmte Leistungen die Betriebstreue oder knüpfen sie an eine längere Betriebszugehörigkeit an, so kommt es darauf an, ob diese Leistungen auch einem befristet beschäftigten Arbeitnehmer ausgezahlt würden.¹²

Es liegt auf der Hand, dass für eine ordnungsgemäße, den gesetzlichen Anforderungen genügende Vergütung des Leiharbeitnehmers gemäß dem Grundsatz des equal pay/equal treatment ein Zusammenwirken von Verleiher und Entleiher erforderlich ist. Während Geldzahlungen vom Verleiher an den Leiharbeitnehmer erbracht werden, können andere wesentliche Arbeitsbedingungen, die nicht die Form einer Geldleistung haben, nur vom Entleiher erbracht werden. Die praktische Durchsetzbarkeit des Anspruchs auf equal pay/equal treatment wird dadurch ermöglicht, dass gemäß § 12 Abs. 1 S. 3 AÜG in dem Überlassungsvertrag zwischen Verleiher und Entleiher schriftlich die „im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts“ anzugeben sind. Dass dies seitens des Entleihers und des Verleihers richtig gehandhabt wird, kann der Leiharbeitnehmer mit Hilfe des ihm nach § 13 AÜG zustehenden, korrespondierenden Auskunftsanspruchs überprüfen.¹³ Mit der aufgrund dieses Anspruchs erhaltenen Auskunft ist es dem Leiharbeitnehmer möglich, in einem etwaigen Rechtsstreit mit dem Verleiher über sein Gehalt den Nachweis über die ihm tatsächlich zustehende Vergütung zu erbringen.¹⁴

b) Erste Ausnahme: Zuvor arbeitsloser Leiharbeitnehmer

Die erste von § 9 Nr. 2 AÜG vorgesehene Ausnahme zur oben dargestellten Regelvergütung existiert für den Fall, dass der Verleiher jemanden als Leiharbeitnehmer einstellt, der zuvor arbeitslos war und Arbeitslosengeld vom Staat bezogen hat. In diesem Fall hat der Verleiher die Möglichkeit, den Leiharbeitnehmer während eines Zeitraums von sechs Wochen mit einem geringeren Entgelt zu vergüten als es dem Leiharbeitnehmer nach dem equal pay/equal treatment-Grundsatz zustünde. Nach Ablauf dieses Zeitraums steht jedoch auch diesem Leiharbeitnehmer dann die gesetzliche Regelvergütung zu.

¹¹ BT-Drucks. 15/25, S. 38. Nach anderer Auffassung (so etwa Schüren/Hamann/Schüren, § 9 Rn. 137 oder Thüsing/Mengel, § 9 Rn. 30) soll hingegen auf die wesentlichen Vertragsbedingungen nach § 2 Abs. 1 NachwG abzustellen sein. In einem Urteil vom 23.3.2011 (5 AZR 7/10) hat das BAG jüngst entschieden, dass die im Entleiherbetrieb geltenden Ausschlussfristen zur Geltendmachung von Ansprüchen – im vorliegenden Fall ging es konkret um Vergütungsnachforderungen der Leiharbeitnehmer, die sich nach der Entscheidung des BAG v. 14.12.2010 ergaben – nicht zu den wesentlichen Arbeitsbedingungen gehören.

¹² Schüren/Hamann/Schüren, § 9 Rn. 131 ff.; vgl. dazu BAG v. 8.11.1978 – 5 AZR 358/77, AP Nr. 100 zu § 611 BGB Gratifikation.

¹³ § 13 AÜG: „Der Leiharbeitnehmer kann im Falle der Überlassung von seinem Entleiher Auskunft über die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts verlangen.“

¹⁴ BAG v. 19.9.2007 – 4 AZR 656/06, AP Nr. 17 zu § 10 AÜG.

Die Höhe der Vergütung wird im Hinblick auf ihre Untergrenze durch § 9 Nr. 2 AÜG festgelegt. Der Leiharbeitnehmer muss „mindestens ein Nettoarbeitsentgelt in Höhe des Betrages, den [er] zuletzt als Arbeitslosengeld erhalten hat“, gezahlt bekommen. Die absolute Untergrenze liegt jedenfalls dort, wo die Rechtsprechung nach den von ihr aufgestellten Regeln von einem so genannten Wucherlohn ausgeht. Dies ist dann der Fall, wenn die Vergütung mehr als 30 % unter dem üblichen Tariflohn vergleichbarer Leiharbeitnehmer liegt.¹⁵

Diese Ausnahme vom Grundsatz des equal pay/equal treatment spielt in der Praxis keine bedeutende Rolle, da auch für zuvor arbeitslose Leiharbeitnehmer in der Regel die zweite – im Folgenden dargestellte – Ausnahmeregelung angewandt wird.

c) Zweite Ausnahme: Tarifliche Regelung

Die zweite Ausnahme ist die in § 9 Nr. 2 AÜG eröffnete Möglichkeit, von der Regelvergütung nach dem equal pay/equal treatment-Grundsatz nach unten abzuweichen, wenn für das Arbeitsverhältnis ein Tarifvertrag Anwendung findet. Der Gesetzgeber legte die Arbeitsbedingungen also in die Hände der Tarifpartner, was zu einer tiefgreifenden Veränderung der Leiharbeit in Deutschland geführt hat.

Die Leiharbeitsbranche war vor Einführung der Abweichungsmöglichkeit von equal pay/equal treatment nicht tariflich erschlossen, denn es gab kaum organisierte Leiharbeitnehmer.¹⁶ Ende des Jahres 2002 wurde jedoch die Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personal Service-Agenturen (CGZP) von ursprünglich sechs Gewerkschaften des Christlichen Gewerkschaftsbundes (CGB) gegründet.¹⁷ Diese hat sodann eine Vielzahl von Firmen- und Verbandstarifverträgen geschlossen, die in Anwendung der Tariföffnungsklausel ein deutlich reduziertes Arbeitsentgelt für die Leiharbeitnehmer vorsahen.¹⁸ Die Abweichung wurde damit begründet, dass die gesetzlich vorgesehene Vergütung nach dem equal pay/equal treatment-Grundsatz „gerade für kleinere und mittlere Zeitarbeitsunternehmen das wirtschaftliche Aus bedeuten“ würde.¹⁹ Durch diesen Tarifabschluss fühlte sich die Tarifgemeinschaft der Gewerkschaften des Deutschen Gewerkschaftsbundes (DGB) gezwungen, ihrerseits nachzuziehen und ebenfalls Tarifverträge mit reduziertem Entgelt abzuschließen.²⁰ Von der Tariföffnungsklausel nach § 9 Nr. 2 AÜG wurde in der Folge in Deutschland nahezu flächendeckend Gebrauch gemacht, so dass Arbeitnehmerüberlassung heute zum größtem Teil mit tariflich geregelten Arbeitsverhältnissen, deren Vergütungen geringer sind als sie es nach dem

¹⁵ BAG v. 24.3.2004 – 5 AZR 303/03, BAGE 110, 79; LAG Berlin v. 20.2.1998 – 6 Sa 145/97, AuR 1998, 468; Schüren/Hamann/Schüren, § 9 Rn. 143.

¹⁶ Düwell/Dahl, DB 2009, 1070, 1071; Lembke, DB 2011, 414, 417; Thüsing/Lembke, ZfA 2007, 87, 92.

¹⁷ <http://www.cgb.info/cgzp/cgzp.php> (25.3.2011).

¹⁸ BAG v. 14.12.2010 – 1 ABR 19/10, NZA 2011, 289.

¹⁹ Vgl. J. Ulber, AuR 2008, 297, 298.

²⁰ Böhm, NZA 2010, 1218. Die DGB-Tarifverträge schlossen auf Arbeitgeberseite der Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen (iGZ) und der Berufsverband Zeitarbeit (BZA) ab.

gesetzlichen equal pay/equal treatment-Grundsatz gewesen wären, existiert.²¹ Aus wirtschaftlicher Sicht wäre es freilich nicht nachvollziehbar gewesen, wenn die Verleiher diese gesetzlich eröffnete Chance zur Senkung ihrer Personalkosten nicht genutzt hätten.²²

Die Wirksamkeit dieser so genannten „Billig-Tarifverträge“²³ oder „Gefälligkeits-tarifverträge“²⁴ der CGZP wurde allerdings von Anfang an sowohl in der Öffentlichkeit als auch im arbeitsrechtlichen Schrifttum²⁵ bezweifelt. Im Mittelpunkt der Diskussion stand die Frage, ob die CGZP die Tariffähigkeit bzw. Tarifzuständigkeit für Tarifverträge zur Arbeitnehmerüberlassung besitzt. Nachdem eine Reihe von Gerichtsverfahren, die diese Fragen hätten klären können, für erledigt erklärt oder ausgesetzt wurden,²⁶ kam es letztendlich im Jahre 2009 zu einer ersten Entscheidung in dieser Sache durch das Arbeitsgericht Berlin.²⁷ Letztinstanzlich entschied über den Fall am 14.12.2010 das Bundesarbeitsgericht. Dieses entschied, dass die CGZP weder nach § 2 Abs. 1 Tarifvertragsgesetz (TVG) als Gewerkschaft – da sie nach ihrer Satzung selbst keine Arbeitnehmer organisiert – noch nach § 2 Abs. 3 TVG als Spitzenorganisation tariffähig ist.²⁸

Für das Gericht kam es für die Entscheidung insbesondere nicht darauf an, ob die Vielzahl der von der CGZP mit Arbeitgebern geschlossenen Vereinbarungen im Bereich der gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung eine soziale Mächtigkeit belegt.²⁹ Vielmehr sah das Gericht es als maßgeblich an, dass die Mitglieder der CGZP ihre Tariffähigkeit der CGZP überhaupt nicht vollständig vermittelt haben. Nach der Rechtsprechung des BAG ist die Tariffähigkeit unteilbar, so dass die Vermittlung nur eines Teils der Tariffähigkeit auf eine Spitzenorganisation nicht ausreichend ist. Die CGZP, die gemäß ihrer Satzung nur für die Leiharbeitsbranche zuständig ist, wurde einerseits nicht in allen durch die jeweiligen Satzungen ihrer Mitglieder bestimmten Organisationsbereichen zum Abschluss von Tarifverträgen berechtigt, sondern eben nur für Arbeitnehmerüberlassungen. Das BAG stellte darüber hinaus fest, dass die Zuständigkeit der CGZP in anderer Hinsicht über diejenige ihrer Mitglieder hinausgeht. Der Organisationsbereich der einzelnen Mitglieder umfasst nämlich nicht wie die CGZP-Satzung die Arbeitsverhältnisse von Leiharbeitnehmern aller Wirtschaftszweige, sondern beschränkt sich auf Arbeitnehmerüberlassungen in bestimmte Unternehmen, Branchen oder auf Leiharbeitsverhältnisse im öffentlichen Dienst.

²¹ Elfter Bericht der Bundesregierung über Erfahrungen bei der Anwendung des AÜG, S. 22.

²² Schüren/Hamann/Schüren, § 9 Rn. 150.

²³ Böhm, NZA 2010, 1218.

²⁴ J. Ulber, AuR 2008, 297, 298, der die Tarifverträge der CGZP als Verträge zu Lasten Dritter ansieht.

²⁵ Vgl. Böhm, DB 2005, 2023; Düwell/Dahl, DB 2009, 1070, 1072; Schüren/Behrend, NZA 2003, 521; Schüren/Riederer v. Paar, AuR 2004, 241; Schüren, AuR 2008, 239 und NZA 2008, 453; D. Ulber, NZA 2008, 438; J. Ulber, AuR 2008, 297; a.A. Lembke, NZA 2007, 1333.

²⁶ ArbG Berlin v. 5.2.2008 – 54 BV 13961/06, AuR 2008, 314; ArbG Osnabrück v. 15.1.2007 – 3 Ca 535/06, AuR 2007, 182; ArbG Limburg v. 19.11.2008 – 1 Ca 541/08, EzAÜG § 2 TVG Nr. 3.

²⁷ ArbG Berlin v. 1.4.2009 – 35 Bv 17008/08, NZA 2009, 740 (in zweiter Instanz: LAG Berlin-Brandenburg v. 7.12.2009 – 23 TaBV 1016/09, AuR 2010, 172).

²⁸ BAG v. 14.12.2010 – 1 ABR 19/10, NZA 2011, 289.

²⁹ So die Argumentation der Antragsteller (Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft und Land Berlin) sowie die Argumentation des erstinstanzlichen Gerichts.

Im Ergebnis wurde durch das BAG also letztinstanzlich geklärt, dass die CGZP keine wirksamen Tarifverträge abschließen kann. Nicht geklärt wurde hingegen die Bedeutung der Tarifunfähigkeit für die Vergangenheit, also ob die betroffenen Tarifverträge ex tunc nichtig sind, denn die an das Gericht gestellten Anträge waren nur gegenwartsbezogen. Erwartet werden aufgrund der Entscheidung allerdings gewaltige Nachzahlungsansprüche der Leiharbeitnehmer und Sozialversicherer gegen die Zeitarbeitsunternehmen.³⁰ Die Leiharbeitnehmer würden gemäß § 10 Abs. 4 AÜG statt der Vergütung nach den unwirksamen Tarifverträgen Anspruch auf equal pay/equal treatment gegen ihre Verleiher haben. Dementsprechend haben die Sozialversicherer Anspruch auf erhöhte Sozialversicherungsbeiträge. Die durch das Urteil notwendig gewordenen Rückstellungen stellen laut der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA) ein „akutes Problem“ sowohl für die betroffenen Zeitarbeitsunternehmen als auch für die Entleiher – letztere aufgrund der Subsidiärhaftung gemäß § 10 AÜG – dar.³¹

2. Vergütung während verleihfreier Zeiten

Während für die Zeit der Überlassung die aufgezeigten Regelungen getroffen wurden, ist die verleihfreie Zeit im AÜG bisher weitgehend unregelt.³² Nach dem gesetzlichen Leitbild ist die Arbeitnehmerüberlassung in Deutschland durch ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Verleiher, welcher den Arbeitnehmer immer wieder an verschiedene Entleiher zur Arbeit überlässt, gekennzeichnet.³³ Verleihfreie Zeiten entstehen, wenn für eine gewisse Zeitspanne keine Beschäftigungsmöglichkeit für einen Leiharbeitnehmer bei einem entleihenden Unternehmen besteht, das heißt wenn es dem Verleiher mangels geeigneter Aufträge nicht möglich ist, den Leiharbeitnehmer unmittelbar im Anschluss an eine vorherige Überlassung an einen anderen Entleiher zu überlassen. Zu beachten ist, dass eine Absenkung des Lohnniveaus für verleihfreie Zeiten jedoch nur dann möglich ist, wenn der Leiharbeitnehmer ansonsten, das heißt während der Einsatzzeiten in den Entleiherbetrieben, nach dem Grundsatz des equal pay/equal treatment entlohnt wird. Da sich eine tarifliche Regelung auf das gesamte Arbeitsverhältnis erstreckt, also auch die Nichteinsatzzeiten erfasst sind, ist eine einzelvertragliche Vereinbarung für die verleihfreie Zeit ausgeschlossen, wenn für das Leiharbeitsverhältnis eine tarifliche Regelung der Leiharbeitnehmervergütung greift.³⁴

a) Kein Ausschluss der Vergütung

Beim Auftreten solch einer verleihfreien Zeit besteht das Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Verleiher nichtsdestotrotz fort und der Arbeitnehmer kann ge-

³⁰ Vgl. dazu Brors, AuR 2010, 406 ff.; Lembke, BB 2010, 1533, 1535.

³¹ FAZ v. 28.2.2011 („Zeitarbeitsfirmen droht baldige Insolvenz“), <http://www.faz.net>.

³² Vgl. auch Ulber, Basiskommentar zum AÜG, § 9 Rn. 32 und § 11 Rn. 52 (der klarstellt, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht für verleihfreie Zeiten gilt).

³³ Schüren, RdA 2007, 231, 232.

³⁴ Schüren/Hamann/Schüren, § 9 Rn. 149.

mäß § 615 S. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) die Vergütung verlangen, obwohl er vorübergehend seine Arbeitsleistung nicht erbringt. Nach allgemeinen arbeitsrechtlichen Regelungen bestünde für den Arbeitgeber jedoch die Möglichkeit, den Vergütungsanspruch für diesen Fall vertraglich aufzuheben, denn § 615 BGB ist grundsätzlich abdingbar.³⁵ Einem Arbeitgeber, der Verleiher ist, wird diese Möglichkeit allerdings durch die Vorschrift des § 11 Abs. 4 S. 2 AÜG genommen, der dem Verleiher das Beschäftigungsrisiko (auch Entgelt- oder Lohnrisiko genannt)³⁶, das heißt die Vergütungspflicht in Nichteinsatzzeiten, auferlegt³⁷. Das Risiko, dass der Verleiher einen dienstbereiten Leiharbeitnehmer vorübergehend nicht beschäftigen kann, trägt im Leiharbeitsverhältnis also uneingeschränkt und unabdingbar der Verleiher. Der Leiharbeitnehmer ist somit zwingend auch in der verleihfreien Zeit zu vergüten. Eine Synchronisation von Leiharbeitsverhältnis und Überlassungsvertrag ist auch nach Wegfall des Synchronisationsverbotes³⁸ im Jahre 2004 nicht gewollt und daher nur ausnahmsweise unter den strengen Voraussetzungen des Teilzeitbefristungsgesetzes (TzBfG) möglich.

Vereinbarungen, die diese Vergütungspflicht des Verleihers im Hinblick auf Zeiten mangelnder Aufträge entfallen lassen oder beschränken, sind wegen Verstoßes gegen diese gesetzliche Vorschrift nach § 134 BGB unwirksam.³⁹ Der Anspruch des Leiharbeitnehmers auf Entlohnung in der verleihfreien Zeit kann darüber hinaus auch nicht dadurch umgangen werden, dass der Verleiher die verleihfreie Zeit mittels so genannter Arbeitszeitkonten verrechnet oder er dem Leiharbeitnehmer einen bezahlten oder unbezahlten Urlaub gewährt. Solche Vereinbarungen sind nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.⁴⁰

Schließlich kann sich der Verleiher im Falle des Auftretens einer verleihfreien Zeit auch nicht dadurch seiner Vergütungspflicht entziehen, dass er die mangelnde Einsatzmöglichkeit als Grund für eine betriebsbedingte Kündigung des Leiharbeitnehmers anführt. Denn dass es zu verleihfreien Zeiten ohne Beschäftigungsmöglichkeit kommen kann, liegt im Wesen der Arbeitnehmerüberlassung. Der Verleiher kann zwar die Beschäftigungsmöglichkeiten seiner Leiharbeitnehmer durch gute Organisation und Planung optimieren, jedoch unterliegt die Arbeitnehmerüberlassung darüber hinaus auch den Schwankungen im Personalbedarf der Entleihunternehmen. Solche Ausfälle kalkuliert ein Verleiher aber typischerweise ein, so dass das Auftreten einer verleihfreien Zeit darüber hinaus kein sofortiges Kündigungsrecht begründen kann. Der Verleiher kann eine betriebsbedingte Kündigung daher nicht auf das vorübergehende

³⁵ BAG v. 6.2.1964 – 5 AZR 93/63, AP Nr. 24 zu § 615 BGB; v. 5.9.2002 – 8 AZR 702/01, NZA 2003, 973; Erfurter Kommentar/Preis (11. Aufl.) § 615 BGB Rn. 8.

³⁶ Vgl. nur Hessisches LSG v. 18.3.2011 – L 7 AL 21/08, juris.

³⁷ Erfurter Kommentar/Wank, § 11 AÜG Rn. 16; Schüren/Hamann/Schüren, § 11 Rn. 94; Thüsing/Mengel, § 11 Rn. 40; LSG Nordrhein-Westfalen v. 30.8.2006 – L 12 AL 168/05, EzAÜG § 615 BGB Nr. 3.

³⁸ Vgl. Erfurter Kommentar/Wank, AÜG, Einl. Rn. 4.

³⁹ Ulber, § 11 Rn. 56; Schüren/Hamann/Schüren, § 11 Rn. 102; siehe auch LSG Baden-Württemberg v. 14.12.2007 – L 13 AL 4932/06, EzAÜG SGB III Nr. 15; LSG Nordrhein-Westfalen v. 30.8.2006 – L 12 AL 168/05, EzAÜG § 615 BGB Nr. 3.

⁴⁰ Ulber, § 1 Rn. 106; LAG Rheinland-Pfalz v. 24.4.2008 – 10 Sa 19/08, EzAÜG § 11 AÜG Verleiherpflicht Nr. 5; kritisch Schüren/Hamann/Schüren, § 11 Rn. 112.

Fehlen einer Beschäftigungsmöglichkeit stützen.⁴¹ Vorübergehend ist das Fehlen einer Beschäftigungsmöglichkeit allerdings nur dann, wenn die Zeitspanne drei Monate nicht übersteigt.⁴² Nach Ablauf dieser Frist kann der Verleiher den Leiharbeitnehmer dann unter Beachtung der Voraussetzungen des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) betriebsbedingt kündigen.

b) Höhe der Vergütung

Diesem spezifischen Beschäftigungsrisiko des Verleihers trägt das AÜG dadurch Rechnung, dass in den verleihfreien Zeiten einzelvertragliche Vereinbarungen, die ein gegenüber den Einsatzzeiten reduziertes Lohnniveau vorsehen können, zulässig sind.⁴³ Der Möglichkeit, durch eine einzelvertragliche Vereinbarung für verleihfreie Zeiten eine möglichst niedrige Vergütung zu vereinbaren, sind allerdings wiederum durch die Verbote von Sittenwidrigkeit und Lohnwucher nach § 138 BGB Grenzen gesetzt.⁴⁴

II. RL 2008/104/EG

Darauf, wie sich das zuvor dargestellte deutsche Vergütungssystem in der Leiharbeit zukünftig ändern wird, hat unter anderem das Unionsrecht maßgeblichen Einfluss. Am 15.12.2008 ist nach mehrere Jahre dauernden Verhandlungen die europäische Leiharbeitsrichtlinie⁴⁵ in Kraft getreten. Sie ist von den Mitgliedstaaten bis zum 5.12.2011 in nationales Recht umzusetzen.⁴⁶ Die Vorschrift zur Vergütung der Leiharbeitnehmer findet sich in Art. 5 der Richtlinie, der (auszugsweise) lautet:

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 Leihar-

⁴¹ Thüsing/Mengel, § 11 Rn. 40; Ulber, § 11 Rn. 59.

⁴² Ulber, § 11 Rn. 60; dazu auch LSG Baden-Württemberg v. 14.12.2007 - L 13 AL 4932/06, EzAÜG SGB III Nr. 15.

⁴³ Schüren/Hamann/Schüren, § 9 Rn. 148.

⁴⁴ Erfurter Kommentar/Wank, § 3 AÜG Rn. 17 ff.; Münchener Kommentar zum BGB/Mayer-Maly/Armbrüster (5. Aufl.), § 138 Rn. 123 und 148; Schüren/Hamann/Schüren, § 9 Rn. 148: Die Vergütung in verleihfreien Zeiten darf nicht mehr als 30 % unter dem üblichen Tariflohn vergleichbarer Leiharbeitnehmer in Einsatzzeiten liegen.

⁴⁵ Richtlinie 2008/104/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit, ABl. L 327, S. 9-14.

⁴⁶ Art. 11 der Richtlinie.

beitsunternehmen 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.

Die Richtlinie unterscheidet – wie das deutsche AÜG – zwischen der Zeit der Überlassung („während der Dauer ihrer Überlassung“) und den verleihfreien Zeiten („in der Zeit zwischen den Überlassungen“).

Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie normiert den Grundsatz des equal pay/equal treatment im Hinblick auf die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der Leiharbeitnehmer für den Zeitraum ihres Einsatzes im Entleihunternehmen. Die „wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen“ werden dazu in Art. 3 Abs. 1 lit. f) der Richtlinie konkretisiert. Danach fallen darunter die Aspekte Arbeitszeit, Überstunden, Pausen, Ruhezeiten, Nachtarbeit, Urlaub, arbeitsfreie Tage und Arbeitsentgelt. Nach Art. 5 Abs. 4 Unterabs. 2 S. 2 überlässt die Richtlinie es den Mitgliedstaaten, ob sie Systeme der sozialen Sicherheit, einschließlich Rentensysteme, Systeme der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall oder Systeme der finanziellen Beteiligung zu den „wesentlichen Arbeitsbedingungen“ zählen.

Die Absätze 2 und 3 der Richtlinie eröffnen den Mitgliedstaaten zwei Möglichkeiten zur Abweichung von dem in Art. 5 Abs. 1 normierten Grundsatz des equal pay/equal treatment. Nach Art. 5 Abs. 2 darf – allerdings nur im Hinblick auf das Arbeitsentgelt – von dem Gleichbehandlungsgrundsatz abgewichen werden, wenn der Leiharbeitsvertrag unbefristet ist und der Verleiher in verleihfreien Zeiten zur Fortzahlung der Vergütung verpflichtet ist. Zweck der Regelung ist es, einem Verleiher, der in verleihfreien Zeiten das Vergütungsrisiko trägt, über Abweichungen vom Grundsatz der Gleichbehandlung beim Arbeitsentgelt einen kostenmäßigen Ausgleich zu verschaffen.⁴⁷ Dass der Leiharbeitnehmer auch in der verleihfreien Zeit vergütet wird, stellt also – anders als im deutschen Recht – nach der europäischen Richtlinie keine generelle Verpflichtung bei der Arbeitnehmerüberlassung dar, was daran liegt, dass in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union zwei verschiedene Arbeitnehmerüberlassungsmodelle existieren.⁴⁸ Die Vergütung in der verleihfreien Zeit ist vielmehr nur Vo-

47 J. Ulber, AuR 2010, 10, 13.

48 Dem deutschen Arbeitnehmerüberlassungsrecht steht zum Beispiel das französische Recht zum *travail temporaire* (Art. L. 124-2 Code du travail) gegenüber. Die Überlassung des Arbeitnehmers an einen Entleiher und das Leiharbeitsverhältnis müssen in Frankreich grundsätzlich befristet und synchronisiert sein. Geht also der Einsatz im zu Ende, so endet auch das Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Verleiher. Zum Ausgleich erhält der Leiharbeitnehmer während der Zeit der Überlassung eine zusätzliche so genannte „Prekariatsprämie“ in Höhe von 10 % der Vergütung des Stammpersonals im Einsatzbetrieb; vgl. zum französischen System der Arbeitnehmerüberlassung Böhm, DB 2011, 473 und Wank, RdA 2003, 1, 3.

raussetzung, wenn der Arbeitgeber von der in Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie vorgesehenen Abweichungsmöglichkeit von equal pay/equal treatment Gebrauch machen möchte; er kann dann durch individualvertragliche Vereinbarung ein niedrigeres Entgelt als nach Abs. 1 zahlen. Der deutsche Gesetzgeber hat von dieser Abweichungsmöglichkeit bislang keinen Gebrauch gemacht, obwohl in Deutschland die meisten Leiharbeitsverhältnisse unbefristet abgeschlossen werden.⁴⁹

Nach Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie sind des Weiteren Abweichungen von equal pay/equal treatment zulässig, wenn dies die Tarifvertragsparteien eines Mitgliedsstaates in einem Tarifvertrag vereinbaren. Erfasst von dieser Abweichungsmöglichkeit ist hier anders als bei Abs. 2 nicht nur das Arbeitsentgelt, sondern auch alle sonstigen „wesentlichen Beschäftigungsbedingungen“. Die Richtlinie erfordert hierbei, dass der Gesamtschutz von Leiharbeitnehmern beachtet wird. Der deutsche Gesetzgeber hatte, wie oben gesehen, von dieser Abweichungsmöglichkeit bereits bei der Reform des AÜG, die zum Jahre 2004 in Kraft trat, „vorausgehend“ Gebrauch gemacht, da er bei der Einführung des Grundsatzes von equal pay/equal treatment den Entwurf der Leiharbeitsrichtlinie als Vorbild für die Neufassung des AÜG genommen hatte.⁵⁰

III. Geplante Änderungen im AÜG

Der deutsche Gesetzgeber sieht sich allerdings nicht allein aufgrund der Pflicht zur Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie zum 5.12.2011 veranlasst, das AÜG im Jahre 2011 zu ändern. Hinzu kommen noch weitere Gründe, die sein Handeln erforderlich erscheinen lassen. Zum einen entfallen am 1.5.2011 die Beschränkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit für Arbeitnehmer aus den zum 1.5.2004 der Europäischen Union beigetretenen MOE-Staaten. Zum anderen ist durch die bekannt gewordenen Missbrauchsfälle in der Leiharbeit (Stichwort: „Schlecker-Skandal“)⁵¹ ein enormer politischer Druck entstanden, die Gesetzeslücken, die zum Missbrauch geführt haben, zu schließen.⁵² Zwei die anstehende Reform des AÜG betreffende Gesetzentwürfe wurden am 24.3.2011 im Bundestag verhandelt. Der eine stammt von der Bundesregierung⁵³, der andere von der Fraktion Die Linke⁵⁴. Nachdem zunächst der Gesetzentwurf der Bundesregierung um Regelungen zur Einführung einer Lohnuntergrenze in der Zeitarbeit⁵⁵ ergänzt worden ist, ist der Gesetzentwurf mit den Stimmen der Unionsfraktion und der FDP-Fraktion gegen die Stimmen der Fraktion Die Linke und der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen bei Enthalt-

49 BT-Drucks. 17/464, S. 34.

50 Lembke, DB 2011, 414, 417.

51 Vgl. dazu BT-Drucks. 17/426; BT-Drucks. 17/551; Böhm, DB 2010, 672; ders., DB 2010, 1350; Düwell/Dahl, DB 2010, 1759; Lembke, BB 2010, 1533, 1537.

52 Hamann, NZA 2011, 70.

53 BT-Drucks. 17/4804.

54 BT-Drucks. 17/3752.

55 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales, BT-Drucks. 17/5238.

tung der SPD-Fraktion angenommen worden. Der Gesetzentwurf der Fraktion Die Linke wurde abgelehnt.⁵⁶

Bezüglich der Vergütung der Leiharbeitnehmer sind in dem angenommenen Gesetzentwurf einige Änderungen des AÜG vorgesehen. Nach dem neu formulierten § 9 Nr. 2 AÜG sollen zukünftig unwirksam sein:

„Vereinbarungen, die für den Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung an einen Entleiher schlechtere als die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts vorsehen; ein Tarifvertrag kann abweichende Regelungen zulassen, soweit er nicht die in einer Rechtsverordnung nach § 3a Absatz 2 festgesetzten Mindeststundenentgelte unterschreitet; im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen vereinbaren; eine abweichende tarifliche Regelung gilt nicht für Leiharbeitnehmer, die in den letzten sechs Monaten vor der Überlassung an den Entleiher aus einem Arbeitsverhältnis bei diesem oder einem Arbeitgeber, der mit dem Entleiher einen Konzern im Sinne des § 18 des Aktiengesetzes bildet, ausgeschieden sind.“

Gegenüber dem bisher geltenden Vergütungssystem für Leiharbeitnehmer sind somit Neuerungen geplant im Hinblick auf die zur Verfügung stehenden Abweichungsmöglichkeiten vom Grundsatz des equal pay/equal treatment. Zudem sieht das Gesetz die Möglichkeit der Einführung eines Mindestlohns für die Zeitarbeitsbranche vor.

1. Anpassung der Abweichungsmöglichkeiten

Nach wie vor wird equal pay/equal treatment als Regelvergütung angeordnet sein, von der ausnahmsweise abgewichen werden darf. In Zukunft eröffnet das AÜG jedoch nur noch eine einzige Abweichungsmöglichkeit. Da für die im deutschen Arbeitnehmerüberlassungsrecht bislang bestehende Möglichkeit zur Abweichung vom equal pay/equal treatment-Grundsatz bei der Einstellung von zuvor Arbeitslosen keine entsprechende Ausnahme in der Richtlinie existiert, wird es diese Abweichungsmöglichkeit in der Neufassung des AÜG nicht mehr geben. Die Abweichungsmöglichkeit durch Tarifvertrag besteht weiterhin, wird jedoch dahingehend modifiziert, dass die in dem Tarifvertrag getroffenen Regelungen einen bestimmten Mindestlohn nicht unterschreiten dürfen (siehe zum Mindestlohn ausführlich unten). Die Einschränkung der Richtlinie im Hinblick auf die Abweichungsmöglichkeit durch Tarifvertrag insofern, dass bei einer tariflichen Regelung der „Gesamtschutz der Arbeitnehmer“ zu beachten ist, ist dem Wortlaut nach nicht in der zukünftigen Fassung des § 9 Nr. 2 AÜG enthalten. Die Vermutung könnte also naheliegen, dass der Gesetzentwurf in diesem Punkt nicht richtlinienkonform ist. Jedoch besteht auch im geltenden deutschen Recht die Regelungsmacht der Tarifvertragsparteien nicht unbeschränkt. Dass diese nicht nach Belieben zu Lasten der Arbeit-

⁵⁶ Plenarprotokoll der 99. Sitzung des Deutschen Bundestages (17/99), S. 11379.

nehmer von equal pay/equal treatment abweichen können, ergibt sich insbesondere aus den Grundsätzen der Auslegung und Anwendung von Vorschriften des tarifdispositiven Gesetzesrechts. Diese erfordern, dass dem Grundsatz der Gleichwertigkeit von abweichender tariflicher Regelung und gesetzlichem Grundsatz Rechnung zu tragen ist.⁵⁷ Im Schrifttum⁵⁸ wurde diesbezüglich dennoch eine Klarstellung im AÜG gefordert.

2. Einführung eines Mindestlohns

Die Tariföffnungsklausel wird eine Modifizierung dahingehend erhalten, dass die in dem Tarifvertrag getroffenen Regelungen einen bestimmten Mindestlohn nicht unterschreiten dürfen. Die Frage der Einführung eines Mindestlohns für die Zeitarbeitsbranche war unter den politischen Parteien monatelang heftig umstritten und ursprünglich nicht im Gesetzentwurf der Bundesregierung vorgesehen.

Der Regelung liegt folgender Gedanke zugrunde: Zum 1.5.2011 entfallen nach voller Ausschöpfung der siebenjährigen Übergangsfrist („2+3+2-Modell“)⁵⁹ die Beschränkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit für Arbeitnehmer aus den zum 1.5.2004 der Europäischen Union beigetretenen Ländern Estland, Lettland, Litauen, Ungarn, Polen, Slowenien, Tschechische Republik und Slowakische Republik. In diesen Ländern ist das Lohnniveau im Allgemeinen und somit auch bei der Arbeitnehmerüberlassung bedeutend niedriger als in Deutschland. Dies hat bislang jedoch noch nicht zu Wettbewerbsverzerrungen geführt, da Arbeitnehmer, die als Leiharbeiter aus diesen Ländern nach Deutschland überlassen werden sollten, bislang nicht die nach § 284 Abs. 1 S. 1 Drittes Sozialgesetzbuch (SGB III) erforderliche Arbeitsgenehmigung der Bundesagentur für Arbeit erhalten konnten. Denn nach § 288 SGB III i.V.m. § 6 Abs. 1 Nr. 2 Arbeitsgenehmigungsverordnung (ArGV) ist die Arbeitserlaubnis zu versagen, wenn der Arbeitnehmer als Leiharbeiter tätig werden will. Wenn am 1.5.2011 die volle Freizügigkeit für die Arbeitnehmer der oben genannten Mitgliedstaaten gilt, können Arbeitnehmer aus den MOE-Staaten uneingeschränkt als Leiharbeiter an deutsche Entleiher überlassen werden.

Die ausländischen Zeitarbeitsunternehmen müssen zwar ihre nach Deutschland überlassenen Arbeitnehmer grundsätzlich nach dem equal pay/equal treatment-Grundsatz vergüten,⁶⁰ allerdings besteht auch für sie die Möglichkeit, von der gesetzlichen Regelvergütung durch Anwendung eines Tarifvertrags abzuweichen. Dazu ist ein ausländischer Tarifvertrag unter den gleichen Voraussetzungen geeignet wie ein inländischer Tarifvertrag.⁶¹ Dies bedeutet, dass ausländische Leiharbeiter nach den (noch) niedrigeren

57 Erfurter Kommentar/Wank, AÜG, § 3 Rn. 22; Deinert, NZA 2009, 1176, 1180; Thüsing/Pelzner, § 3 Rn. 2; J. Ulber, AuR 2010, 10, 14.

58 J. Ulber, AuR 2010, 10, 14; ders., AuR 2010, 412, 413; Fuchs, NZA 2009, 57, 61; Waltermann, NZA 2010, 482, 484; a.A. Lembke, DB 2011, 414, 417, der insbesondere auf Erwägungsgrund Nr. 19 der Richtlinie verweist, nach dem die Leiharbeitsrichtlinie die national gewährleistete Tarifautonomie nicht beeinträchtigen möchte; vgl. auch Schüren/Hamann/Schüren, § 9 Rn. 171 ff.

59 Vgl. Art. 24 der Beitrittsakte i.V.m. den Anhängen V-XI, ABLEG Nr. L 236 v. 23.9.2003, S. 1 ff.

60 Thüsing/Lembke, ZfA 2007, 87, 93.

61 Vgl. Böhm, NZA 2010, 1218, 1219 unter Hinweis Punkt 3.1.7.8 zu § 3 AÜG der Durchführungsanweisung

Tariflöhnen des ausländischen Mitgliedstaates vergütet werden könnten. Anderes würde gelten, wenn in Deutschland ein Mindestlohn für die Leiharbeitsbranche existieren würde, denn dann müssten auch die ausländischen Unternehmen diesen Mindestlohn an ihre Arbeitnehmer, die nach Deutschland überlassen werden, zahlen.⁶²

Der Bundesverband Zeitarbeit Personal-Dienstleistungen (BZA) und DGB-Gewerkschaften haben dementsprechend bereits in ihrem Tarifabschluss vom 9.3.2010 den Gesetzgeber aufgefordert, die Zeitarbeitsbranche in das Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG) aufzunehmen, um dann diesen Mindestlohntarifvertrag allgemeinverbindlich erklären zu können.⁶³

Nachdem die Diskussion über die Einführung eines Mindestlohns für die Zeitarbeitsbranchen lange unter dem Stichwort „Aufnahme der Zeitarbeit in das AEntG“ geführt wurde, soll nunmehr der Mindestlohn für die Zeitarbeitsbranche nicht über das Entsendegesetz eingeführt werden, sondern über das AÜG.⁶⁴ Dazu soll ein neuer § 3a in das AÜG eingefügt werden, dessen erster von insgesamt sechs Absätzen lautet:

„Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern, die zumindest auch für ihre jeweiligen in der Arbeitnehmerüberlassung tätigen Mitglieder zuständig sind (vorschlagsberechtigte Tarifvertragsparteien) und bundesweit tarifliche Mindeststundenentgelte im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung miteinander vereinbart haben, können dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales gemeinsam vorschlagen, diese als Lohnuntergrenze in einer Rechtsverordnung verbindlich festzusetzen; die Mindeststundenentgelte können nach dem jeweiligen Beschäftigungsort differenzieren. Der Vorschlag muss für Verleihzeiten und verleihfreie Zeiten einheitliche Mindeststundenentgelte sowie eine Laufzeit enthalten. Der Vorschlag ist schriftlich zu begründen.“

Zur Einführung eines Mindestlohns in der Leiharbeitsbranche, der einheitlich für Verleihzeiten und verleihfreie Zeiten gelten muss, müsste also zunächst ein Antrag auf Festsetzung eines Mindestlohns bei der Bundesregierung von den Tarifvertragsparteien gestellt werden. Nach § 3a Abs. 2 AÜG könnte das Bundesministerium für Arbeit

der Bundesagentur für Arbeit.

62 Art. 3 Abs. 1 der Entsenderichtlinie, § 2 Nr. 1 AEntG.

63 <http://www.bza.de/406.html> (25.3.2011). Der eigentliche Zweck des AEntG war in Entsprechung zur Entsenderichtlinie die Festlegung zwingender Arbeitsbedingungen für Arbeitnehmer, die von im Ausland ansässigen Arbeitgebern nach Deutschland entsandt wurden. Der später neu eingefügte § 1 Abs. 3a AEntG a.F. eröffnete allerdings nicht nur eine Alternative hinsichtlich der Erreichung der Allgemeinverbindlichkeit eines Tarifvertrags, sondern auch eine Möglichkeit, Mindestarbeitsbedingungen im Inland, insbesondere einen Mindestlohn gegen den Willen der Arbeitgeberseite durchzusetzen. Dazu musste allerdings zunächst der Anwendungsbereich des AEntG – ursprünglich auf das Baugewerbe beschränkt – auf diejenigen Branchen erweitert werden, in denen ein Mindestlohn eingeführt werden sollte. Danach mussten sich die Tarifvertragsparteien dieser Branche auf einen Mindestlohn einigen, der dann gemäß § 7 Abs. 1 AEntG a.F. für allgemeinverbindlich erklärt werden kann. Das AEntG wurde im Jahre 2009 neu gefasst.

64 Dadurch wird wohl der FDP, die sich bislang gegen die Aufnahme der Zeitarbeit in das Entsendegesetz strebte, entgegengekommen, vgl. FAZ v. 22.2.2011 („Mindestlöhne für 1,2 Millionen Arbeiter“), <http://www.faz.net>.

und Soziales sodann „in einer Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates bestimmen, dass die vorgeschlagenen tariflichen Mindeststundenentgelte als verbindliche Lohnuntergrenze auf alle in den Geltungsbereich der Verordnung fallenden Arbeitgeber sowie Leiharbeitnehmer Anwendung findet.“

Die Mindestlohnklausel soll zwar bereits am Tag nach der Verkündung dieses „Ersten Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung“ und nicht erst wie die meisten sonstigen Änderungen zum 1.12.2011 in Kraft treten.⁶⁵ Ob das Verfahren zur Einführung eines Mindestlohns jedoch durchgeführt sein wird und es tatsächlich zum 1.5.2011 einen Mindestlohn geben wird, erscheint aufgrund des engen Zeitplans zweifelhaft. Ein in einem geeigneten Tarifvertrag vereinbarter Mindestlohn liegt aber bereits vor.⁶⁶ Dieser beträgt für ungelernete Leiharbeitnehmer 7,79 Euro je Stunde im Westen und 6,89 Euro je Stunde im Osten mit weiteren Anhebungen bis Ende des Jahres 2012.

Die praktische Bedeutung dieser Mindestlohneinführung wird sich weitgehend auf die grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung nach Deutschland, die nach dem 1.5.2011 aus den oben genannten Staaten möglich sein wird, beschränken. Für die Arbeitnehmerüberlassung innerhalb Deutschlands gelten hingegen bereits jetzt nahezu ausschließlich Tarifverträge, nach denen die zukünftigen Mindestlöhne bereits bezahlt werden.⁶⁷

3. Einführung einer „Drehtürklausel“

Als Antwort auf die missbräuchlichen Vorkommnisse, die insbesondere im „Schlecker-Skandal“⁶⁸ zutage getreten waren, sollen die Vergütungsregeln des AÜG folgenden Zusatz erhalten:

„eine abweichende tarifliche Regelung gilt nicht für Leiharbeitnehmer, die in den letzten sechs Monaten vor der Überlassung an den Entleiher aus einem Arbeitsverhältnis

65 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales, BT-Drucks. 17/5238. Der ursprüngliche Gesetzentwurf sah hingegen noch ein Inkrafttreten des gesamten Gesetzes bereits zum 1.5.2011 – also rechtzeitig zur vollständigen Umsetzung der europäischen Arbeitnehmerfreizügigkeit – vor.

66 BZA und DGB-Gewerkschaften hatten als Konsequenz aus dem Schlecker-Skandal bereits am 9.3.2010 einen neuen „Tarifvertrag zur Regelung der Mindestarbeitsbedingungen in der Zeitarbeit“ abgeschlossen. Darin werden unter anderem die Entgeltgruppen in vier Schritten erhöht. Der Mindestlohn für ungelernete Arbeitskräfte (Entgeltgruppe 1) steigt nach diesem Tarifvertrag in Westdeutschland insgesamt auf 8,19 Euro und in Ostdeutschland auf 7,50 Euro, siehe § 3 des Entgelttarifvertrag Zeitarbeit v. 22.7.2003 geändert durch Änderungstarifverträge v. 30.05.2006 und v. 9.3.2010: http://www.bza.de/fileadmin/bilder/2010/Tarifvertrag_08_2010.pdf (25.3.2011).

67 FAZ v. 22.2.2011, a.a.O.

68 Die Drogeriekette Schlecker mit etwa 10.000 Filialen und mehr als 30.000 Mitarbeitern in Deutschland hatte im Jahr 2009 etwa 800 ihrer ursprünglichen Filialen geschlossen und stattdessen neue, größere sog. Schlecker XL-Märkte gegründet. Die ursprünglichen Mitarbeiter wurden entlassen und bekamen das Angebot, in den XL-Märkten über ein Zeitarbeitsunternehmen als Leiharbeitnehmer zu bedeutend schlechteren Bedingungen eines Leiharbeitsstarifvertrags wieder zu arbeiten, vgl. dazu etwa Süddeutsche Zeitung v. 2.12.2009 („Das ist eine einmalige Schweinerei“), <http://www.sueddeutsche.de>.

bei diesem oder einem Arbeitgeber, der mit dem Entleiher einen Konzern im Sinne des § 18 des Aktiengesetzes bildet, ausgeschieden sind.“

Durch diese so genannte „Drehtürklausel“ beabsichtigt der Gesetzgeber den missbräuchlichen Gebrauch der Arbeitnehmerüberlassung in denjenigen Fällen zu verhindern, in denen Stammmitarbeiter aus einem Unternehmen ausscheiden (z.B. infolge einer Kündigung) und danach als Leiharbeiter wieder in diesem Unternehmen oder in einem anderen Unternehmen des Konzerns zu schlechteren Arbeitsbedingungen eingesetzt werden. Die Drehtürklausel stellt somit eine Rückausnahme zur Tariföffnungsklausel dar und führt dazu, dass Tarifnormen dauerhaft nicht für Leiharbeiter gelten, die innerhalb der letzten sechs Monate vor der Überlassung aus einem Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher oder einem mit diesem verbundenen Konzernunternehmen ausgeschieden sind.⁶⁹ Diese Leiharbeiter sind also von Beginn an nach dem gesetzlichen Grundsatz (equal pay/equal treatment) zu vergüten.

IV. Zusammenfassung

Es hat sich gezeigt, dass die bereits in der bisher geltenden Fassung des AÜG normierte Regelvergütung nach dem Grundsatz des equal pay/equal treatment in der Praxis die Ausnahme darstellte. Sie fungierte vielmehr als Auffangregelung für unwirksame Tarifverträge und unwirksame Bezugnahmeklauseln. Aufgrund der Entscheidung des BAG vom 14.12.2010 zur Tarifunfähigkeit der CGZP wird equal pay/equal treatment nachträglich jedoch aller Voraussicht nach auch für die vergangenen Jahre noch bedeutsam, sollten die Leiharbeiter und Sozialversicherungen ihre Nachforderungsansprüche geltend machen. Insbesondere aufgrund der umzusetzenden EU-Leiharbeitsrichtlinie sowie um den Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung zu verhindern, wird das deutsche Vergütungssystem in der Arbeitnehmerüberlassung in naher Zukunft einige Veränderungen erfahren. Ein entsprechender Gesetzentwurf wurde Ende März im Bundestag angenommen. Der Spagat zwischen der Erhaltung der Arbeitnehmerüberlassung als „Jobmotor“ und einer fairen Ausgestaltung zur Herstellung des „sozialen Friedens“ ist freilich schwierig.⁷⁰ Die Oppositionsparteien SPD, Bündnis 90/Die Grünen und Die Linke forderten, die Tarifautonomie in der Arbeitnehmerüberlassung ersatzlos zu streichen; nach kurzer Einarbeitungszeit sollten Leiharbeiter zwingend, das heißt ohne tarifliche Abweichungsmöglichkeit, nach equal pay/equal treatment vergütet werden. Da dies für den Erfolg der Arbeitnehmerüberlassung als arbeitsmarktpolitisches Instrument abträglich wäre, wurde ein entsprechender Gesetzentwurf abgelehnt. Allerdings stellte die Bundesministerin für Arbeit und Soziales diesbezüglich in der entsprechenden Bundestagsdebatte ein Überdenken in Aussicht: „Für uns bleibt es aber unstrittig, dass die Tarifautonomie erst einmal Vorrang hat. Erst wenn sie ver-

⁶⁹ Lembke, DB 2011, 414, 419 stellt allerdings Eignung und Verfassungsmäßigkeit dieser Drehtürklausel in Frage.

⁷⁰ FAZ v. 24.3.2011 („Zwischen Rekorden und Regulierung“), <http://www.faz.net>.

sagt, muss der Staat eingreifen. Deshalb erwarten wir jetzt, dass die Sozialpartner ihre Freiräume nutzen und sich mit Augenmaß auf eine Annäherung an Equal Pay verständigen. Wenn die Tarifparteien innerhalb eines Jahres keine Tarifrösung finden, dann werden wir eine Kommission einsetzen, die an ihrer statt die Regeln für Equal Pay auslotet und dem Gesetzgeber einen Vorschlag unterbreiten muss.⁷¹ Die Entwicklungen in der Praxis sind somit mit Spannung abzuwarten.

* * *

Judith Maria Wallat: A kölcsönzött munkavállalók díjazása – Kitekintés a német szabályozásra

A tanulmány a kölcsönzött munkavállalók díjazásának német szabályait mutatja be. Először felvázolja a jelenlegi szabályozást, amely külön törvényben található (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, AÜG). Fő szabályként az egyenlő bánásmód elve érvényesül, amely alól azonban munkanélküli munkavállalók esetében kivételt lehet tenni és kollektív szerződésben is lehet eltérően rendelkezni. A tanulmány kitér arra is, hogy milyen díjazás jár arra az időszakra, amikor a munkavállaló nincs kikölcsönözve. Ezt követően a szerző bemutatja a 2008/104/EK irányelvnek a kölcsönzött munkavállalók díjazására vonatkozó szabályait. A tanulmány különösen értékes része a negyedik fejezete, melyben a szerző a tervezett jogszabály-módosítási lehetőségeket ismerteti, nem csupán az irányelvre, hanem a gyakran a visszaélés határát súroló – és Németországban nagy médiavisszhangot kapott – gyakorlati problémákra is tekintettel. Végül a szerző kitekint a jövőben várható fejleményekre és leszögezi, hogy igen nehéz politikailag is vállalható kompromisszumot találni a kérdés szabályozására, hiszen annak egyszerre kell szolgálnia a rugalmasabb munkaerő-piac elvárásait és a „szociális béke“ biztosítását. Izgalmas kérdés továbbá, hogy mennyire szabad ez utóbbi védelme érdekében beavatkozni a Németországban igen nagy hagyománnyal rendelkező tarifális autonómiába.

71 Rede der Bundesarbeitsministerin v. 24.3.2011 im Bundestag, [http://www.bmas.de/portal/51046/\(25.3.2011\)](http://www.bmas.de/portal/51046/(25.3.2011)).