

Der EuGH hat entschieden – und nun? Die Bedeutung der Umsetzungsentscheidungen der nationalen Gerichte

Angelika Kapeller, Kassel

Der gewerkschaftliche Rechtsschutz durch eigene Beschäftigte hat in Deutschland lange Tradition.

Seit 1894 gab es hauptamtliche Arbeitersekretariate, die Vorläufer des modernen Rechtsschutzes.

Seit 1918 können die Gewerkschaften mit dem Abschluss von Tarifverträgen Normen setzen und so die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gleichberechtigt gestalten.

Diese Aufgabe überantwortet ihnen seit 1949 das Grundgesetz, seit 1950 die EMRK. Unser strategisches Ziel leitet sich direkt daraus ab.

Kollektiv gesetzte Normen müssen in die Wirklichkeit der Arbeitsverhältnisse umgesetzt und dort verteidigt werden, ebenso wie gesetzliche Mindestnormen z.B. im Arbeitsschutz oder im Kündigungsschutz. Typischerweise sind die Rollen so verteilt, dass Arbeitgeber Ansprüche der Beschäftigten durch schlichtes Nicht-Handeln verletzen, also z.B. **nicht** zahlen oder **nicht** beschäftigen, Schutzmaßnahmen **nicht** ergreifen usw. Die betroffenen Beschäftigten müssen die Initiative ergreifen und vor Gericht ziehen, gerade im bestehenden Arbeitsverhältnis ein schwieriger Schritt. In der weit überwiegenden Anzahl der arbeitsgerichtlichen Individualverfahren sind Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen in der Klägerposition. Sie zu vertreten ist eine unserer Kernaufgaben.

Im kollektiven Arbeitsrecht geht es auf betrieblicher, aber auch auf tariflicher Ebene darum, sicherzustellen, dass Vereinbarungen gleichberechtigt abgeschlossen werden können. Betriebsverfassungsrecht und Mitbestimmungsrecht sehen hierzu gesetzliche Spielregeln vor; das Arbeitskampfrecht ist nicht kodifiziert. Es wird häufig als „Richterrecht“ bezeichnet. Der Begriff greift zu kurz; schließlich können Richter und Richterinnen nur dann Grundsätze entwickeln, wenn die Parteien ihre Positionen den Gerichten unterbreiten – wo kein Kläger, da kein Richter. Auch hier werden wir tätig.

Ein Teil unseres strategischen Ziels ist es also, mit Recht die Welt zu bewahren und vor Verschlechterung zu schützen. Der gewerkschaftliche Auftrag, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im Sinne der Beschäftigten zu gestalten und zu verbessern, ist aber natürlich ebenfalls Ziel unserer Arbeit. Das Gewerkschaftliche Centrum für Revision und Europäisches Recht spielt dabei eine besondere Rolle. Meine Kolleg:innen und ich führen im Auftrag der Einzelgewerkschaften Verfahren in der Dritten Instanz vor den obersten Fachgerichten des Bundes und vertreten ihre Mitglieder auch vor dem Gerichtshof der Europäischen Union in Luxemburg und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg. Dort sind zur Zeit 11 Verfahren wegen Beamtenstreiks anhängig. Die mündliche Verhandlung vom 1. März 2023 können Sie sich auf der Homepage des EGMR anschauen.

Ich möchte Euch und Ihnen exemplarisch zwei aktuelle Verfahren vorstellen, die wir im Bereich der Leiharbeit geführt haben, nämlich die Verfahren **Koch Personaldienstleistungen (EuGH 13.01.2022 C-514/20)** und **Time Partner (EuGH 15.12.2022 C-311/21)**.

Beide Urteile sind inzwischen vom Bundesarbeitsgericht umgesetzt worden, mit sehr unterschiedlichen Ergebnissen.

In dem Verfahren **Koch Personaldienstleistungen** wehrte sich ein Leiharbeiter dagegen, dass er für den Monat August 2017 keine Mehrarbeitszuschläge erhalten sollte. Nach dem Manteltarifvertrag für die Zeitarbeit werden Mehrarbeitszuschläge für Zeiten gezahlt, die in Monaten mit 23 Arbeitstagen über 184 geleistete Stunden hinausgehen. Er hatte in diesem Monat 121,75 Stunden gearbeitet und dann 10 Tage Erholungsurlaub genommen, die mit 84,7 Stunden abgerechnet und vergütet wurden. Nach seiner Meinung hatte er damit den Schwellenwert von 184 in dem Monat geleisteten Stunden überschritten und damit Anspruch auf die tariflichen Mehrarbeitszuschläge.

In den ersten beiden Instanzen wurde seine Klage abgewiesen. Arbeitsgericht und LAG beriefen sich auf die überkommene Rechtsprechung des BAG, dass für die Berechnung eines als Belastungsgrenze verstandenen Schwellenwertes für Mehrarbeit Urlaubstage nicht mitgezählt würden.

Im Revisionsverfahren erkannte das BAG die urlaubsrechtliche Dimension und bat den EuGH um Vorabentscheidung über die Frage, ob einer solchen Regelung Art. 31 Abs. 2 GRC in Verbindung mit Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG entgegensteht.

Anders als Time Partner verlief dieses Verfahren ganz unspektakulär, ohne größere Begleitung in der Fachpresse, ohne mündliche Verhandlung in Luxemburg, ohne Schlussanträge des Generalanwalts. Aber:

Mit Urteil vom 13.01.2022 bejahte der EuGH die Frage des BAG. Er führte aus, dass es sich bei der in Rede stehenden Regelung um eine Durchführung der Richtlinie handelt; beachtlich, wenn man bedenkt, dass es um eine tarifliche Regelung zu Mehrarbeitszuschlägen ging, in der Urlaub auf den ersten Blick gar keine Rolle spielt! Es ist daher im Licht von Art. 31 Abs. 2 der Charta auszulegen, ob Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie einer solchen Regelung entgegensteht (Rn. 27). Mit Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88 wird das in Art. 31 Abs. 2 der Charta verankerte Grundrecht auf bezahlten Jahresurlaub wiedergespiegelt und konkretisiert (Rn. 25). Jede Praxis oder Unterlassung eines Arbeitgebers, die den Arbeitnehmer davon abhalten kann, den Jahresurlaub zu nehmen, verstößt gegen das mit dem Recht auf bezahlten Jahresurlaub verfolgte Ziel (Rn. 32 mit Verweis auf C-619/16 [Kreuziger]). Ein solcher Anreiz kann auch in einem finanziellen Nachteil liegen, selbst wenn dieser mit zeitlicher Verzögerung eintritt (Rn. 34 mit Verweis auf C-539/12 [Lock]). Ein solcher finanzieller Nachteil kann durch den streitgegenständlichen Anrechnungsmechanismus entstehen. An dieser Stelle stört es den Gerichtshof übrigens nicht, dass die streitigen Zuschläge dem Bereich des Entgelts zugerechnet werden könnten...

In seiner Umsetzungsentscheidung vom 16.11.2022 - 10 AZR 210/19 - hat der 10. Senat des BAG nicht nur die Entscheidung des LAG aufgehoben und dem Kläger die streitigen Mehrarbeitszuschläge i.H.v. ca. 70 EUR zugesprochen, sondern weitere Punkte geklärt:

- Das vorliegende Gericht ist nicht an seine Ausführungen im Vorlagebeschluss gebunden, mit dem es die Entscheidungserheblichkeit der vorgelegten Frage begründet hat. Vorliegend konnte der Leiharbeitstarifvertrag nun doch im Sinne des Klägers ausgelegt werden, indem die Urlaubsstunden als „geleistete Stunden“ qualifiziert wurden (Rn. 14)

- Nicht nur der Tarifvertrag zur Leiharbeit, sondern auch das nationale Urlaubsrecht ist unionsrechtskonform auszulegen.
 § 1 Bundesurlaubsgesetz, wonach jeder Arbeitnehmer in jedem Kalenderjahr Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub hat, entspricht den Regelungen in Art. 31 Abs. 2 GRC und Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG. Die ergangene Rechtsprechung des EuGH ist daher in vollem Umfang auch für die Anwendung des nationalen Rechts heranzuziehen. Die bisherige Auslegung des Leiharbeitstarifvertrages verstößt deshalb nicht nur gegen Unionsrecht, sondern auch gegen das Bundesurlaubsgesetz. Damit hat das Bundesarbeitsgericht das Urteil des EuGH in der Sache Koch Personaldienstleistungen nicht nur für entgegenstehende tarifliche Regelungen, sondern für alle Regelungen zu Mehrarbeitszuschlägen und anderen finanziellen Anreizen, die zur einem Verzicht auf den gesetzlichen Mindesturlaub führen könnten, nutzbar gemacht und ihm so die größtmögliche Wirkung verschafft (Rn.19).
- Schließlich hat das BAG die Grundsätze, nach denen die Auslegung von Tarifverträgen vorzunehmen ist, erweitert. Tarifnormen sind, soweit sie dies zulassen, grundsätzlich so auszulegen, dass sie nicht im Widerspruch zu höherrangigem Recht stehen und damit Bestand haben. Gesetze sind wiederum – soweit Unionsrecht umgesetzt wird – unionsrechtskonform auszulegen, wenn dies möglich ist. Die richtlinienkonforme Auslegung eines nationalen Gesetzes kann sich demnach auf die Auslegung des Tarifvertrages auswirken (Rn. 13).
 Mit dieser Ergänzung der für die Auslegung von Tarifverträgen heranzuziehenden Grundsätze wird der Blick der Arbeitsgerichtsbarkeit für unionsrechtliche Fragestellungen weit geöffnet.

In Verfahren wie Koch Personaldienstleistungen zeigt sich zunächst unser Privileg, unabhängig von Streitwerten und Honorarvereinbarungen mit vollem Einsatz alle Möglichkeiten auszureizen, um die Interessen der Gewerkschaftsmitglieder zu vertreten und grundlegende Verbesserungen für alle Beschäftigten – in diesem Fall in ganz Europa – zu erreichen. Für Kläger und Klägerinnen sind die Prozesskosten in

ihrem Gewerkschaftsbeitrag enthalten, wir Juristinnen und Juristen arbeiten im Angestelltenverhältnis.

Es zeigt sich aber auch, wie wichtig es ist, dass vor dem EuGH erstrittene Urteile durch das vorlegende Gericht so umgesetzt werden, dass ihnen im nationalen Recht Geltung verschafft wird.

An einer solchen Umsetzung sind in dem zweiten Verfahren, **Time Partner**, Zweifel geboten.

Dieses Verfahren kam als Revisionsverfahren im Rahmen einer Kampagne zu uns, nachdem die tariflichen Abweichungen vom Grundsatz des equal pay und equal treatment im Bereich der Leiharbeit öffentlich in die Diskussion geraten waren. Die Leiharbeits-Richtlinie 2008/104 (den Begriff Zeitarbeit kennen weder das europäische noch das deutsche Recht) gestattet in Art.5 Abs.3 Abweichungen von den Arbeitsbedingungen des Stammpersonals im Einsatzbetrieb nur „unter Achtung des Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmern“; das AÜG verlangt dagegen nur, dass ein allgemein geltender Mindestlohn für die Leiharbeit nicht unterschritten wird, und begrenzt die zeitliche Dauer.

Die Klägerin war von Januar bis April 2017 bei dem Leiharbeitsunternehmen Time Partner befristet beschäftigt. Sie wurde in dieser Zeit einem Unternehmen des Einzelhandels als Kommissioniererin überlassen. In dem anzuwendenden Tarifvertrag für die Leiharbeit war ihre Vergütung auf 9,23 € brutto festgelegt, die sie auch erhielt. Die vergleichbaren Arbeitnehmer in dem Einsatzbetrieb erhielten einen Bruttostundenlohn von 13,64 €. Verleihfreie Zeiten gab es nicht.

Die Klägerin verlangte den Differenzbetrag in Höhe von 1296,72 €. Sie meinte, die einschlägigen Bestimmungen des AÜG und des Tarifvertrags für Leiharbeitnehmer seien nicht mit Art. 5 der Richtlinie vereinbar.

Vor dem Arbeitsgericht und dem LAG blieben Klage und Berufung ohne Erfolg. Im Revisionsverfahren musste das BAG nach Art. 267 AEUV vorlegen, da der Ausgang des Rechtsstreits von der Auslegung des Art. 5 der Richtlinie abhing; insbesondere kam es auf die Definition des Begriffs „Gesamtschutz von Leiharbeitnehmern“ an.

Umfasst er mehr als das, was nationales und Unionsrecht als Schutz für alle Arbeitnehmer zwingend vorgeben? Ist der Gesamtschutz abstrakt oder konkret zu

prüfen? Kann sich der Gesetzgeber auf die Tarifvertragsparteien verlassen, oder muss er ihnen Voraussetzungen und Kriterien für die Achtung des Gesamtschutzes vorgeben? Falls letzteres, genügen die bestehenden Regelungen? Falls nicht, sind abweichende Tarifverträge trotz der Tarifautonomie aus Art. 28 GRC im Hinblick auf die Achtung des Gesamtschutzes uneingeschränkt gerichtlich überprüfbar?

Schon aus den gestellten Fragen wurde sichtbar, dass der 5. Senat einer konkreten Einzelfallprüfung innerhalb des Tarifvertrages durch die Arbeitsgerichtsbarkeit skeptisch gegenüberstand. Wir haben das gegenüber dem EuGH schon schriftsätzlich gerügt und am 5.5.2022 in Luxemburg noch einmal vertieft.

Dem folgend führte der EuGH am 15.12.2022 aus, dass die Tarifvertragsparteien bei einer Abweichung nach Art.5 Abs.3 der RiLi – auch ohne konkrete Vorgaben des Gesetzgebers – den Gesamtschutz sicherstellen müssen. Der Mitgliedstaat kann aber die Verantwortung nicht vollends an die Sozialpartner abgeben, sondern bleibt selbst verpflichtet, den Gesamtschutz der Leiharbeiter zu achten; die Tarifverträge müssen einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle unterliegen können.

Der EuGH stellte in Rn. 49 ein Drei-Punkte-Prüfungsschema auf:

1. Welche wesentlichen Arbeitsbedingungen würden gelten, wenn der Leiharbeiter für den gleichen Arbeitsplatz direkt eingestellt worden wäre?
2. Vergleich mit den Bedingungen des Leiharbeits-TV
3. Ermöglichen die gewährten Ausgleichsvorteile eine Neutralisierung der Ungleichbehandlung?

Wir haben die Kernpunkte des Urteils so zusammengefasst:

Aus dem Prüfungsschema ergibt sich die Notwendigkeit, jeden einzelnen Einsatz anhand der genannten Faktoren zu bewerten. Die Ausgleichsvorteile sind in dem abweichenden TV vorzusehen. Die in Art.5 Abs.2 vorgesehene Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz hinsichtlich des Entgelts bei Fortzahlung des Entgelts in verleihtfreien Zeiten steht nur den Mitgliedstaaten selbst und nur im Hinblick auf unbefristete Arbeitsverhältnisse zur Verfügung; Deutschland hat davon keinen Gebrauch gemacht. Sie spielen daher für die Auslegung des AÜG keine Rolle.

§ 8 Abs. 2 AÜG ist unionsrechtskonform so auszulegen, dass nur ein „gesamtschützender“ TV von abweichenden Arbeitsbedingungen für Leiharbeiter formulieren darf und kann. Bei der Auslegung der Tarifverträge ist dies zu berücksichtigen.

Hier konkret: Die Bedingungen der Klägerin aus dem Tarifvertrag weichen zu ihren Ungunsten von denen vergleichbarer AN im Einsatzbetrieb ab; kompensatorische Regelungen enthält der TV nicht.

Was ist die Rechtsfolge? Das Gericht hat den TV zu kontrollieren; es kann nicht selbst Ausgleichsmaßnahmen bestimmen; TV ist insoweit unwirksam, es gilt § 8 Abs.1 AÜG und Art.5 Abs.1 der RiLi.

Es wird deutlich, dass eine solche Prüfung im Einzelfall zu einer relativen Unwirksamkeit der Abweichung nach unten im TV führen kann. Zweifel daran, ob ein für alle Branchen geltender TV das Entgelt für die Leiharbeiter in absoluten Zahlen festlegen kann, erscheinen berechtigt. Entsprechend groß war das Interesse nicht nur der Fachöffentlichkeit.

Der Fünfte Senat des BAG kam am 31.05.2023 - 5 AZR 143/19 - allerdings zu unerwarteten Ergebnissen:

Bei dem 3. Prüfungsschritt bezieht er in den Gesamtschutz zwingende gesetzliche Ausgleichsregelungen mit ein, auf die die Tarifvertragsparteien aufbauen können. Gemeint ist § 11 Abs.4 S.2 AÜG, der die ungekürzte Weiterzahlung des tariflichen Entgelts auch in verleihfreien Zeiten sicherstellt. Da diese Vorschrift anders als § 615 BGB nicht abdingbar ist, sieht der Senat jegliche Schlechterstellung bei den wesentlichen Arbeitsbedingungen dadurch hinreichend ausgeglichen. Eine Gleichstellung – bzw. einen in summa dazu führenden Ausgleich – verlange der EuGH nicht.

Wenn das so ist, bedürfte es einer konkreten Prüfung der Bedingungen beim Entleiher und durch den TV der Sache nach nicht mehr.

Angesichts dieser Entscheidung stellt sich die Frage, ob die Umsetzung des EuGH-Urteils in diesem Verfahren noch überprüft werden kann. Um offen abweichen zu können, hätte der Senat erneut vorlegen müssen – er argumentiert aber stets mit den Gründen des EuGH „in ihrer Gesamtheit“. Es bleibt daher wohl nur eine weitere Vorlage durch ein anderes Gericht, die fragt, ob die Richtlinie mit dieser Rechtspraxis vereinbar sei – oder eine Vorlage von unseren europäischen Mitstreitern.

Eine Vorlage aus Deutschland könnte folgenden Inhalt haben:

Ist Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2008/104/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit (Leiharbeitsrichtlinie) derart auszulegen, dass ihm eine nationale Rechtsprechung entgegensteht, wenn diese den Inhalt hat,

- bei einem gemessen an der Vergütung vergleichbarer Stammarbeitnehmer niedrigeren tariflichen Arbeitsentgelt der Leiharbeitnehmer müsse der Tarifvertrag diesen Nachteilsausgleich nicht selbst gewährleisten, vielmehr könnte sich dieser Ausgleich auch aus gesetzlichen Vorgaben ergeben;
- dass die auf die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen bezogenen Ausgleichsvorteile nicht in Summa wieder zur Gleichbehandlung führen müssen;
- dass ein relevanter Ausgleichsvorteil auch darin bestehen kann, dass Leiharbeitnehmer das tarifliche Entgelt auch in verliehfreien Zeiten erhalten, wodurch sie insofern mit den Stammarbeitern im konkreten entleihenden Unternehmen lediglich gleich gestellt werden, für die der Arbeitgeber ebenfalls das Unternehmerrisiko trägt und Vergütung auch in umsatzschwachen Zeiten leistet;
- dass relevante weitere Ausgleichsvorteile auch durch Lohn-Untergrenzen in einer Mindestlohnverordnung in der Leiharbeit sowie die grundsätzliche Begrenzung deutlicher Abweichungen vom Gleichbehandlungsgrundsatz auf die ersten 9 Monate geschaffen werden könnten, obwohl diese Regelungen allenfalls eine Begrenzung möglicher Nachteil in der Vergütung bewirken können;
- für die konkrete Bemessung der Ausgleichsvorteile sei es unerheblich, ob Leiharbeiter in einem befristeten oder unbefristeten Beschäftigungsverhältnis zum Leiharbeitsunternehmen stehen;
- die Abweichungen unter Art. 5 Abs. 2-4 der Richtlinie 2002/104/EG seien gleichwertig, obwohl Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie unter der Voraussetzung eines unbefristeten Vertrags der Leiharbeitnehmer mit dem Leiharbeitsunternehmen als Rechtsfolge die Abweichung von Gleichbehandlungsgrundsatz vorsieht, während Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie als Rechtsfolge tarifliche Abweichungen nicht vom Gleichbehandlungsgrundsatz, sondern von den wesentlichen Arbeit- und Beschäftigungsbedingungen unter Achtung des Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmern erlaubt.