

Udo Mayer

## **Gesetzliche Mindestlöhne für die Leiharbeitsbranche - zur Zulässigkeit eines tariflichen Lohngitters**

Abschlussbericht

---

### **Auf einen Blick...**

- Die Entsende-Richtlinie und das AEntG lassen es zu, dass statt eines Mindestlohnes in Gestalt eines einzigen Mindestlohnsatzes auch ein Lohngitter mit tätigkeitsbezogenen Lohnunterschieden im Rahmen eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrags festgelegt wird.
- Die Leiharbeitsrichtlinie verlangt eine Gleichbehandlung zwischen Leiharbeitskräften und Stammarbeitskräften der Entleihunternehmen insbesondere bei der Entlohnung. Davon kann nur durch spezifische Tarifverträge für die Leiharbeitsbranche abgewichen werden. Als Grenze für Abweichungen legt die Richtlinie die Wahrung eines Gesamtschutzes der Leiharbeitskräfte fest.
- Es ist mit Ziel und Zweck der Wahrung eines Gesamtschutzes nicht vereinbar, wenn entsandte Leiharbeitskräfte durch Festlegung eines einzigen Mindestlohnsatzes in Entleihunternehmen auch bei hoch qualifizierten Tätigkeiten nur diesen Basis-Mindestlohn bezahlt bekommen. Dies kann nur verhindert werden, wenn ein tätigkeitsbezogenes Lohngitter eingeführt wird, das unterschiedliche, qualifikationsbezogene Anforderungen bei der Vergütung widerspiegelt.



Universität Hamburg

Prof. Dr. Udo Mayer

**Gesetzliche Mindestlöhne für die Leiharbeitsbranche – zur  
Zulässigkeit eines tariflichen Lohngitters**

**Rechtsgutachten für die Hans-Böckler-Stiftung  
November 2010**

## 1. Problemstellung

### 1.1. Notwendigkeit eines Mindestlohngitters in der Leiharbeitsbranche?

Im Jahr 2008 hat die damalige Große Koalition entschieden, statt eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns für alle Arbeitnehmer nur branchenbezogene Mindestlöhne zuzulassen und über das AEntG allgemein verbindlich zu machen. Im gleichen Jahr wurde von der DGB-Tarifgemeinschaft sowie den Arbeitgeberverbänden BZA und iGZ aus der Verleihbranche beantragt, den von ihnen abgeschlossenen Tarifvertrag auf diesem Weg verbindlich zu machen, ohne Erfolg.<sup>1</sup> Dies hätte dem konkurrierenden TV zwischen der christlichen Gewerkschaft CGZP und dem Arbeitgeberverband AMP, bestehend aus kleineren und mittleren Verleihbetrieben, den Boden entzogen.<sup>2</sup>

Ferner gibt es in zunehmender Zahl Haus-Tarifverträge, die auf Seiten der Gewerkschaften fast immer von der CGZP koordiniert werden und die z.T. deutlich unter dem Niveau der Branchen-Tarifverträge liegen. Die Tariffähigkeit der CGZP ist allerdings in Frage gestellt worden.<sup>3</sup> Es bleibt abzuwarten, ob sie künftig als Tarifpartei ausfällt.

Inzwischen liegt ein neuer Vorstoß von DGB, BZA und iGZ vor in Gestalt eines „Tarifvertrags zur Regelung von Mindestarbeitsbedingungen in der Zeitarbeit“ mit einem Mindestlohn von 7.60 €. Im politischen Raum wird verstärkt über einen Mindestlohn in der Leiharbeitsbranche diskutiert.<sup>4</sup> In einem Diskussionsentwurf des BMA zu Änderungen des AÜG, entstanden als Reaktion auf Praktiken bei der Drogeriekette Schlecker im großen Stil Angestellte zu entlassen und über ein eigenes Leiharbeitsunternehmen wieder einzustellen, sollte der VO-Geber in § 3a AÜG zur Festsetzung von Mindestlöhnen ermächtigt werden.<sup>5</sup> Diese Ermächtigung

---

<sup>1</sup> Lembke, BB 2010, 1533

<sup>2</sup> Vgl dazu die Gutachten von Hanau zur Einbeziehung der Tarifverträge der Zeitarbeit in das System des AEntG sowie von Thüsing/Lembke, Zeitarbeit im Spannungsverhältnis von Dienstleistungsfreiheit und Tarifautonomie, 2007

<sup>3</sup> LAG Berlin-Brandenburg 7.12.2009 -23 TaBV 1016/09; vgl. auch Brors, Zur Entscheidung über die Tarif(un)fähigkeit der CGZP, AuR 2010, 406

<sup>4</sup> Vgl. Bericht in AuR 2010, S. 427

<sup>5</sup> Düwell/ Dahl, DB 2010, 1759, 1762

findet sich allerdings im Kabinettsentwurf vom 2.9.2010 nicht mehr.<sup>6</sup> Es ist deshalb denkbar, dass die Leiharbeitsbranche in den Branchenkatalog nach § 4 AEntG eingereiht wird, nachdem ein Verfahren auf Allgemeinverbindlichkeitserklärung abgewickelt worden ist.

Dem folgenden Gutachten liegt die Fragestellung zugrunde, inwieweit die Festlegung eines Mindestlohns in Gestalt einer einzigen Mindestlohnstufe den Besonderheiten der Leiharbeitsbranche gerecht wird. Diese Frage ist besonders drängend angesichts der ab 1.5.2011 eintretenden vollen Freizügigkeit für osteuropäische Leiharbeitnehmer auch nach Deutschland einerseits und den besonderen Anforderungen der EU-Leiharbeits-Richtlinie 2008/104 andererseits. Die Leiharbeitsrichtlinie beinhaltet zwar den Grundsatz der Lohngleichheit zwischen Leiharbeitnehmern und den Stammkräften des Entleihbetriebs. Davon darf jedoch durch Tarifverträge abgewichen werden. Dies entspricht dem deutschen Modell mit einer entscheidenden Ausnahme: anders als nach dem deutschen Modell werden in der Richtlinie den spezifischen Tarifverträgen für die Leiharbeitsbranche Grenzen gesteckt: die Erlaubnis zu tariflichen Sonderregelungen gilt nur für unbefristete Leiharbeitsverträge und sie müssen ansonsten ein angemessenes Schutzniveau bieten (Erwägungsgrund 17), ein Ziel, auf das der bundesdeutsche Gesetzgeber verpflichtet wird.<sup>7</sup>

Vor diesem Hintergrund stellt sich konkret die Frage, ob zur Sicherung eines angemessenen Schutzes der Leiharbeitskräfte eine einzige Mindestlohnstufe ausreicht oder ob nicht stattdessen gestaffelte, tätigkeitsbezogene Mindestlöhne in Form eines Lohngitters erforderlich sind. Dazu wird zunächst untersucht, welches System der Mindestlohnregelung der Entsende-Richtlinie zugrunde liegt (unter 2.)

## **1.2. Diskussionsstand**

Es ist in der deutschen Diskussion um Mindestlöhne umstritten, ob das Verfahren nach dem AEntG die Festlegung eines Lohngitters als Mindestlohnregelung zulässt<sup>8</sup>,

---

<sup>6</sup> Dazu Ulber, AuR 2010, 412

<sup>7</sup> Zur Bedeutung vgl. Blanke DB 2010, 1528

<sup>8</sup> Dafür Thüsing/Bayreuther Kommentar AEntG § 8 Rn 4; Bayreuther NZA 2008, 626; ErK/Schlachter AEntG § 5 Rn. 2; Däubler/Lakies, TVG-Kommentar, § 5 Anh. 1 Rn 10e und Anh. 2 Rn. 52; Fuchs/

obwohl nach der Novellierung des AEntG in § 5 Nr. 1 eindeutig von diversifizierten Mindestlohnsätzen die Rede ist (dazu im einzelnen unter 3.1. und 3.2.).

Ferner liegen zu Mindestlohnsätzen im Kontext der Entsende-Richtlinie Entscheidungen des EuGH vor, die zwar zu erheblichen Irritationen geführt haben. Bei genauerer Betrachtung schränken sie jedoch die Möglichkeit eines Lohngitters als Bestandteil von Mindestlohnsätzen nicht aus (dazu im einzelnen unter 3.3.).

Die bisher im AEntG aufgenommenen Branchen unterliegen darüber hinaus keinen besonderen gesetzlichen Anforderungen, geschweige denn europarechtlichen Vorgaben. Dies ist für die Leiharbeitsbranche anders. Hier enthält die Leiharbeits-Richtlinie 2008/104 bestimmte gemeinschaftsrechtliche Vorgaben, die nicht nur zu einer Novellierung des AÜG führen müssen.<sup>9</sup> Die Vorgaben der Richtlinie spielen vielmehr auch bei der Frage eine Rolle, welches Niveau Mindestlohnsätze in der Leiharbeitsbranche haben müssen (dazu unter 4.1.).

Die Leiharbeits-Richtlinie ist der letzte Rechtsakt der EU im Rahmen ihres Flexicurity Programms, mit dem sie für atypische Beschäftigungsverhältnisse spezifische Beschäftigungsrisiken abfedern will.<sup>10</sup> Bereits die Richtlinien für Teilzeitarbeit<sup>11</sup> und befristete Arbeitsverträge<sup>12</sup> verfolgten den Grundsatz der Gleichbehandlung gegenüber Vollzeitkräften bzw. unbefristet Beschäftigten.

Die Leiharbeits-Richtlinie legt als Vergleichsgruppe die Stammkräfte des entleihenden Unternehmens fest, denen gegenüber die Leiharbeitskräfte gleich behandelt werden sollen.

Zwar erlaubt die Richtlinie, dass die Arbeitsbedingungen für Leiharbeitskräfte in gesonderten Tarifverträgen festgelegt werden, die andere Standards enthalten dürfen als diejenigen, die für die Stammkräfte der Entleihunternehmen gelten. Diese Tarifverträge für Leiharbeitnehmer müssen sich aber von dem Ziel leiten lassen, ein Gesamtschutzniveau zu wahren, das sich am Schutzniveau der Vergleichsgruppe (Stammkräfte des entleihenden Unternehmens) orientiert (im Einzelnen unter 4.2.).

---

Manske, Gin Dieterich u.a. Gedächtnisschrift Zachert, 2010, S. 249259; dagegen Kämmer/Thüsing, ZIP 2002, 596; Konzen NZA 2002, 781; Deckers, NZA 2008, 321

<sup>9</sup> Vgl. Kabinettsentwurf v. 2.9.2010 zur Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung; dazu Ulber Heft 10/AuR

<sup>10</sup> Vgl. nur Zachert, Flexicurity – im Arbeitsrecht – eine schwierige Balance, WSI-Mitteilungen 2000, 283

<sup>11</sup> RL 97/81/EG v. 15.12.1997 ABl. EG L 14 v. 20.1.1998 S. 9

<sup>12</sup> RL 1999/70/EG v. 28.6.1999 ABl. EG L 175 v. 10.7.1999

Daraus können sich bestimmte Anforderungen an das Tarifniveau für Leiharbeitskräfte ergeben. Es kann aber auch Konsequenzen für die Festlegung von Mindestlohnsätzen für die Leiharbeitsbranche im Verfahren nach dem AEntG haben (dazu unter 5.)

## **2. Mindestlohnregelungen nach der Entsende-Richtlinie**

### **2.1. Hintergrund**

Die Entsende-Richtlinie 96/71 wurde in den 90er Jahren von einer Mehrheit des Rats und des Europäischen Parlaments erlassen. Sie enthält als Kernsatz die Möglichkeit, das inländische Lohngefüge auch für Arbeitskräfte verbindlich zu machen, die von einem ausländischen Unternehmen im Inland zum Einsatz gebracht werden.

In den 90er Jahren fanden solche grenzübergreifenden Dienstleistungsaktivitäten vor allen Dingen in der Bauwirtschaft statt. Im Zuge der Dienstleistungsfreiheit kamen in verstärktem Maße Baufirmen aus den südeuropäischen Ländern in die nordeuropäischen Hochlohnländer statt. Die inländischen Unternehmen Nordeuropas erlitten Wettbewerbsnachteile; die inländischen Arbeitnehmer der Bauwirtschaft waren überproportional von Arbeitslosigkeit betroffen<sup>13</sup> und die ausländischen Arbeitnehmer erhielten für gleiche Arbeit ungünstigere Bedingungen als einheimische Arbeitnehmer. Die südeuropäischen Baufirmen nutzten insbesondere ihren Wettbewerbsvorteil aus, den sie durch deutlich niedrigere Löhne hatten, die in ihren Ländern zu zahlen waren. Dadurch konnten sie Angebote auf einem erheblich niedrigeren Preisniveau abgeben und erhielten häufig den Zuschlag.

Diesem „Lohndumping“ will die Entsende-Richtlinie einen Riegel vorschieben:

Unternehmen eines EU-Landes, die ihre Arbeitskräfte im Zuge der Dienstleistungsfreiheit in einem anderen EU-Land zum Einsatz bringen, müssen die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen des Einsatzlandes befolgen (Art. 3 Abs. 1 Entsende-RL), wenn diese Bedingungen in einem für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag festgelegt worden sind. Die Richtlinie legt damit das Arbeitsortsprinzip fest, das einheitliche (Kern-)Bedingungen für alle Arbeitsverhältnisse am selben Arbeitsort garantiert, sofern ein bestimmtes Verfahren eingehalten worden ist (insbesondere das Verfahren der Allgemeinverbindlichkeitserklärung nach § 5 TVG).

---

<sup>13</sup> Vgl. Gesetzesbegründung in BTDRs. 13/2418,6

Die Richtlinie listet auf, welche Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen in einem solchen Verfahren allgemeinverbindlich gemacht werden können: neben Höchstarbeitszeiten und Urlaub können insbesondere „Mindestlohnsätze einschließlich der Überstundensätze“ geregelt werden (Art. 3 Abs. 1 lit.c Entsende-RL).

## **2.2. Rechtfertigungsgrund für Mindestlohnsätze als Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit**

Allerdings lässt sich eine Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit nicht mit dem protektionistischen Ziel eines Schutzes inländischer Unternehmen rechtfertigen. Die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) als fundamentaler Grundsatz des Gemeinschaftsrechts darf nur durch Regelungen beschränkt werden, die durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind.<sup>14</sup>

Zu solchen zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gehört der Schutz der Arbeitnehmer<sup>15</sup>, aber nicht der Schutz vor Wettbewerb durch ausländische Unternehmen. Es ist deshalb stets zu prüfen, ob die entsandten Arbeitnehmer durch die anzuwendenden Tarifregelungen einen tatsächlichen Vorteil erlangen<sup>16</sup> - was bei höheren Löhnen als in ihrem Heimatstaat zweifellos der Fall ist. Das Ziel der Sicherung des Arbeitnehmerschutzes kann allerdings auch mit dem Ziel eines fairen Wettbewerbs einhergehen, wie aus dem 5. Erwägungsgrund der Richtlinie deutlich wird<sup>17</sup>: Voraussetzung für die Förderung eines länderübergreifenden Dienstleistungsverkehrs sind ein fairer Wettbewerb sowie die Sicherung des Arbeitnehmerschutzes.

## **3. Die Festsetzung von Mindestlohnsätzen nach dem AEntG**

### **3.1. Verfahren**

Das 2009 novellierte AEntG setzt die Eckpunkte der Richtlinie materiell insbesondere in den §§ 3, 5 und formell in § 7 um. In § 5 werden die Arbeitsbedingungen genannt,

---

<sup>14</sup> Schlachter/Ohler, Europäische Dienstleistungs-Richtlinie, Handkommentar 2008, vor §19 Rn. 30

<sup>15</sup> EuGH 23.11.1999 C-369/96 Arblade u.a.; EuGH 15.3.2001 C-165/98 Mazzoleni

<sup>16</sup> EuGH 25.10.2001 C-49/98 Finalarte

<sup>17</sup> EuGH 25.10.2001 C-49/98 Finalarte

die in einem speziellen Verfahren (§ 7) durch Tarifverträge festgelegt werden können und dann für die Branche gelten, die in § 4 aufgenommen werden.

In diesen Branchenkatalog könnte auch die Leiharbeitsbranche aufgenommen werden, wenn ein entsprechender politischer Gestaltungswille vorhanden ist.<sup>18</sup> Wie eingangs ausgeführt ist streitig, ob der zugrunde zu legende Tarifvertrag nur einen Mindestlohnsatz enthalten darf oder aber ein Lohngitter aufnehmen könnte, das nach Tätigkeiten und Qualifikationsstufen differenziert. Der gegenwärtige Branchen-Tarifvertrag zur Leiharbeit zwischen BZA, iGZ und DGB enthält neun Entgeltgruppen und Stundensätze von 7,60 € bis 17,11 € im Westen bzw. 7,65 € bis 14,88 € im Osten.

Dieses Tarifgitter spiegelt sich in dem vorgesehenen Mindestlohn-TV für die Leiharbeitsbranche jedoch nicht wieder, der lediglich einen einheitlichen untersten Mindestlohn von 7.60 € festlegen will. Es ist fraglich, ob das den Anforderungen der Leiharbeits-Richtlinie gerecht wird.

Die Leiharbeits-Richtlinie hat das zentrale Anliegen, die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für Leiharbeitnehmer an diejenigen anzupassen, die für diese Arbeitnehmer gelten würden, wenn sie von dem entleihenden Unternehmen für den gleichen Arbeitsplatz eingestellt würden (Erwägungsgrund 14).

Dabei können die Tarifparteien für die Leiharbeitsbranche gesonderte Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen festlegen, sofern das Gesamtschutzniveau für die Leiharbeitnehmer gewahrt bleibt (Erwägungsgrund 16). Das soll auch eine Abweichung vom Grundsatz der Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern mit den Stammkräften des Entleihunternehmens in beschränktem Maße zulassen, sofern ein angemessenes Schutzniveau gewährleistet ist (Erwägungsgrund 17). Der Grundsatz der Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern mit den Stammkräften des entleihenden Unternehmens wird in Art. 5 Abs. 1 Leiharbeit-RL festgelegt, die Möglichkeit einer Abweichung durch Tarifverträge in Art. 5 Abs. 2 und 3 Leiharbeit-RL eingeräumt.

---

<sup>18</sup> Zur gegenwärtigen Kontroverse zwischen CDU/ CSU und FDP vgl. AuR 2010, S. 463



### 3.2. Mindestlohnsätze nach dem AEntG - Umfang

Tarifverträge, die nach dem Verfahren des AEntG auch für entsendende Unternehmen mit Sitz im Ausland verbindlich gemacht werden sollen, können „Mindestentgeltsätze“ festlegen, „die nach Art der Tätigkeit, Qualifikation der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen und Regionen differieren können, einschließlich der Überstundensätze“ (Art. 5). Die nach früherer Rechtslage vorgeschriebene Beschränkung der zwingenden Wirkung lediglich auf die Entgeltvereinbarung für die unterste Lohngruppe ist mittlerweile weggefallen.<sup>19</sup> Die Verwendung des Plurals („Mindestentgeltsätze“) und ihre Verknüpfung mit verschiedenen Qualifikationsstufen bei den Tätigkeiten eröffnen die Möglichkeit, dass nicht nur ein einziger Mindestlohnsatz als Lohnuntergrenze festgeschrieben wird.

Allerdings soll lt. Gesetzesbegründung die Erstreckung eines gesamten Lohngitters nicht möglich sein<sup>20</sup>. Dies kommt jedoch im Gesetzeswortlaut nicht zum Ausdruck. Vielmehr übernimmt der Gesetzeswortlaut des § 5 Nr. 1 AEntG mit der Pluralfassung die Formulierung von § 3 Abs. 1 lit.c der Entsende-Richtlinie, wo von „Mindestlohnsätzen einschließlich der Überstundensätze“ (ebenfalls Pluralfassung) die Rede ist. Die Entsende-Richtlinie verlangt gerade keinen einheitlich für alle Gruppen vorgeschriebenen Mindestlohn auf Basis einer einzigen Entgeltstufe.

Auch der ausdrückliche Hinweis in § 5 AEntG, dass die tariflichen Regelungen nach Art der Tätigkeit und Qualifikationen differieren können, spricht dafür, dass die Festlegung eines tariflichen Mindestlohns nicht auf eine Lohngruppe beschränkt werden muss. Der Wortlaut der Vorschrift legt vielmehr im Gegenteil geradezu nahe diversifizierte Lohngruppen zu bilden, die sich an der Art und Qualität der Tätigkeit ausrichten.

Die bisher verabschiedete und in § 4 AEntG aufgelisteten Mindestlohntarifverträge sehen allerdings in der Regel überwiegend nur zwei Lohngruppen vor mit z.T. nicht unerheblichen Lohnspannen (Stand Sept. 2008)<sup>21</sup>:

- Abbruchgewerbe 9,10 - 11,96 €
- Bau 9,-- - 12,95 €
- Briefdienstleister 8,-- - 9,80 €
- Dachdecker 10,-- - 10,40 €

<sup>19</sup> Ausführlich zur Entstehungsgeschichte ErfK/ Schlachter, § 5 AEntG Rn. 2

<sup>20</sup> BT-Drs. 16/10486, S. 14

<sup>21</sup> Bayreuther, Kommentar AEntG § 8 Rn. 3

- Elektrohandwerk 7,70 – 9,60 €
- Maler und Lackierer 7,15 – 11,05 €
- Gebäudereiniger 6,36 – 10,80 €; für das Gebäudereinigerhandwerk waren zeitweilig sieben Lohnstufen des Lohntarifvertrags verbindlich; der aktuelle Mindestlohn-Tarifvertrag beschränkt sich auf zwei<sup>22</sup>.

### 3.3. Rechtsprechung des EuGH zu Mindestlohnsätzen nach der Entsende-RL

Unter europarechtlichen Gesichtspunkten ist generell die Festlegung eines Mindestlohns mit diversifizierten Lohngruppen zulässig, wie sich aus der bisherigen Rechtsprechung des EuGH zu Konfliktfällen mit der Entsende-Richtlinie entnehmen lässt.

Für eine Mindestlohnregelung in der Leiharbeitsbranche ergibt sich aus der Zielsetzung der Leiharbeitsrichtlinie sogar eine Verpflichtung zu diversifizierten Lohngruppen in Tarifverträgen, da anders das Ziel der Wahrung des Gesamtschutzniveaus für Leiharbeitnehmer und seine Ausrichtung am Grundsatz der Gleichbehandlung mit den Stammarbeitskräften im Entleihunternehmen nicht gewährt werden kann (Erwägungsgrund 16).

Der EuGH hat sich verschiedentlich mit der Ausgestaltung von Mindestlohnsätzen auseinandersetzen müssen. Dabei stand zunächst die Mindesturlaubsregelung des BRTV für die Baubranche und das dort geregelte Urlaubsklassenverfahren im Mittelpunkt. Der Mindesturlaub des BRTV übertrifft den gesetzlichen Urlaubsanspruch nach § 3 BUrlG deutlich. Der EuGH hat im *Finalarte*-Urteil diese Regelung als gerechtfertigt angesehen, da sie den entsandten Arbeitnehmern einen „zusätzlichen Vorteil“ gewährt<sup>23</sup>. Der EuGH hat mit dem Kriterium des „zusätzlichen Vorteils“ eine Befugnis der Mitgliedsstaaten anerkannt, Arbeitsbedingungen auch dann für zwingend zu erklären, wenn sie über Mindestvorgaben in einem engeren Wortsinne hinausgehen<sup>24</sup>.

Wenn der EuGH von Mindestlohn spricht, dann versieht er ihn nicht mit einer bestimmten Bedeutung. In der *Rüffert*-Entscheidung wird zwar ausgeführt<sup>25</sup>: Wenn der Aufnahmestaat die Erbringung einer Dienstleistung davon abhängig macht, dass

<sup>22</sup> Maier, NZA 2008 1170

<sup>23</sup> EuGH 25.10.2001 C-49/98 *Finalarte*; ähnlich EuGH 18.7.2007 C-490/04 *Kommission/Deutschland*

<sup>24</sup> Bayreuther, Kommentar AEntG § 8 Rn. 5

<sup>25</sup> EuGH 3.4.2008 C-246/06 *Rüffert*

die inländischen Arbeitsbedingungen eingehalten werden, die über ein Mindestmaß an Schutz hinausgehen, dann würde der Richtlinie ihre praktische Wirksamkeit genommen.

Der Widerspruch zu den Ausführungen im *Finalarte*-Urteil ist offenkundig und muss im Kontext der sonstigen Ausführungen der *Rüffert*-Entscheidung relativiert werden. Dem EuGH ging es in der *Rüffert*-Entscheidung darum, dass die formalen Voraussetzungen einer Erstreckung von Tarifrecht eingehalten werden. Das gleiche Argument wurde auch in der *Laval*-Entscheidung verwandt.<sup>26</sup> Hier wurde Schweden dafür abgemahnt, dass es kein System implementiert hat, die Mindeststandards der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen allgemein verbindlich zu machen. Die Beschäftigten von Laval waren estnische Bauarbeiter, die einem estnischen Tarifvertrag unterlagen. Die schwedischen Gewerkschaften verlangten von Laval aber den Beitritt zu einem schwedischen Tarifvertrag. Nach Auffassung des EuGH kann das aber ohne ein System der Allgemeinverbindlichkeit von heimischen Tarifverträgen – wie in der Entsende-RL vorgeschrieben – von einem ausländischen Dienstleistungsunternehmen nicht verlangt werden.

Die Entsende-RL bedeutet eine Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit. Von dieser Einschränkungsmöglichkeit dürfen die Mitgliedstaaten aber nur Gebrauch machen, wenn sie die Verfahrensgrundsätze der Richtlinie auch einhalten.

Die Bedeutung dieses verfahrensrechtlichen Aspektes wird besonders anschaulich in der Entscheidung *Kommission gegen Luxemburg*.<sup>27</sup> Hier ging es um eine gesetzliche Regelung in Luxemburg, wonach auch bei entsandten Arbeitnehmern die Entlohnung automatisch an die Entwicklung der Lebenshaltungskosten angepasst werden muss. Diese Indexierung betraf *sämtliche* Löhne einschließlich derjenigen, die nicht in die Kategorie der Mindestlöhne fallen.

Genau das wird aber vom EuGH moniert, da es über den Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 c Entsende-Richtlinie hinausgeht („Mindestlohnsätze“). Die Berufung Luxemburgs auf die Sonderklausel in Art. 3 Abs. 10 Entsende-Richtlinie, wonach die Mitgliedsstaaten aus Gründen der öffentlichen Ordnung auch andere als die in Art. 3 Abs. 1 aufgeführten Aspekte vorschreiben können, lehnt der EuGH ab.

---

<sup>26</sup> EuGH 18.12.2007 C-341/05, Laval

<sup>27</sup> EuGH 19.6.2008 C-319/06, Kommission/Luxemburg

Der Begriff der „öffentlichen Ordnung“ müsse gemeinschaftsrechtlich ausgelegt werden und dürfe nicht von den Mitgliedsstaaten nach Belieben interpretiert werden. Er müsse eng verstanden werden; eine Berufung auf die „öffentliche Ordnung“ sei nur möglich, wenn eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliege, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berühre. Nach Auffassung des EuGH hatte Luxemburg jedoch keine Tatsachen vorgebracht, dass die Indexierung aller Löhne ein erforderliches Mittel zur Abwehr schwerer Gefährdungen von gesellschaftlichen Grundinteressen darstellen.

Kurz: Eine Indexierung nur der Mindestlohnsätze wäre durch Art. 3 Abs. 1 c Entsende-Richtlinie gedeckt gewesen. Eine Indexierung sämtlicher Löhne fällt hingegen nicht unter Art. 3 Abs. 1 c Entsende-RL und muss über den Umweg der Ausnahmeklausel in Art. 3 Abs. 10 Entsende-RL gerechtfertigt werden („öffentliche Ordnung“). Diese Ausnahmeklausel wird vom EuGH jedoch sehr eng ausgelegt<sup>28</sup>.

#### **4. Bedeutung der Leiharbeits-Richtlinie 2008/104 für die Ausgestaltung von Mindestlöhnen in der Leiharbeitsbranche**

##### **4.1. Kein gesondertes Mindestlohnsetzungsverfahren für die Leiharbeitsbranche**

Die Entsende-Richtlinie enthält in Art. 3 Abs. 1 d) eine Sonderregelung für die Überlassung von Arbeitskräften. Ein Mitgliedsstaat kann danach gegenüber Unternehmen, die Arbeitnehmer in sein Hoheitsgebiet entsenden (Aufnahme-Mitgliedsstaat) die Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften insbesondere durch Leiharbeitsunternehmen festlegen. Nach der Systematik des Art. 3 Abs. 1 Entsende-RL handelt es sich dabei um spezifische Besonderheiten des Überlassungsvorgangs bei Leiharbeitsverhältnissen, wobei die konkrete Ausgestaltung wiederum am fundamentalen Grundsatz der Dienstleistungsfreiheit zu messen ist.<sup>29</sup>

Aus Art. 3 Abs. 1 d) Entsende-RL lassen sich aber keine Kompetenzen für Entlohnungsgrundsätze in der Leiharbeitsbranche ableiten. Insoweit wäre Art. 3 Abs.

---

<sup>28</sup> Dies entspricht einer grundsätzlichen Haltung gegenüber Ausnahme-Klauseln auch bei anderen Grundfreiheiten, vgl. z.B. EuGH 3.7.1986 C-66/85 Lawrie-Blum

<sup>29</sup> Vgl. EuGH 18.7.2007 C-490/04 Kommission/Deutschland, NZA 2007, 917

1 c) Entsende-RL die speziellere Regelung, was Mindestlohnsätze anbelangt und bezieht sich auf alle Branchen, einschließlich die Leiharbeitsbranche.

Die Leiharbeits-Richtlinie enthält selbst keine ausdrücklichen Ausführungen zu Mindestlohnsätzen. Da aber die Entsende-Richtlinie den Katalog von Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen benennt, der für Entsende-Unternehmen unbeschadet ihrer Branche festgelegt werden können, fällt auch die Festlegung von Mindestlohnsätzen in der Leiharbeitsbranche unter den Verfahrensmechanismus nach Art. 3 Entsende-RL.

Wie bereits ausgeführt, lässt Art. 3 Abs. 1 c) Entsende-RL nicht nur die Festlegung einer unteren Lohngruppe zu sondern auch die Festlegung eines Lohnrasters mit mehreren tätigkeitsbezogenen, qualifikationsdifferenzierten Lohngruppen. Der EuGH misst die Zulässigkeit solcher Mindestlohnsätze daran, ob die Mitgliedsstaaten dadurch einen verdeckten Protektionismus verfolgen oder ob den entsandten Arbeitnehmern dadurch ein „zusätzlicher Vorteil“ erwächst<sup>30</sup>.

Wir haben gesehen, dass der EuGH das Kriterium des „zusätzlichen Vorteils“ weit auslegt und den Mitgliedsstaaten einen großen Spielraum bei den konkreten Regelungen einräumt (vgl. Urlaubskassen-Verfahren)<sup>31</sup>. Um die Gefahr eines verdeckten Protektionismus bei der Festlegung von Mindestlohnsätzen auszuschließen, achtet der EuGH allerdings sehr genau auf die Einhaltung der Verfahrensfragen, wie die Fälle *Rüffert* (Tariftreueklausel im öffentlichen Sektor<sup>32</sup>) und *Luxemburg* (Lohnindexierung<sup>33</sup>) gezeigt haben.

Dies bedeutet für die Leiharbeitsbranche: Die Einführung von Mindestlöhnen in Gestalt eines diversifizierten Lohngitters wäre gemeinschaftsrechtlich nach Art. 3 Abs. 1 c) Entsende-RL zulässig<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> EuGH 25.10.2001 C-49/98 Finalarte, NZA 2001, 1377; EuGH 12.10.2004 C-60/03 Wolff und Müller, NZA 2004, 1211; EuGH 24.1.2002 C-164/99 Portugaia, NZA 2002, 207

<sup>31</sup> EuGH 25.10.2001 C-49/98 Finalarte, NZA 2001, 1377, EuGH 18.7.2007? C-490/04, Kommission/Deutschland NZA 2007, 917

<sup>32</sup> EuGH 3.4.2008 C-346/06

<sup>33</sup> EuGH 19.6.2008 C-319/06

<sup>34</sup> Allgemein für die Zulässigkeit von Lohngittern Bayreuther Kommentar AEntG § 8 Rn. 4; Schlachter/Ohler, Europäische Dienstleistungs-Richtlinie, Handkommentar, 2008 vor § 19 Rn. 32; Fuchs/Manske, Gleichbehandlungsgebot und Tarifvertragspraxis in der Leiharbeit, Gedenschrift Zachert, 2010 S. 249, 259

## 4.2. Besondere Anforderungen an Mindestlöhne in der Leiharbeitsbranche aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz

Diversifizierte Lohngruppen (tätigkeits- und qualifikationsbezogen) als Mindestlohnsätze sind in der Leiharbeitsbranche aber geradezu geboten, um den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben der Leiharbeits-Richtlinie gerecht zu werden.

Dreh- und Angelpunkt der Leiharbeits-Richtlinie ist das Gleichbehandlungsgebot von Leiharbeitnehmern gegenüber den Stammkräften in entleihenden Unternehmen. Die Ausgestaltung dieses Gleichbehandlungsgebots war im Detail ausgesprochen umstritten, weshalb sich das Rechtsetzungsverfahren über die Leiharbeits-Richtlinie jahrelang hinzog und erst im Dezember 2008 zu einem Abschluss kam<sup>35</sup>.

Die Verankerung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist das zentrale Element, das der Verwirklichung des Schutzes der Leiharbeitnehmer dient. Hinsichtlich der besonderen Dreierbeziehung in Leiharbeitsverhältnissen bedeutet das konkret: Der Gleichbehandlungsgrundsatz stellt auf den vergleichbaren Arbeitnehmer im entleihenden Unternehmen ab.<sup>36</sup> Allerdings können die Arbeitsbedingungen der Leiharbeitskräfte durch einen gesonderten Tarifvertrag geregelt werden (§ 5 Abs. 3 RL).

Die Regelungsbefugnis sollte nach den Vorstellungen der Kommission den Tarifpartnern nur unter der Prämisse zustehen, dass ein angemessenes Schutzniveau für die Leiharbeitnehmer gewährleistet ist. Mit diesem Anliegen konnte sich die Kommission letztlich auch durchsetzen. Damit ist die Aufrechterhaltung eines angemessenen Schutzniveaus für die Leiharbeitnehmer die zentrale Vorgabe für die Tarifparteien<sup>37</sup>.

Die Richtlinie will dabei die nationalen Gesetzgeber insofern in die Pflicht nehmen, als sie die tarifvertragsschließenden Parteien auf die „Achtung des Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmern“ festlegen sollen. Dies wird auch in der Begründungserwägung Nr. 16 der Richtlinie deutlich zum Ausdruck gebracht: „Um der Vielfalt der Arbeitsmärkte und der Arbeitsbeziehungen auf flexible Weise gerecht zu werden, können die Mitgliedsstaaten den Sozialpartnern gestatten, Arbeits- und

---

<sup>35</sup> Leiharbeits-Richtlinie 2008/104 vom 19.11.2008, ABIEU L327, 9

<sup>36</sup> Fuchs, Das Gleichbehandlungsgebot in der Leiharbeit nach der neuen Leiharbeits-Richtlinie, NZA 2009, 57, 58

<sup>37</sup> ebda., S. 59

Beschäftigungsbedingungen festzulegen, sofern das Gesamtschutzniveau für Leiharbeitnehmer gewahrt bleibt“.

Wenn die Mitgliedstaaten den Tarifparteien eine solche Gestaltungsmöglichkeit einräumen, dann bleiben sie dennoch in der Pflicht darauf zu achten, dass die Tarifparteien mit den tariflichen Regelungen ein angemessenes Niveau an Gesamtschutz für die Leiharbeitskräfte erreichen und eine möglichst enge Anlehnung an das Tarifniveau der Stammkräfte in den Entleihunternehmen suchen.<sup>38</sup>

Die Tarifvertragsparteien können vom Gesetzgeber nur zu Regelungen ermächtigt werden, die sich im Rahmen seiner gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtung bewegen.<sup>39</sup> Der Gleichbehandlungsgrundsatz gehört jedoch zu den fundamentalen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts.<sup>40</sup> Die Leiharbeitsrichtlinie konkretisiert lediglich seine spezifische Ausprägung entsprechend den Besonderheiten der Branche.

#### **4. 3. Vergleich mit anderen EU-Mitgliedstaaten**

Ein kurzer Vergleich mit anderen europäischen Ländern erlaubt Rückschlüsse darüber, wie dieser sog. Gesamtschutz bei speziellen tariflichen Regelungen für Leiharbeitskräfte aussehen könnte.

Das bekannteste Beispiel dafür, wie die bestehenden Unterschiede zwischen den Stammkräften im Entleih-Unternehmen und den Leiharbeitskräften zugunsten letzterer ausgeglichen werden können ist *Frankreich*. Leiharbeitskräfte fallen idR selten unter bestimmte Senioritätsregelungen, die Vergünstigungen von der Beschäftigungsdauer abhängig machen. Als Ausgleich dafür wird ihnen in Frankreich eine Prekaritätsprämie in Höhe von 10% der Bruttolohnsumme gezahlt.<sup>41</sup> Außerdem erhalten sie einen finanziellen Ausgleich von Urlaubsansprüchen, der pro Monat zwei Tage ausmacht und damit das Gehalt von Leiharbeitskräften im Vergleich zu anderen Beschäftigten um weitere 10% erhöht.

---

<sup>38</sup> ebda S. 60

<sup>39</sup> Wiedemann, TVG-Kommentar, 7. Aufl. Einl. Rn. 388

<sup>40</sup> EuGH 22.11.2005 C-144/04 Mangold

<sup>41</sup> Vanselow/ Weinkopf, Zeitarbeit in europäischen Ländern – Lehre für Deutschland? Arbeitspapier 182, Hans-Böckler-Gesellschaft 2009, 16

Die Prekaritätsprämie soll damit strukturelle Benachteiligungen für die Leiharbeitskräfte ausgleichen und auf diesem Umweg den Gesamtschutz der Leiharbeitskräfte an das Niveau der Stammkräfte in Entleih-Unternehmen annähern.

Im Zusammenhang mit der hier behandelten Kontroverse über den Umfang von Mindestlohnsätzen für Leiharbeitnehmer – ein oder zwei Lohngruppen oder diversifizierte Lohngruppen- dürften die *Niederlande* ein informatives Beispiel abgeben. In den *Niederlanden* besteht ein für allgemeinverbindlich erklärter Tarifvertrag für die Leiharbeitsbranche (sog. ABU-TV).<sup>42</sup>

Dieser TV enthält ein Stufenschema, das je nach Dauer des Verbleibs in der Leiharbeit abgestufte arbeitsvertragliche Rechte bietet.

In *Österreich* besteht ein TV mit differenzierten Lohngruppen. Die Spanne reicht von 7,35 € im ersten Jahr der Betriebszugehörigkeit bis zu 13,98 € für Techniker.<sup>43</sup> Dies ähnelt in der Struktur dem Branchen-TV in Deutschland. Dieser differenzierte Lohngruppen-TV ist allerdings nicht für allgemeinverbindlich erklärt.

*Schweden* kennt das Prinzip der Allgemeinverbindlichkeitserklärung nicht, was zu den Schwierigkeiten im Laval-Urteil geführt hat, die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit zu rechtfertigen. Das in Schweden praktizierte Verfahren kommt jedoch dem Anliegen der Leiharbeits-Richtlinie auf Gleichbehandlung der Leiharbeitskräfte mit den Stammarbeitskräften der Entleih-Unternehmen am nächsten: es besteht ein spezifischer TV für „blue collar worker“ in der Verleih-Branche, in dem Bezug genommen wird auf die normalen Branchen-Abkommen der aufnehmenden Betriebe. Wo diese Bezugnahme an Grenzen stößt, können leiharbeitsspezifische Regelungen vereinbart werden.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> Vanselow/ Weinkopf ebda S. 20

<sup>43</sup> Dies. Ebda, S. 46

<sup>44</sup> Dies. Ebda S. 41 f



## **5. Reichweite des Gleichbehandlungsgrundsatzes für die Ausgestaltung allgemeinverbindlicher Mindestlohnsätzen in der Leiharbeitsbranche**

### **5.1. Reichweite tariflicher Abweichung vom Equal-Pay-Prinzip**

Die Leiharbeits-Richtlinie ermächtigt die Mitgliedstaaten, den Tarifvertragsparteien zu gestatten, besondere Tarifregelungen für die Leiharbeitnehmer zu treffen. Diese Ermächtigung ist unter den Vorbehalt gestellt, dass dabei Abweichungen vom Gleichbehandlungsgrundsatz gegenüber den Beschäftigten in den entleihenden Unternehmen den Gesamtschutz von Leiharbeitnehmern beachten müssen. Welches Niveau dieser Gesamtschutz haben soll, wird nicht näher spezifiziert.

Es wird den Tarifparteien überlassen, diesen „Gesamtschutz“ bei der tariflichen Festlegung der Arbeitsbedingungen auszuhandeln. Staatliche Vorgaben dazu kann es wegen des Grundsatzes der Tarifautonomie nicht geben.

Dies sieht jedoch anders aus, wenn der Staat selbst die Festsetzung gesetzlicher Mindestlöhne mit gestaltet und dadurch selbst an der Verwirklichung des Ziels beteiligt ist, einen Gesamtschutz für die Leiharbeitskräfte herzustellen.

In diesem Zusammenhang bedarf es einer näheren Betrachtung, was die Leiharbeits-Richtlinie mit der Verpflichtung auf „Wahrung des Gesamtschutzes“ gemeint hat, wenn spezifische Tarifregelungen vom Niveau der Arbeitsbedingungen von Stammkräften der Entleih-Unternehmen abweichen.

Dafür muss man sich noch einmal die Zielsetzung und Stoßrichtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes in der Leiharbeitsbranche vor Augen zu führen.<sup>45</sup> Die Vergleichsgruppen sind hier die Leiharbeitskräfte und die Stammkräfte der Entleih-Unternehmen. Wenn nur ein einziger Mindestlohnsatz festgelegt wird, dann müssen Verleihfirmen aus anderen EU Mitgliedstaaten ihre nach Deutschland entsandten Leiharbeitskräfte auch nur auf diesem Mindest-Niveau vergüten unabhängig davon, für welche Art von Tätigkeit sie eingesetzt werden.

Gesamtschutz bedeutet in diesem Sinne, dass die Tarifregelungen in der Leiharbeitsbranche zwar spezifischen Besonderheiten dieser Branche berücksichtigen dürfen, dadurch aber die Arbeitsbedingungen der Leiharbeitskräfte

---

<sup>45</sup> Zum Gleichbehandlungsgrundsatz im allgemeinen vgl. EuGH v. 22.11.2005 C-144/04 Mangold; bestätigt durch BVerfG v. 6.7.2010 -2 BvR 2661/06, NZA 2010, 995

nicht allzu weit von den Arbeitsbedingungen der Stammkräfte in den Entleihbetrieben abweichen dürfen. Wie hoch dieser Abstand sein darf, ist in der Richtlinie leider nicht präzisiert und damit Aufgabe der nationalen Rechtsordnung.<sup>46</sup> Aus Sinn und Zweck der Richtlinie, grundsätzlich eine Gleichbehandlung zwischen Leih- und Stammarbeitskräften der Entleihunternehmen zu verlangen, darf durch Tarifregelungen der Abstand nicht grob verzerrt werden. Bei einer einzigen Mindestlohnstufe ist ein ausländischer Verleiher nur gehalten, diesen Mindestlohn an alle von ihm einem deutschen Entleihunternehmen zur Verfügung gestellten Leiharbeitskräfte zu bezahlen, selbst wenn sie hochqualifizierte Tätigkeiten ausüben sollen, für die unter deutschen Tarifverträgen eine deutlich höhere Vergütung zu entrichten ist.

## **5.2. Tarifverträge im Entsendestaat**

Die Leiharbeits-Richtlinie macht keinen Unterschied, wo d.h. in welchem EU-Land die einschlägigen Tarifvereinbarungen abgeschlossen worden sind. Leiharbeitskräfte, die von ausländischen Verleihfirmen nach Deutschland entsandt werden, fallen in erster Linie unter die Tarifbedingungen, die im Entsendestaat mit den dortigen Gewerkschaften unter Berücksichtigung des dortigen Arbeitskostenniveaus ausgehandelt worden sind. Dieser Vorrang ausländischer Tarifregelungen wird im Aufnahmestaat nur dann aufgehoben, wenn im Aufnahmestaat ein allgemeinverbindlicher Tarifvertrag besteht, der für alle in- und ausländischen Leiharbeitskräfte in gleichem Maße gilt. Das ist die Kollisionsregel der Entsende-Richtlinie und des AEntG für den Fall, dass die entsandten Leiharbeitnehmer in ihrem Heimatstaat bereits einer Tarifregelung unterliegen. Das wird künftig aber für Leiharbeitnehmer innerhalb des EU-Raums der Regelfall sein, weil nur so die Verleihfirmen den strikten Equal Pay Grundsatz vermeiden können.

Enthält der allgemeinverbindliche Tarifvertrag nur einen Mindestlohn, dann markiert dieser Mindestlohn nur die unterste Grenze an Vergütung, die nicht unterschritten werden darf gleichgültig, ob im Entsendestaat geringere tarifliche Lohnsätze bestehen. Der Mindestlohn betrifft damit alle Leiharbeitskräfte unbeschadet der Art ihrer Tätigkeit, für die sie im Aufnahmestaat an Entleih-Unternehmen verliehen

---

<sup>46</sup> Blanke plädiert für einen Abstand von max. 10%, DB 2010, 1528

werden sollen. Eine solche Untergrenze kann nur einen Dambruch nach unten bei der Bezahlung entsandter Leiharbeitskräfte verhindern (race to the bottom).

Sie kann aber nicht verhindern, dass ausländische Verleiher auch Leiharbeitskräfte für qualifizierte und anspruchsvolle Tätigkeiten nur zu diesem Mindestlohn vergüten und dadurch einen erheblichen Wettbewerbsvorteil gegenüber inländischen Verleihern gewinnen. Sowohl der mit dem DGB als auch der mit den christlichen Gewerkschaften abgeschlossene TV für die Leiharbeitsbranche enthält ein gestuftes Tarifschema mit differenzierten Lohngruppen je nach den Anforderungen der jeweiligen Tätigkeit. Die Tarifspanne beträgt ca 10 € zwischen der niedrigsten und der höchsten Entgeltgruppe (DGB TV im Westen z.B. 7.60 € - 17.11 €).

Diese Tarifregelung ist für einen ausländischen Verleiher jedoch nicht bindend. Er kann sich vielmehr den Tarifregelungen für Leiharbeitskräfte unterwerfen, die in seinem Land abgeschlossen worden sind. Bei einem Verleih nach Deutschland wäre er lediglich an den Mindestlohnsatz von 7.60 € gebunden, gleichgültig für welche Tätigkeit die Leiharbeitskraft eingesetzt wird.

Aufgrund des niedrigen Lohnniveaus in den osteuropäischen Ländern darf mit Sicherheit davon ausgegangen werden, dass Tarifregelungen für die Leiharbeitsbranche dort insgesamt erheblich niedriger sind als in Deutschland. Dies verstößt u.U. noch nicht einmal gegen die Vorgaben der Leiharbeits-Richtlinie auf möglichst weitgehende Gleichbehandlung mit Stammkräften in den Entleih-Unternehmen dieser Länder, da deren Löhne ebenfalls niedrig sind.

Sowohl die Entsende-Richtlinie als auch die Leiharbeits-Richtlinie lassen tarifliche Regelungen des Entsendestaates gelten. Dies war eines der zentralen Probleme des *Laval-Falls*. Das betroffene estnische Bau-Unternehmen pochte auf seine mit estnischen Gewerkschaften abgeschlossenen Tarifverträge. Da Schweden kein System der Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Tarifverträgen praktiziert, waren diese estnischen Tarifverträge zu respektieren. Nur einen für allgemeinverbindlich erklärten schwedischen TV hätte das estnische Unternehmen befolgen müssen. Da Schweden ein entsprechendes Verfahren der Allgemeinverbindlichkeitserklärung nicht eingeführt hat, wie von der Entsende-Richtlinie gefordert, sah der EuGH die Dienstleistungsfreiheit als verletzt an.<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> EuGH 18.12.2007 C-341/05 Laval

### 5.3. Gefahr der Verzerrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Aufnahmestaat

Bei nur einem untersten Mindestlohn besteht die Gefahr, dass in Deutschland ausländische Leiharbeitskräfte in den Entleihfirmen zu erheblich niedrigeren Löhnen eingesetzt werden als sie den Stammkräften der Entleihfirmen gezahlt werden. Die Vergütung zwischen ausländischen Leiharbeitnehmern und den Stammkräften des heimischen Entleih-Unternehmens wäre erheblich verzerrt, der Gleichbehandlungsgrundsatz der Leiharbeits-Richtlinie wäre massiv verletzt.

Es kann auch nicht darauf verwiesen werden, dass die Betriebsräte der Entleihunternehmen eine Missbrauchskontrolle vornehmen könnten und so die Überwachung des Arbeitnehmerschutzes überwachen könnten. Zum einen hat nicht jedes Entleihunternehmen einen Betriebsrat. Zum andern gesteht die RSpr. des BAG den Betriebsräten kein Recht zur Einsichtnahme in die Arbeitsverträge der Leiharbeitskräfte zu.<sup>48</sup>

Will man diese Konsequenz verhindern, dann sind Lohngitter in einem allgemeinverbindlichen Tarifvertrag unabdingbar, die eine differenzierte Vergütungsstruktur je nach den Anforderungen für bestimmte Tätigkeiten enthalten. Denn nur dieser Weg erlaubt es, Mindestlohnsätze auch für höher qualifizierte Tätigkeitsbereiche verbindlich zu machen. Dies ist in der *Rüffert*-Entscheidung<sup>49</sup> des EuGH deutlich aufgezeigt worden.

Andernfalls könnte die Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz der Leiharbeits-Richtlinie ein unerträgliches Ausmaß erreichen und das Ziel eklatant verfehlen, einen Gesamtschutz von Leiharbeitskräften trotz tariflicher Abweichungen zu wahren. Es ist aber Aufgabe der Mitgliedstaaten, ein solches Ergebnis zu verhindern. Jede EU-Richtlinie nimmt die Mitgliedstaaten in die Pflicht dafür zu sorgen, dass die Ziele einer Richtlinie umgesetzt und in der nationalen Praxis eingehalten werden (Art. 288 AEUV).<sup>50</sup>

Art. 5 V Leiharbeits-Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten ausdrücklich, eine missbräuchliche Handhabung der Tarifdispositivität zu verhindern. Angesichts der

---

<sup>48</sup> BAG 17.6.2008 -1 ABR 39/07

<sup>49</sup> EuGH3.4.2008 C-346/06 Rüffert

<sup>50</sup> Fuchs, Das Gleichbehandlungsgebot in der Leiharbeit nach der neuen Leiharbeitsrichtlinie, NZA 2009, 57

geschilderten Gefahren ergibt sich daraus für Deutschland die Pflicht, für die Leiharbeitsbranche eine diversifizierte Mindestlohnregelung nach dem Verfahren des AEntG einzuführen.

Das AEntG verlangt nicht die Festlegung auf einen Mindestlohn im Sinne einer einzigen Mindestlohnstufe. Dies wird bereits in der Pluralform „Mindestlohnsätze“ in Art. 3 Abs. 1 c Entsende-RL deutlich. Ein gestuftes Lohngitter in einem allgemeinverbindlichen Tarifvertrag würde aber auch aufgrund von Art. 3 Abs. 7 Entsende-RL gerechtfertigt sein, wonach die Anwendung von für die Arbeitnehmer günstigeren Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen zulässig sind als vom Mindestniveau der Richtlinie gefordert. Ein allgemeinverbindlicher Tarifvertrag kann deshalb Mindestlohnsätze festlegen, die nach der Art der Tätigkeiten gestaffelt sind. In der RSpr. des EuGH ist anerkannt, dass im Rahmen solcher Mindestlohnsätze den entsandten Arbeitnehmern auch ein „zusätzlicher Vorteil“ gewährt werden darf<sup>51</sup>, die Mitgliedstaaten also auch Arbeitsbedingungen festlegen dürfen, die über einen Mindestlohnsockel hinaus gehen.

### **Zusammenfassung:**

1. Die Entsende-Richtlinie und das AEntG lassen es zu, dass statt eines Mindestlohnes in Gestalt eines einzigen Mindestlohnsatzes auch ein Lohngitter mit tätigkeitsbezogenen Lohnunterschieden im Rahmen eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrags festgelegt wird.
2. Die Leiharbeitsrichtlinie verlangt eine Gleichbehandlung zwischen Leiharbeitskräften und Stammarbeitskräften der Entleihunternehmen insbesondere bei der Entlohnung. Davon kann nur durch spezifische Tarifverträge für die Leiharbeitsbranche abgewichen werden. Als Grenze für Abweichungen legt die Richtlinie die Wahrung eines Gesamtschutzes der Leiharbeitskräfte fest.
3. Es ist mit Ziel und Zweck der Wahrung eines Gesamtschutzes nicht vereinbar, wenn entsandte Leiharbeitskräfte durch Festlegung eines einzigen

---

<sup>51</sup> EuGH 25.10.2001 C-49/98 Finalarte, NZA 2001, 1377; EuGH 12.10.2004 C-60/03 Wolff und Müller, NZA 2004, 1211; EuGH 24.1.2002 C-164/99 Portugaia, NZA 2002, 207

Mindestlohnsatzes in Entleihunternehmen auch bei hoch qualifizierten Tätigkeiten nur diesen Basis-Mindestlohn bezahlt bekommen. Dies kann nur verhindert werden, wenn ein tätigkeitsbezogenes Lohngitter eingeführt wird, das unterschiedliche, qualifikationsbezogene Anforderungen bei der Vergütung widerspiegelt.