

Berliner Schriftenreihe zum Steuer- und Wirtschaftsrecht

Band 37

**Marcel Guenoub**

**Equal Pay und Equal Treatment  
im Leiharbeitsverhältnis**

D 188 (Diss. Freie Universität Berlin)

Shaker Verlag  
Aachen 2009

# Inhaltsverzeichnis

<b>EINLEITUNG .....</b>	<b>1</b>
<b>A. Ausgangslage .....</b>	<b>1</b>
I) Chancen und Gefahren der Leiharbeit .....	2
II) Neuausrichtung nach der „Hartz-Reform“ .....	4
<b>B. Gegenstand der Untersuchung.....</b>	<b>8</b>
<b>1. TEIL: LEIHARBEIT NACH DEM AÜG .....</b>	<b>11</b>
<b>A. Umfang der Arbeitnehmerüberlassung.....</b>	<b>11</b>
I) Begriff der Arbeitnehmerüberlassung.....	11
II) Definition der Arbeitnehmerüberlassung .....	12
1) Die Rechtsbeziehungen bei der Arbeitnehmerüberlassung.....	12
a) Der Leiharbeitsvertrag.....	13
b) Der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag .....	14
c) Rechtsbeziehung zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer .....	15
2) „Überlassen zur Arbeitsleistung“ .....	17
3) Gewerbsmäßigkeit der Arbeitnehmerüberlassung .....	18
a) Selbständigkeit.....	18
b) „auf gewisse Dauer angelegt“.....	19
c) Gewinnerzielungsabsicht.....	19
d) „Echte“ und „unechte“ Arbeitnehmerüberlassung .....	20
4) Privilegierte Formen der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung .....	21
a) Abordnung von Arbeitnehmern zu einer Arbeitsgemeinschaft § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG.....	22
b) Vermeidung von Kurzarbeit und Entlassungen § 1 Abs. 3 Nr. 1 AÜG.....	22
c) Konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG .....	23
d) Grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung § 1 Abs. 3 Nr. 3 AÜG .....	24
III) Abgrenzung der Leiharbeit von anderen Formen des drittbezogenen Personaleinsatzes ....	24
1) Werkvertrag .....	25
2) Subunternehmervertrag .....	26
3) Dienstvertrag .....	26

4) Illegale Arbeitnehmerüberlassung .....	27
IV) Abgrenzung zur Arbeitsvermittlung und Personal-Service-Agenturen .....	28
1) Arbeitsvermittlung .....	28
2) „Vermittlungsorientierte“ Arbeitnehmerüberlassung als Konzept der PSA.....	29
<b>B. Die Situation des Leiharbeitnehmers .....</b>	<b>31</b>
<b>2. TEIL: EQUAL PAY UND EQUAL TREATMENT.....</b>	<b>33</b>
<b>A. Arbeitnehmerüberlassung im steten Wandel .....</b>	<b>33</b>
I) Beweggründe der Reformierung .....	34
II) Deregulierung der Leiharbeit.....	34
1) Aufhebung der bisherigen gesetzlichen Beschränkungen und deren Folgen .....	34
a) Befristungs- und Synchronisationsverbot .....	35
aa) Vorschriften des TzBfG .....	36
bb) Sachgrundlose Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG bei Leiharbeitsverhältnissen .....	37
cc) Tariföffnungs- und Bezugnahme Klausel des § 14 Abs. 2 Satz 3 und 4 TzBfG .....	40
dd) Befristung des Leiharbeitsvertrages aus sachlichem Grund .....	40
(1) Bei vorübergehendem Bedarf § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG.....	41
(2) Bei Vertretung eines anderen Arbeitnehmers § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG ...	43
(3) Zur Erprobung gemäß § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 TzBfG .....	43
(4) In der Person des Arbeitnehmers § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 TzBfG .....	44
(5) Im Anschluss an Ausbildung oder Studium § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TzBfG .....	45
(6) Weitere Befristungsgründe nach § 14 Abs. 1 Satz 2 TzBfG .....	46
ee) Unbenannter Sachgrund § 14 Abs. 1 Satz 1 TzBfG.....	46
b) Wiedereinstellungsverbot .....	46
aa) Einhaltung einer „Mindestwartefrist“? .....	48
bb) Voraussetzungen der betriebsbedingten Kündigung im Leiharbeitsverhältnis.....	48
c) Höchstüberlassungsdauer.....	50
2) Bewertung der gesetzlichen Deregulierung.....	52
<b>B. Einführung der Gleichbehandlungspflicht Equal Pay und Equal Treatment.....</b>	<b>55</b>
I) Gleichbehandlung bei der Arbeitnehmerüberlassung .....	56
1) Grundsätzlich unterschiedliche Arbeitsbedingungen für Stamm- und Leiharbeitnehmer .....	56
2) Die Regelung des § 10 Abs. 5 AÜG a.F.....	58
3) „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ .....	59

a) Entgeltfestsetzung durch das AGG .....	60
b) Entgeltfestsetzung nach § 4 TzBfG .....	61
c) Equal Pay als Sonderregelung der Entgeltfestsetzung .....	62
4) Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz .....	64
a) Voraussetzungen .....	64
b) Differenzierung zu Equal Pay und Equal Treatment .....	65
c) Anwendung von arbeitsrechtlichem Gleichbehandlungsgrundsatz und Equal Pay und Equal Treatment.....	67
aa) Gleichbehandlungsgrundsatz bei der Ausübung des Direktionsrechts.....	67
bb) Lösungsvorschläge und eigene Bewertung .....	68
5) Equal Pay und Equal Treatment als besonderes Diskriminierungsverbot.....	70
II) Erkenntnisse.....	71
<b>C. Regelung des Equal Pay und Equal Treatment .....</b>	<b>73</b>
I) Tatbestand des Gleichbehandlungsgrundsatzes.....	73
1) Vergleichbare Stammarbeitnehmer des Entleihers .....	74
a) Kein einheitliches Lohnniveau im Entleiherbetrieb.....	76
b) Fehlen eines vergleichbaren Stammarbeitnehmers.....	76
aa) Meinungsstand.....	77
bb) Bewertung .....	77
2) Wesentliche Arbeitsbedingungen – „Equal Treatment“ .....	78
a) Arbeitsentgelt – „Equal Pay“ .....	80
aa) Sachleistungen.....	80
bb) Nutzung sozialer Einrichtungen des Entleihers.....	81
b) Günstigkeitsvergleich und Schlechterstellungsverbot .....	83
aa) Schlechterstellungsverbot.....	83
bb) Anwendung des Günstigkeitsvergleichs .....	84
II) Sicherung des Anspruchs auf Gleichbehandlung.....	86
1) Nachweispflichten des Verleihers .....	87
2) Auskunftsanspruch des Verleihers § 12 Abs. 1 Satz 3 AÜG .....	88
3) Auskunftsansprüche des Leiharbeitnehmers .....	89
III) Zusammenfassung und Schlussfolgerung .....	91
<b>D. Ausnahmetatbestände vom Equal Pay und Equal Treatment .....</b>	<b>93</b>
I) Abweichung kraft Sachgrunds? .....	93
1) Auffassung in der Literatur.....	94

2) Stellungnahme .....	94
II) Zwischenzeiten ohne Überlassung .....	95
III) Mindestvergütung für zuvor Arbeitslose in den ersten sechs Wochen.....	97
IV) Abweichende Regelungen durch Tarifvertrag .....	99
1) Bisherige Möglichkeit der tarifvertraglichen Gestaltung.....	99
2) Inhalt des Tarifvertrages .....	101
3) Tarifbindung.....	102
a) Beiderseitige Tarifbindung.....	102
b) Nachwirkung eines Leiharbeitstarifvertrages .....	105
aa) Bisheriger Meinungsstand .....	105
bb) Bewertung .....	106
4) Arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge der Leiharbeitsbranche .....	107
a) Art und Weise der Bezugnahme.....	109
b) Statische und dynamische Verweisungen .....	109
c) Einstellung von Leiharbeitnehmern im Nachwirkungszeitraum .....	110
d) Bezugnahme auf Leiharbeitsarbeitsverträge durch Unternehmen mit Mischbetrieben .....	111
5) Änderungskündigung zur Entgeltsenkung wegen Einführung von Equal Pay?.....	112
a) Entscheidung des BAG .....	114
b) Kritik der Literatur .....	115
c) Bewertung .....	116
6) Übergangsfrist nach § 19 AÜG .....	119
V) Zusammenfassung .....	120
<b>3. TEIL: EQUAL PAY UND EQUAL TREATMENT IN EUROPA .....</b>	<b>122</b>
<b>A. Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission zur Leiharbeit.....</b>	<b>122</b>
I) Entstehungsgeschichte.....	123
II) Beweggründe der Europäischen Kommission.....	124
III) Der Richtlinienvorschlag im Einzelnen .....	125
1) Anwendungsbereich .....	125
2) Grundsatz des Richtlinienvorschlages .....	125
3) Ausnahmemöglichkeiten vom Diskriminierungsverbot .....	126
IV) Vereinbarkeit der Richtlinie mit höherrangigem Recht.....	127
1) Subsidiaritätsprinzip.....	127
2) Regelungskompetenz .....	128
<b>B. Auswirkungen des Richtlinienvorschlages auf das AÜG .....</b>	<b>130</b>

<b>4. TEIL: LEIHARBEIT UND TARIFVERTRAG.....</b>	<b>132</b>
<b>A. Tarifverträge der Leiharbeitsbranche.....</b>	<b>132</b>
I) Flächentarifverträge .....	132
II) Beschäftigungssicherungstarifvertrag .....	134
III) Mindestentgelttarifvertrag.....	135
<b>B. Gestaltungsgrenzen der Tarifvertragsparteien im Bereich der Leiharbeit .....</b>	<b>141</b>
I) Überprüfbarkeit von Leiharbeitstarifverträgen .....	141
1) Bindung der Tarifvertragsparteien an Art. 3 Abs. 1 GG .....	143
2) Inhaltskontrolle bei Formularleiharbeitsverträgen.....	145
a) Keine Inhaltskontrolle eines normativ geltenden Tarifvertrages .....	145
b) Inhaltskontrolle der in Bezug genommenen tariflichen Regelung.....	146
aa) Globalverweisung .....	146
bb) Einzel- und Teilverweisung.....	147
c) Transparenzkontrolle gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB .....	148
d) Konsequenz für Formularleiharbeitsverträge .....	149
3) Sittenwidrigkeitskontrolle .....	149
a) Anwendbarkeit auf Tarifverträge.....	150
b) Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit .....	151
aa) Bezugswert .....	152
bb) Richtwert des „auffälligen“ Missverhältnisses .....	154
(1) Bei arbeitsvertraglicher Vereinbarung der Vergütung.....	155
(2) Bei tarifvertraglicher Vereinbarung der Vergütung .....	157
cc) Vergleichsmaßstab in der Leiharbeit .....	159
c) Zusammenfassung.....	161
II) Reichweite tarifdispositiven Gesetzesrechts nach Equal Pay und Equal Treatment als Maßstab für Tarifverträge.....	162
1) Tarifdispositives Gesetzesrecht .....	163
2) Streitstand .....	165
a) Begrenzung der tariflichen Gestaltungsbefugnis .....	165
b) Gestaltungsfreiheit der Tarifvertragsparteien.....	166
3) Eigene Bewertung .....	168
a) Tatbestandsvoraussetzungen als negative Grenze der Tarifmacht .....	168
b) Methodische Auslegung .....	169

aa) Grammatikalische Auslegung .....	169
bb) Systematische Betrachtung .....	170
(1) Vorschriften des AÜG .....	170
(2) RL-Vorschlag .....	171
(3) Tarifdispositive Vorschriften .....	171
(a) § 4 Abs. 4 Satz 1 EFZG .....	172
(b) § 13 Abs. 1 BUrlG .....	173
(c) Erkenntnis für die Tariföffnungsklausel nach dem AÜG .....	174
cc) Teleologische und historische Auslegung .....	174
c) Zusammenfassung .....	177
III) Fazit .....	178
 <b>5. TEIL: RISIKEN DER LEIHARBEIT .....</b>	<b>183</b>
 <b>A. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen Equal Pay und Equal Treatment.....</b>	<b>183</b>
I) Gesetzliche Haftung des Verleihers auf die Einsatzvergütung § 10 Abs. 4 AÜG .....	184
II) Gewerbe- und ordnungswidrigkeitsrechtliche Konsequenzen für den Verleiher .....	184
III) Fingiertes Arbeitsverhältnis nach § 10 Abs. 1 AÜG .....	185
 <b>B. Nichtige Leiharbeitstarifverträge? .....</b>	<b>187</b>
I) Tariffähigkeit als Wirksamkeitserfordernis .....	188
1) Kriterien des BAG zur Ermittlung der Tariffähigkeit .....	189
a) Durchsetzungskraft der Arbeitnehmervereinigung .....	190
b) Leistungsfähigkeit der Organisation .....	190
c) Prüfungsmaßstab anhand eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses .....	191
aa) Teilnahme am Tarifgeschehen .....	191
(1) Art des Tarifabschlusses .....	192
(2) Ausschluss bei Schein- und Gefälligkeittarifvertrag, Tarifdiktat .....	193
(3) Indizwirkung für organisatorische Leistungsfähigkeit .....	194
bb) Mitgliederzahl .....	194
2) Konsequenz für die Arbeitnehmervereinigungen in der Leiharbeit .....	195
a) Auffassung im Schrifttum .....	195
aa) Equal Pay und Equal Treatment als Indiz .....	196
bb) Mangelnde „soziale Mächtigkeit“ .....	196
cc) Differenzierung nach CGZP und DGB-Tarifgemeinschaft .....	197
b) Beschluss des Arbeitsgerichts Osnabrück vom 15.1.2007 .....	198

c) Beschluss des LAG Niedersachsen vom 2.7.2007 .....	199
d) Eigene Bewertung .....	200
3) Gerichtliche Entscheidung über die Tariffähigkeit gemäß § 97 ArbGG .....	207
II) Rechtsfolgen fehlender Tariffähigkeit .....	208
1) Wirkung eines nichtigen Tarifvertrages .....	209
a) Vertrauensschutz für nichtige Leiharbeitstarifverträge .....	210
b) Verwirkung des gesetzlichen Anspruchs .....	211
2) Nachzahlungspflicht für Verleiher und Entleiher .....	212
III) Zusammenfassung .....	213
<b>ZUSAMMENFASSUNG .....</b>	<b>215</b>
<b>LITERATURVERZEICHNIS .....</b>	<b>219</b>
<b>ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS .....</b>	<b>239</b>