LEIHARBEITS-RICHTLINIE UND DIE CHARTA DER GRUNDRECHTE DER EUROPÄISCHEN UNION IM LICHT DER TEST-ACHATS-RECHTSPRECHUNG DES EUROPÄISCHEN GERICHTSHOFES

**Ass. Dr. jur. Johannes Heuschmid
und Ass. jur. Melanie Klauk, Trier***

I. Einleitung

Die Vereinbarkeit des AÜG mit der Richtlinie 2008/104/EG über Leiharbeit¹ (Leiharbeits-RL) – auch in der Fassung des „Ersten Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes“² – wird seit längerer Zeit in der Literatur diskutiert.³ Diese Problematik soll vorliegend nicht vertieft werden. Gegenstand dieses Beitrages ist vielmehr die vorgelagerte Frage, ob die Leiharbeits-RL, genauer gesagt die in Art. 5 Abs. 2 und Abs. 3 Leiharbeits-RL enthaltenen Ausnahmeregelungen, höchstselbst mit Art. 20

* Dr. Johannes Heuschmid und Melanie Klauk sind wissenschaftliche Mitarbeiter bei Prof. Dr. Dr. h.c. Monika Schlachter, Institut für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen in der Europäischen Gemeinschaft (IAAEG), Trier (heuschmid@iaaeg.de, klauk@iaaeg.de)

1 Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.11.2008 über Leiharbeit, ABl. EU Nr. L 327 vom 5.12.2008, S. 9-14.

2 Erstes Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung vom 28.4.2011, BGBl. 2011 I, S. 642 ff.

3 *Blanke*, DB 2010, 1528 ff.; *Waas*, ZESAR 2009, 207 ff.; *Fuchs*, NZA 2009, 57 ff.; *Sansone*, Gleichstellung von Leiharbeitnehmern nach deutschem und Unionsrecht, Köln 2011 (zugl. Köln, Univ., Diss. 2010), insb. S. 440 ff.; *Waltermann*, Abschied vom Normalarbeitsverhältnis? Welche arbeits- und sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich im Hinblick auf die Zunahme neuer Beschäftigungsformen und die wachsende Diskontinuität von Erwerbsbiographien? Gutachten B zum 68. Deutschen Juristentag, Bd. I, Gutachten Teil B, Berlin 2010; *Düwell/Dahl*, DB 2009, 1070 ff.; *Ulber*, AuR 2010, 10 ff. Aktuell zum „Ersten Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes“: *Ulber*, AÜG Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Frankfurt a.M. 2011, Einleitung F Rn. 56 ff.; *Hamann*, NZA 2011, 70 ff.; *Sommer*, AuR 2011, 421.

Charta der Grundrechte der Europäischen Union⁴ (EU-GRC) im Einklang stehen. Sollten insoweit Friktionen bestehen, könnte sich im deutschen Recht ein noch über die Leiharbeits-RL hinausgehender Anpassungsbedarf ergeben. Anlass, die Frage der Primärrechtskonformität der Leiharbeits-RL zu stellen, bietet die Entscheidung Test-Achats des EuGH⁵, welche in letzter Zeit für viel Wirbel gesorgt hat.⁶ Inhaltlich ging es um die seit langem strittige Frage, ob bei Prämien und Leistungen im Versicherungswesen die Berücksichtigung des Geschlechts bei der Risikobewertung ein bestimmender Faktor sein darf, was nach der Richtlinie 2004/113/EG⁷ (Gleichbehandlungs-RL) bzw. dem darauf beruhenden belgischen Umsetzungsgesetz zulässig war.⁸ In der Test-Achats-Entscheidung hat der EuGH diese Frage nunmehr mit dem Argument einer Verletzung der EU-GRC bzw. des Kohärenzgebotes verneint. Test-Achats ist damit einer der seltenen Fälle, in denen der EuGH Sekundärrecht wegen Verstoßes gegen die im Primärrecht verankerten Grundrechte verworfen hat.⁹

Aus wissenschaftlicher Sicht stellt sich die Frage, ob die vom EuGH in Test-Achats gemachten Ausführungen zum Gleichbehandlungsgrundsatz auch Gültigkeit für andere Richtlinien haben. Sollte dies der Fall sein, dürfte es in nächster Zeit zu einer Überprüfung des sekundärrechtlichen acquis

4 Charta der Grundrechte der Europäischen Union (2010/C 83/02), ABl. EU Nr. C 83 vom 30.3.2010, S. 389-403.

5 EuGH, 1.3.2011 – C-236/09 – NJW 2011, 907-909 (Test-Achats).

6 S. etwa: *Körner*, AuR 2011, 331 ff.; *Höfer*, BetrAV 2011, 586 ff.; *Birk*, DB 2011, 819 ff.; *Höfer*, DB 2011, 1334 ff.; *Kahler*, NJW 2011, 894 ff.; *Kerschbaumer*, AiB 2011, 363 ff.; *Lüttringhaus*, EuZW 2011, 296 ff.; *Temming*, jurisPR-ArbR 14/2011, Anm. 5; *Kroll-Ludwigs*, JZ 2011, 734 ff.; *Purnhagen*, EuR 2011, 690 ff.; *Hoffmann*, ZIP 2011, 1445 ff.; vgl. auch die Mitteilung der Kommission vom 22.12.2011, Leitlinien zur Anwendung der Richtlinie 2004/113/EG des Rates auf das Versicherungswesen im Anschluss an das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union in der Rechtssache C-236/09 (Test-Achats), K(2011) 9497 endgültig.

7 Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13.12.2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. EU Nr. L 373 vom 21.12.2004, S. 37-43.

8 Das entspricht auch der Rechtslage in Deutschland, wo privatrechtliche Versicherungsverträge vom Verbot geschlechtsspezifischer versicherungsmathematischer Faktoren unfänglich ausgenommen sind (vgl. § 20 Abs. 2 S. 1 iVm. § 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG); *Körner*, AuR 2011, 331, 333; *Temming*, jurisPR-ArbR 14/2011, Anm. 5.

9 Vgl. aus der jüngeren Rechtsprechung: EuGH, 9.11.2010 – verb. Rs. C-92/09 und C-93/09 – EuZW 2010, 939-946 (Schecke und Eifert).

anhand der Vorgaben der EU-GRC kommen.¹⁰ Wegen eines der Gleichbehandlungs-RL vergleichbaren Regelungsmusters gilt das insbesondere für die Leiharbeits-RL.

II. Die Entscheidung *Test-Achats* als Ausgangspunkt

Das dem EuGH vom belgischen Verfassungsgerichtshof nach Art. 267 AEUV vorgelegte Urteil stellte in Frage, ob Art. 5 Abs. 2 Gleichbehandlungs-RL mit den Grundrechten aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen (Art. 6 Abs. 2 EUV idF. des Vertrages von Amsterdam¹¹) – insbesondere mit dem insoweit gewährleisteten Gleichheits- und Nichtdiskriminierungsgrundsatz – vereinbar sei.¹² Die Vorlagefrage bezog sich damit explizit auf die Rechtslage vor dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon¹³, also auf einen Zeitpunkt, zu dem die EU-GRC noch keine formelle Rechtskraft besaß. Entgegen der Vorlagefrage erfolgte die Prüfung der Richtlinie durch den EuGH auf der Basis der Rechtslage nach Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon, also insbesondere anhand der Normen der EU-GRC.¹⁴ Die EU-GRC wurde damit folglich als Prüfungsmaßstab für Sachverhalte herangezogen, die vor dem Zeitpunkt liegen, zu dem die Charta formelle Rechtskraft erlangt hat. Ausreichend für eine solche Indienstnahme der Charta ist nach der Rechtsprechung des EuGH, dass die Erwägungsgründe des in Streit stehenden Rechtsakts auf die Charta verweisen.¹⁵

Die in *Test-Achats* streitgegenständliche Gleichbehandlungs-RL verpflichtete die Mitgliedstaaten in Art. 5 Abs. 1 grundsätzlich dazu, bis spätes-

10 So auch: *Lüttringhaus*, EuZW 2011, 296 f.

11 Vertrag von Amsterdam zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte, ABl. EG Nr. C 340 vom 10.11.1997.

12 Cour constitutionnelle (Belgien), Urteil Nr. 103/2009 vom 18.6.2009, Geschäftsverzeichnis-Nr. 4486.

13 Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, unterzeichnet in Lissabon am 13.12.2007, ABl. EU Nr. C 306 vom 17.12.2007, Inkrafttreten am 1.12.2009.

14 EuGH (Fn. 5) – C-236/09 – Rn. 17 ff.; kritisch: *Kahler*, NJW 2011, 894 ff. Generalanwältin *Kokott* prüfte hingegen altes Recht (Art. 6 Abs. 2 EUV a.F.), zog die EU-GRC aber als Erkenntnisquelle heran, siehe Schlussanträge, 30.9.2010 – C-236/09 – Rn. 27 f.

15 EuGH (Fn. 5) – C-236/09 – Rn. 17 ff.; EuGH (Fn. 9), – verb. Rs. C-92/09 und C-93/09 – Rn. 46, EuZW 2010, 939 ff.; *Purnhagen*, EuR 2011, 690 ff.; *Körner*, AuR 2011, 331 f.

tens zum 21.12.2007 sicherzustellen, dass für neu abgeschlossene Verträge¹⁶ geschlechtsneutrale Versicherungstarife gelten. Dieses Gebot geschlechtsneutraler Versicherungstarife schränkt die Gleichbehandlungs-RL aber bereits im nächsten Absatz (Art. 5 Abs. 2) wieder ein. Nach dieser Ausnahmeregelung konnten die Mitgliedstaaten vor dem 21.12.2007 beschließen, „proportionale Unterschiede bei den Prämien und Leistungen dann zuzulassen, wenn die Berücksichtigung des Geschlechts bei einer auf relevanten und genauen versicherungsmathematischen und statistischen Daten beruhenden Risikobewertung ein bestimmender Faktor ist“¹⁷. Diese Ausnahme von der Grundregel geschlechtsneutraler Prämien und Leistungen im Versicherungssektor hat der EuGH nunmehr in der Entscheidung *Test-Achats* für ungültig erklärt.¹⁸

Erstaunlich daran ist, dass der Gerichtshof die Art. 21 und 23 EU-GRC zwar als Prüfungsmaßstab heranzieht, sie dann aber in der Folge kaum mehr erwähnt und insbesondere keine dogmatisch nachvollziehbare Grundrechtsprüfung durchführt.¹⁹ Von besonderem Interesse muss in diesem Zusammenhang die Formulierung des Obersatzes zum allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz sein, der nicht auf die Spezifika der Art. 21 und 23 EU-GRC eingeht.²⁰ Die Vergleichbarkeit der Sachverhalte sei dabei, so der EuGH in *Test-Achats*, „im Lichte des Zwecks und des Ziels der Unionsmaßnahme, die die fragliche Unterscheidung einführt, zu beurteilen“.²¹ Insoweit beruhe die Gleichbehandlungs-RL auf der Prämisse, dass für die Zwecke der Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes die Lage von Männern und Frauen vergleichbar sei.²² Auffällig ist darüber hinaus das gänzliche Unterbleiben einer Rechtfertigungsprüfung.²³ Relevant werden die den Prüfungs-

16 Zur Auslegung des Begriffs der „neuen Verträge“ siehe die Mitteilung der Kommission K(2011) 9497 endg. (Fn. 6), S. 3 f.

17 Hintergrund ist, dass geschlechtsspezifische Prämien und Leistungen im Versicherungsbereich in den Mitgliedstaaten weit verbreitet waren und sind, Erwägungsgrund 18 der Richtlinie 2004/113/EG; Anhang 1 der Mitteilung der Kommission K(2011) 9497, (Fn. 6), S. 10 f.

18 EuGH (Fn. 5) – C-236/09 – Rn. 32 ff.

19 *Körner*, AuR 2011, 331, 333.

20 EuGH (Fn. 5) – C-236/09 – Rn. 28.

21 EuGH (Fn. 5) – C-236/09 – Rn. 29 mwN.

22 EuGH (Fn. 5) – C-236/09 – Rn. 30 mwN.

23 *Lüttringhaus*, EuZW 2011, 296, 298; *Temming*, jurisPR-ArbR 14/2011, Anm. 5; *Körner*, AuR 2011, 331, 333.

maßstab ausmachenden Normen der EU-GRC erst wieder in der Schlussfolgerung des EuGH, nach der die Regelung des Art. 5 Abs. 2 Gleichbehandlungs-RL nicht mit Art. 21 und 23 EU-GRC vereinbar sei.²⁴

Als zweiten Argumentationsstrang führt der EuGH den Verstoß gegen das Kohärenzgebot an, ohne dabei die dogmatische Bedeutung des Kohärenzgebotes innerhalb der Grundrechtsprüfung näher auszuleuchten. Das Kohärenzgebot spielt in der Rechtsprechung des EuGH²⁵ eine zunehmend prominente Rolle.²⁶ Trotz der häufigen Verwendung sind seine Konturen noch weitgehend ungeklärt.²⁷ Überwiegende Anwendung fand es bislang in steuerrechtlichen Konstellationen als Rechtfertigungsgrund bzw. im Antidiskriminierungsrecht im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung.²⁸ Letztendlich geht es bei der Kohärenzprüfung um die innere Stimmigkeit einer Vorschrift im Gesamtgefüge eines Rechtsaktes.²⁹ Soweit es sich um Maßnahmen des Unionsgesetzgebers handelt, findet sich hierfür in Art. 7 AEUV eine normative Stütze.

Nach der Ansicht des EuGH in *Test-Achats* stellt die zeitlich unbefristet zulässige Ausnahme des Art. 5 Abs. 2 Gleichbehandlungs-RL eine Verletzung des Kohärenzgebotes dar. Zwar könne der Unionsgesetzgeber die in Art. 157 Abs. 1 AEUV, Art. 19 Abs. 1 AEUV iVm. Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 2 EUV und Art. 8 AEUV vorgesehene Gleichbehandlung von Frauen und Männern schrittweise verwirklichen und dabei insbesondere den Zeitpunkt seines Tätigwerdens selbst bestimmen,³⁰ wird er aber tätig, so müsse der Unionsgesetzgeber kohärent die Gleichbehandlungsziele verwirklichen.³¹ Einer solchen kohärenten Verwirklichung des Gleichbehandlungsziels stünden Übergangszeiten und Ausnahmeregelungen nicht entgegen,

24 S. EuGH (Fn. 5) – C-236/09 – Rn. 32.

25 EuGH, 28.1.1992 – C-204/90 – Slg. 1992, I-249 (Bachmann), Rn. 28; 17.11.2009 – C-169/08 – Slg. 2009, I-821 (Presidente Consiglio dei Ministri), Rn. 42; 10.3.2009 – C-169/07 – Slg. 2009, I-1721 (Hartlauer), Rn. 55; 12.1.2010 – C-341/08 – Slg. 2010, I-47 (Petersen), Rn. 53.

26 Heuschmid, jurisPR-ArbR 12/2010, Anm. 1; Kahler, NJW 2011, 894, 897.

27 Heuschmid, jurisPR-ArbR 12/2010, Anm. 1.

28 Kahler, NJW 2011, 894, 897; EuGH (Fn. 25), – C-169/07 – Rn. 55; (Fn. 25) – C-341/08 – Rn. 53.

29 Kahler, NJW 2011, 894, 897.

30 EuGH (Fn. 5) – C-236/09 – Rn. 20.

31 EuGH (Fn. 5) – C-236/09 – Rn. 21.

jedoch müsse das gesetzgeberische Handeln im Ergebnis auf eine Gleichbehandlung hinauslaufen.³² Die Möglichkeit unbefristeter Ausnahmen hingegen laufe dem eigentlichen Ziel der Gleichbehandlungs-RL – der Gleichbehandlung von Frauen und Männern – zuwider.³³

Im Ergebnis erklärt der EuGH die Ausnahmeregelung des Art. 5 Abs. 2 Gleichbehandlungs-RL mit Wirkung ab dem 21.12.2012 – also mit der Gewährung einer Übergangsfrist – für ungültig. Ab diesem Zeitpunkt dürfen nur noch Verträge mit sog. *Unisex*-Tarifen abgeschlossen werden.³⁴ Unklar bleibt allerdings, welcher der beiden Argumentationsstränge am Ende entscheidungserheblich ist. Diese Unsicherheit spiegelt sich auch in den Stellungnahmen der Literatur zur *Test-Achats*-Entscheidung wider. Während einige Autoren davon ausgehen, der EuGH habe die Gleichbehandlungs-RL allein am Kohärenzgebot überprüft,³⁵ gehen andere davon aus, der relevante Prüfungsmaßstab sei die EU-GRC.³⁶ Richtig dürfte sein, dass es auf beide Aspekte ankommt, wobei an dieser Stelle offen bleiben muss, wie sich beide zueinander verhalten.³⁷ *Kahler* erklärt das Vorgehen des EuGH in *Test-Achats* damit, dass der Gerichtshof die Ausnahmebestimmungen der Gleichbehandlungs-RL jedenfalls wegen Verstoßes gegen das Prinzip der Kohärenz für unwirksam ansah, weswegen er auf darüber hinausgehende Ausführungen zu den Grundrechten verzichten konnte.³⁸

32 EuGH (Fn. 5) – C-236/09 – Rd. 21.

33 EuGH (Fn. 5) – C-236/09 – Rn. 31 f.

34 Für Altverträge gilt das allerdings nicht, siehe Erwägungsgrund 18 der Richtlinie 2004/113/EG; *Höfer*, BetrAV 2011, 586 ff.; aA. mit guten Argumenten hingegen Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge, v. 30.9.2010 – C-236/09 – Rn. 81. Für das deutsche Recht bedeutet dies, dass § 20 Abs. 2 S. 1 AGG („Eine unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts ist im Falle des § 19 Abs. 1 Nr. 2 bei den Prämien oder Leistungen nur zulässig, wenn dessen Berücksichtigung bei einer auf relevanten und genauen versicherungsmathematischen und statistischen Daten beruhenden Risikobewertung ein bestimmender Faktor ist.“) gegen europäisches Primärrecht verstößt und daher mit Ablauf des 21.12.2012 unanwendbar wird.

35 *Hoffmann*, ZIP 2011, 1445, 1447 ff.; *Purnhagen*, EuR 2011, 690, 696 ff.

36 *Körner*, AuR 2011, 331 f.

37 So auch *Kahler*, NJW 2011, 894, 897.

38 *Kahler*, NJW 2011, 894, 896; *Temming* weist darauf hin, dass dann auch eine Abwägung mit kollidierenden Grundrechten anderer entbehrlich ist, die erst iRd. Angemessenheit zu erörtern wären: *Temming*, jurisPR-ArbR 14/2011, Anm. 5.

III. Die Leiharbeits-RL im Lichte der *Test-Achats* Rechtsprechung

Da die Leiharbeits-RL einem der Gleichbehandlungs-RL analogen Regelungsmuster folgt, stellt sich die Frage, inwieweit und mit welchem Ergebnis die soeben dargelegten *Test-Achats*-Grundsätze auf die Leiharbeits-RL übertragbar sind.

1. Die Leiharbeits-RL

Bei der Leiharbeits-RL handelt es sich um eines der umstritteneren Regelungsvorhaben des europäischen Gesetzgebers.³⁹ Bereits in den 1990er-Jahren hatte die Europäische Kommission die Sozialpartner auf europäischer Ebene im Rahmen des Sozialen Dialogs zu einem solchen Regelungsvorhaben konsultiert.⁴⁰ Nach erfolglosen Verhandlungen erklärten diese 2001 das Scheitern ihrer Bemühungen, ua. weil keine Einigung über die Regelungen zum Gleichbehandlungsgrundsatz erzielt werden konnte.⁴¹ Damit war eine Rahmenvereinbarung der europäischen Sozialpartner gescheitert. 2002 legte die Europäische Kommission einen eigenen Gesetzentwurf für eine Leiharbeits-RL vor, der das sog. *Flexicurity*-Konzept⁴² verwirklichen sollte.⁴³ Dieser stieß jedoch im Europäischen Parlament und in einigen Mitgliedstaaten auf erhebliche Bedenken. Vor dem Hintergrund des Leiharbeitsverbots in manchen Mitgliedstaaten bis Mitte der 1990er-Jahre kann dies nicht ver-

39 Ausführlich: *Ulber*, AÜG (Fn. 3), Einleitung F Rn. 56; *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht – Eine systematische Darstellung (Ius Communitatis), Heidelberg 2009, S. 334 ff.; *Raab*, ZfA 2003, 389, 395 ff.

40 *Waas*, ZESAR 2009, 207 mwN.; Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmern (Vorlage der Kommission) vom 20.3.2002, KOM (2002) 149 endg. (Vorschlag Leiharbeits-RL), S. 9.

41 *Ulber*, AÜG (Fn. 3), Einleitung F Rn. 56; *Fuchs*, NZA 2009, 57, 58; *Raab*, ZfA 2003, 389, 395; Vorschlag Leiharbeits-RL (Fn. 40), S. 8.

42 Ausführlich dazu: *Blanke*, Welche Änderungen des deutschen Gesetzes erfordert die Umsetzung der EU-Richtlinie Leiharbeit – mit dem Schwerpunkt Gleichbehandlungsgrundsatz und Abweichungen gem. Art. 5 der EU-RL? Rechtsgutachten erstattet im Auftrag des DGB, 2010, S. 73 ff. Im Zusammenhang mit der Leiharbeit kam es allerdings zu keinem Zeitpunkt zu einer Ausgewogenheit von Flexibilität und Sicherheit, so dass in diesem Zusammenhang zu Recht von einem Scheitern dieses Konzeptes ausgegangen werden kann, *Blanke*, aaO., S. 85.

43 Vorschlag Leiharbeits-RL (Fn. 40), S. 2; *Fuchs*, NZA 2009, 57, 58. Zum Richtlinien-Entwurf siehe *Raab*, ZfA 2003, 389, 396 f.; *Thüsing*, DB 2002, 2218 ff.; *Wank*, NZA 2003, 14 ff.

wundern.⁴⁴ Im Zentrum der Auseinandersetzung stand auch hier der Gleichbehandlungsgrundsatz.⁴⁵ So kam das Projekt der Leiharbeits-RL vorübergehend zum Stillstand. Erst im Jahr 2008 konnte die Leiharbeits-RL nach einer Einigung von Europäischem Parlament und Rat endgültig verabschiedet werden.⁴⁶ Bis zum 5.12.2011 war die Richtlinie in nationales Recht umzusetzen. Mit dem „Ersten Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes“ sollte die deutsche Rechtslage mit den Vorgaben der Leiharbeits-RL in Einklang gebracht werden. Vorrangiges Ziel der Leiharbeits-RL ist nach Art. 2 der Schutz der Leiharbeitnehmer, indem deren Gleichbehandlung mit der Stammbesellschaft sichergestellt wird.⁴⁷ In Art. 5 Abs. 1 wird sodann der Gleichbehandlungsgrundsatz definiert.⁴⁸ Dort heißt es, „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“. Als Vergleichsmaßstab wird folglich ein Arbeitnehmer des Entleihunternehmens vorgeschrieben.

Vom Gleichbehandlungsgrundsatz macht die Leiharbeits-RL in Art. 5 Abs. 2 bis 4 Ausnahmen,⁴⁹ wobei für den vorliegenden Zusammenhang insbesondere die Ausnahmeregelungen in Abs. 2 und Abs. 3 von Interesse sind. Nach Art. 5 Abs. 2 besteht die Möglichkeit – beschränkt auf das Arbeitsentgelt – bei unbefristeten Arbeitsverträgen durch eine gesetzliche Regelung vom Gleichbehandlungsgrundsatz abzuweichen. Ferner sieht Art. 5 Abs. 3 Leiharbeits-RL eine Abweichungsmöglichkeit für sämtliche Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen aufgrund von tarifvertraglichen Regelungen vor. Umstritten ist jedoch schon, ob die Regelung des Abs. 2 im Verhältnis zu Abs. 3 *lex specialis* ist, mit der Folge, dass bei befristeten Arbeitsverhältnissen nicht vom *equal-pay*-Grundsatz abgewichen werden kann.⁵⁰ Festzuhalten bleibt damit zunächst, dass die Leiharbeits-RL ein Regel-Ausnahme-

44 Hießl, ZESAR 2011, 472 f.

45 Fuchs, NZA 2009, 57, 58; Vorschlag Leiharbeits-RL (Fn. 40), S. 9, 38.

46 ABl. EU Nr. L 327 vom 5.12.2008, S. 9 ff.

47 Ulber, AÜG (Fn. 3), Einleitung F Rn. 57; zugleich soll auch die Qualität der Leiharbeit verbessert werden.

48 Waas, ZESAR 2009, 207, 210.

49 Waas, ZESAR 2009, 207, 210 ff.

50 Ulber, AÜG (Fn. 3), Einleitung F Rn. 63; ausführlich hierzu: Sansone (Fn. 3), S. 539 ff.

Verhältnis enthält, das dem der *Test-Achats*-Entscheidung zugrundeliegenden Regel-Ausnahme-Verhältnis der Gleichbehandlungs-RL ähnelt: Zunächst wird im Einklang mit den Wertungen der EU-GRC ein Gleichbehandlungsziel definiert, von dem dann Ausnahmen zugelassen werden.

Betrachtet man nun die Konsequenzen der in Art. 5 Abs. 2 und 3 Leiharbeits-RL vorgesehenen Ausnahmen, die über § 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 und § 9 Nr. 2 AÜG in nationales Recht umgesetzt sein sollen, kann man feststellen, dass es zu einer flächendeckenden – für die Leiharbeitnehmer nachteiligen – Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz gekommen ist.⁵¹ Ganz maßgeblich für diese Konsequenz ist die im deutschen Recht vorgesehene Möglichkeit der arbeitsvertraglichen Bezugnahme auf abweichende Tarifverträge (vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 und § 9 Nr. 2 AÜG), deren Europarechtskonformität in der Literatur zu Recht bezweifelt wird.⁵² Regelmäßig sind die in den Leiharbeits-Tarifverträgen vorgesehenen Arbeitsbedingungen deutlich schlechter als die in den entsprechenden Branchentarifverträgen.⁵³ Das gilt etwa für die wichtige Frage des Lohnes. So verdienen Leiharbeitnehmer etwa im Schnitt 40 % weniger als andere Arbeitnehmer⁵⁴ (45 % unterhalb des durchschnittlichen Lohns für einfache Helfertätigkeiten,⁵⁵ 35 % Entgeltdifferenz bei qualifizierteren Tätigkeiten zB. in Organisations-, Verwaltungs- und Büroberufen,⁵⁶ im Einzelfall sogar bis zu 60 % unterhalb der entsprechenden Tarifentgelte bei den Entleihern).⁵⁷ In der Praxis stellt die Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern deshalb die Ausnahme und gera-

51 *Sansone* (Fn. 3), S. 42; *Schüren/Wank*, RdA 2011, 1, 5; *Ulber*, NZA 2009, 232 ff.; *Waltermann*, NZA 2010, 482 ff.

52 *Sommer*, AuR 2011, 421; *Blanke*, DB 2010, 1528, 1531 f.; *Schüren/Wank*, RdA 2011, 1, 5.

53 Überblick zu verschiedenen verschlechternden tariflichen Regelungen: *Ulber*, AÜG (Fn. 3), § 9 Rn. 205 ff.; *Däubler*, Arbeitsrecht – Ratgeber für Beruf, Praxis und Studium, Frankfurt 2011, Rn. 1172a.

54 *Däubler*, Arbeitsrecht (Fn. 53), Rn. 1172a; Böckler Impuls, 19/2011, S. 2.

55 Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen (Hrsg.), Zeitarbeit in Nordrhein-Westfalen. Strukturen, Einsatzstrategien, Entgelte, Studie Zeitarbeit in NRW Endbericht, Dortmund 2008, S. 13.

56 *Waltermann*, NZA 2010, 482 ff.; Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen, Studie Zeitarbeit in NRW Endbericht (Fn. 55), S. 73.

57 *Blanke*, DB 2010, 1528 mwN.

de nicht die Regel dar.⁵⁸ Geht man davon aus, dass es das erklärte Ziel der EU-Kommission bei der Erarbeitung der Leiharbeits-RL war, den Grundsatz der Gleichbehandlung zu stärken,⁵⁹ muss man als Zwischenbilanz festhalten, dass dieses Ziel deutlicher kaum verfehlt werden kann. Damit ist nun auf die eingangs gestellte Frage zurückzukommen, ob die Ausnahmeregelungen in der Leiharbeits-RL mit den Vorgaben des Unionsrechts – wie es durch die *Test-Achats*-Entscheidung konkretisiert wurde – vereinbar sind.

2. Vereinbarkeit der Ausnahmebestimmungen der Leiharbeits-RL mit Primärrecht

a) Vereinbarkeit mit dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 20 EU-GRC

Im Unterschied zum *Test-Achats*-Fall⁶⁰ enthält die EU-GRC in Bezug auf Leiharbeiter kein besonderes Diskriminierungsverbot, wie es etwa mit Art. 21 EU-GRC für geschlechtsspezifische Benachteiligungen der Fall ist. Indes dürfte dies zu keiner generell abweichenden Bewertung führen, da der EuGH in *Test-Achats* bei der Formulierung seines Obersatzes maßgeblich auf den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz abgestellt hat, obwohl es im Anlassfall um eine Geschlechterdiskriminierung ging und dementsprechend eigentlich die speziellen Diskriminierungsverbote des Unionsrechts einschlägig gewesen wären.⁶¹ Offensichtlich wollte der EuGH seine Aussage nicht auf den Bereich der speziellen Diskriminierungsverbote begrenzen. Grund hierfür dürfte sein, dass es sich bei Art. 21 und 23 zwar um eigenständige Grundrechte handelt⁶², diese aber insbesondere auch Konkretisierungen des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes in Art. 20 EU-GRC darstellen.⁶³ Prüfungsmaßstab für die Frage der Primärrechtskonformität der

58 *Sansone* (Fn. 3), S. 42; *Schüren/Wank*, RdA 2011, 1, 5; *Ulber*, NZA 2009, 232 ff.; *Waltermann*, NZA 2010, 482 ff.

59 *Blanke*, DB 2010, 1528, 1529; ausführlich *Steuer*, Die Arbeitnehmerüberlassung als Mittel zur Förderung des Arbeitsmarktes in Deutschland, Baden-Baden 2009, S. 137 ff.; Vorschlag Leiharbeits-RL (Fn. 40), S. 9, 14, 38.

60 Dort Art. 21, 23 EU-GRC.

61 EuGH (Fn. 5) – C-236/09 – Rn. 28.

62 *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union: GRCh, Kommentar, München 2010, (EU-GRC), Art. 20 Rn. 5.

63 Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott*, 30.9.2010 – C-236/09 – Rn. 29; *Meyer*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar, Baden-Baden 2011, (EU-GRC),

Leiharbeits-RL ist folglich Art. 20 EU-GRC. Neben der Gleichbehandlung bei der Gesetzesanwendung gebietet der Gleichbehandlungsgrundsatz auch die Gleichbehandlung bei der Gesetzgebung,⁶⁴ um die es vorliegend geht.

Die Anwendbarkeit der EU-GRC als Prüfungsmaßstab ergibt sich aus Art. 51 Abs. 1 S. 1 EU-GRC, da es sich bei der Richtlinie um eine Maßnahme der Organe der Europäischen Union handelt.⁶⁵ Dass die Leiharbeits-RL schon vor dem Inkrafttreten der EU-GRC erlassen wurde, ändert – wie oben bereits dargelegt – nach der Rechtsprechung des EuGH daran nichts, da die Leiharbeits-RL in den Erwägungsgründen auf die EU-GRC verweist und damit eine Bindung an diese herbeiführt.⁶⁶

Der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 20 EU-GRC stellt sicher, dass alle Differenzierungen einem umfassenden Rechtfertigungsprogramm unterworfen werden.⁶⁷ Soweit ersichtlich verlangt der EuGH in diesem Kontext, wie etwa in *Test-Achats* aktuell veranschaulicht, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden, es sei denn, eine solche Behandlung ist objektiv gerechtfertigt.⁶⁸ Die Prüfung des Gleichbehandlungsgrundsatzes erfolgt also in zwei Stufen: Nach der Feststellung einer Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte im ersten Schritt folgt im zweiten Schritt die Prüfung möglicher Rechtfertigungen.⁶⁹

(1) Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte

Daher ist zunächst zu fragen, ob es sich bei Leiharbeitnehmern und Stammbesellschaft um zwei vergleichbare Sachverhalte handelt. Letzteres ist der Fall, wenn die zu vergleichenden Sachverhalte unter einen gemeinsamen

Art. 20 Rn. 11; *Graser*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), EU-Kommentar, Baden-Baden 2009, Art. 20 GRCh Rn. 1.

64 *Jarass* (Fn. 62), Art. 20 Rn. 3 mwN.; *Graser*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Fn. 63), Art. 20 GRCh Rn. 9.

65 *Heuschmid*, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, Handbuch für die Rechtspraxis, Baden-Baden 2011, § 11 Rn. 10; *Willemsen/Sagan*, NZA 2011, 258 ff.

66 Vgl. Erwägungsgrund 1.

67 *Graser*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Fn. 63), Art. 20 GRCh Rn. 1.

68 EuGH (Fn. 5) – C-236/09 – Rn. 28; 16.12.2008 – C-127/07 – Slg. 2008, I-9895 (Arcelor Atlantique et Lorraine u. a.), Rn. 23; *Meyer*, EU-GRC (Fn. 63), Art. 20 Rn. 14 ff.

69 *Graser*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Fn. 63), Art. 20 GRCh Rn. 4.

Oberbegriff gefasst werden können.⁷⁰ Als gemeinsamer Oberbegriff kommt hier die gleiche Tätigkeit der beiden Vergleichsgruppen im selben Betrieb in Betracht. Problematisch könnte insofern allerdings sein, dass Stammebelegschaft und Leiharbeitnehmer Vertragsbeziehungen zu unterschiedlichen Arbeitgebern unterhalten, was wiederum eine zulässige Differenzierung begründen könnte. Denn immerhin fallen die verschiedenen Arbeitgeber typischerweise in den Geltungsbereich unterschiedlicher Tarifverträge. Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH zum Gleichbehandlungsgrundsatz kann dieser Einwand allerdings nicht durchschlagen. Der Gerichtshof stellt – in inzwischen wohl ständiger Rechtsprechung⁷¹ – beim Vorliegen der Voraussetzungen des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes, also insbesondere bei der Frage der Vergleichbarkeit zweier Sachverhalte, auf „den Zweck und die Ziele der Unionsmaßnahme ab, die die fragliche Unterscheidung einführt“.⁷² Die Richtlinienvorgaben sind demnach die maßgebliche Bezugsgröße für die Bildung der Vergleichsgruppe, wobei der Rückgriff auf das Sekundärrecht dabei weniger als rechtlicher, sondern als tatsächlicher Rahmen für die Bestimmung des Kriteriums der Vergleichbarkeit zu verstehen ist.⁷³ Aus der Leiharbeits-RL ergibt sich wiederum unmissverständlich, dass die beiden betroffenen Arbeitnehmergruppen (Stammebelegschaft und Leiharbeitnehmer) gleich zu behandeln sind.⁷⁴ Folglich liegen vergleichbare Sachverhalte vor.⁷⁵

Weiter ist zu klären, ob die Ausnahmeregelungen in Art. 5 Abs. 2 und 3 Leiharbeits-RL eine Ungleichbehandlung von Leiharbeitnehmern im Verhältnis zur Stammebelegschaft herbeiführen. Dies dürfte unproblematisch zu bejahen sein. Die Ausnahmen ermöglichen es, dass Leiharbeitnehmer und Stammebelegschaft hinsichtlich der „wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen“ unterschiedlich behandelt werden. Wie oben bereits dargelegt, wird – jedenfalls in Deutschland – flächendeckend von dieser

70 Rossi, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, München 2011, (EUV/AEUV), Art. 20 GRCh Rn. 20.

71 EuGH (Fn. 5) – C-236/09 – Rn. 29; EuGH (Fn. 68) – C-127/07 – Rn. 26.

72 Kroll-Ludwigs, JZ 2011, 734, 735 f.; kritisch: Kahler, NJW 2011, 894, 895; Lüttringhaus, EuZW 2011, 295, 297.

73 Kroll-Ludwigs, JZ 2011, 734, 736.

74 Vgl. Art. 2 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 und Erwägungsgrund 14 der Leiharbeits-RL.

75 So auch: Hiebl, ZESAR 2011, 472, 477.

Möglichkeit Gebrauch gemacht. Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass die Richtlinie selbst keine Ungleichbehandlung herbeiführt, sondern lediglich die Mitgliedstaaten im Zusammenwirken mit den Sozialpartnern zu einer solchen Ungleichbehandlung ermächtigt. Denn der Unionsgesetzgeber darf niemanden zu Maßnahmen ermächtigen, die gegen die Unionsgrundrechte verstoßen würden.⁷⁶

(2) Rechtfertigung der Ungleichbehandlung

Liegt demnach eine Ungleichbehandlung vor, stellt sich die Frage nach der Rechtfertigung. Wie oben dargelegt, ist der EuGH über diesen Punkt in der Entscheidung *Test-Achats* hinweggegangen. In anderen Entscheidungen zum Gleichbehandlungsgrundsatz geht der Gerichtshof hingegen davon aus, dass eine Ungleichbehandlung zulässig ist, wenn sie „objektiv gerechtfertigt“ ist.⁷⁷ Unklar ist bisher insbesondere, inwiefern der Gerichtshof auf dieser zweiten (Rechtfertigungs-) Stufe verschiedene Kontrollintensitäten unterscheidet.⁷⁸ In der Literatur wird jedenfalls davon ausgegangen, dass eine Beeinträchtigung des Art. 20 EU-GRC durch eine Gleichbehandlung leichter zu rechtfertigen ist als eine Beeinträchtigung durch eine Ungleichbehandlung,⁷⁹ um die es vorliegend geht. Um einen sinnvollen Bewertungsmaßstab zu erhalten, spricht vieles dafür, im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu rekurren (vgl. auch Art. 52 Abs. 2 S. 2 EU-GRC).⁸⁰ Danach muss die Ungleichbehandlung in einem angemessenen Verhältnis zu dem mit ihr verfolgten Ziel stehen.⁸¹

76 EuGH, 27.6.2006 – C-540/03 – Slg. 2006, I-5769 (Familienzusammenführung), Rn. 84; Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott*, 30.9.2010 – C-236/09 – Rn. 30.

77 EuGH (Fn. 5) – C-236/09 – Rn. 28; *Jarass* (Fn. 62), Art. 20 Rn. 12; dies entspricht auch der Rechtslage auf der Basis des Kommissionsvorschlags von 2002, nach dem aus sachlichen Gründen vom Gleichbehandlungsgrundsatz abgewichen werden konnte, vgl. KOM (2002) 149 endg.

78 *Graser*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Fn. 63), Art. 20 GRCh Rn. 4; *Rossi*, in: Callies/Ruffert (Fn. 70), Art. 20 GRCh Rn. 24.

79 *Rossi*, in: Callies/Ruffert (Fn. 70), Art. 20 GRCh Rn. 28.

80 EuGH, 13.4.2000 – C-292/97 – Slg. 2000, I-2737 (Karlsson), Rn. 58; *Graser*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Fn. 63), Art. 20 GRCh Rn. 6; *Jarass* (Fn. 62), Art. 20 Rn. 15; aA. *Rossi*, in: Callies/Ruffert (Fn. 70), Art. 20 GRCh Rn. 27, der bereits in einer „Zwei-Schritt-Prüfung“ ausreichend Raum für die Berücksichtigung wertender Betrachtungen der sachlichen Gründe sieht.

81 *Jarass* (Fn. 62), Art. 20 Rn. 15.

In diesem Zusammenhang sind auch primärrechtlich gewährleistete Einflussfaktoren zu beachten, die zu einer Rechtfertigung der Ungleichbehandlung beitragen können.⁸² Zu denken ist hier insbesondere an den Schutz der unternehmerischen Freiheit in Art. 16 EU-GRC.⁸³ Darüber hinaus dürfte auch Art. 28 EU-GRC jedenfalls in den Fällen zu berücksichtigen sein, in denen es um Abweichungen vom Gleichbehandlungsgrundsatz aufgrund von tarifvertraglichen Regelungen geht. Art. 28 EU-GRC gewährleistet auf europäischer Ebene die Tarifautonomie, also das Recht der Sozialpartner, die Bedingungen der Arbeit durch Tarifverträge zu regeln.⁸⁴ Allerdings divergiert die Rechtsprechung des EuGH zum Gewährleistungsgehalt von Art. 28 EU-GRC noch erheblich, so dass gegenwärtig nicht abschließend geklärt ist, welche Rechtsfolgen sich aus Art. 28 EU-GRC für den vorliegenden Fall ergeben können.⁸⁵ Im Ergebnis sprechen jedenfalls die aktuellen Entscheidungen⁸⁶ dafür, dass Art. 28 EU-GRC einer strengen Durchsetzung des Gleichbehandlungsgebotes nicht im Weg stehen dürfte. Bestätigt wird dieser Befund durch die Rechtsprechung des BVerfG zur Tarifautonomie auf nationaler Ebene. Dieses geht trotz einer großzügigen Interpretation des autonomen Handlungsspielraums der Sozialpartner in Art. 9 Abs. 3 GG davon aus, dass Beeinträchtigungen der Tarifautonomie zum Schutz der Grundrechte von Dritten gerechtfertigt werden können.⁸⁷ Das gilt insbesondere im Zusammenhang mit der Gewährleistung von Gleichheitssätzen.⁸⁸ Nicht zuletzt ist bei Maßnahmen des EU-Gesetzgebers zu beachten, dass dieser einen nicht unerheblichen gesetzgeberischen Ermessensspielraum besitzt.⁸⁹ Letzterer ist jedoch nicht grenzenlos; insbesondere darf er nicht dazu führen, dass

82 Jarass (Fn. 62), Art. 20 Rn. 16.

83 Kahler, NJW 2011, 894, 896; Jarass (Fn. 62), Art. 16 Rn. 2.

84 Rieble/Vielmeier, EuZA 2011, 474, 500 f.; Jarass (Fn. 62), Art. 28 Rn. 8.

85 Für einen eher weiten Gewährleistungsgehalt Rosenblatt (EUGH, 12.10.2010 – C-45/09 – EuZW 2010, 869-874); für einen nicht so weitgehenden Gewährleistungsgehalt Prigge (EuGH, 13.9.2011 – C-447/09 – EuZW 2011, 751-754) und Hennigs (EuGH, 8.9.2011 – C-297/10 – EuZW 2011, 883-888; vgl. dazu auch: *Deinert*, AiBplus 08/2011, 9.

86 EuGH (Fn. 85) – C-447/09 ; (Fn. 85) – C-297/10 .

87 BVerfG, 29.12.2004 – verb. Rs. 1 BvR 2582/03, 1 BvR 2283/03, 1 BvR 2504/03 – NZA 2005, 153 ff.

88 Dieterich, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 11. Aufl., München 2011, Art. 9 GG Rn. 79.

89 EuGH, 21.2.1979 – C-138/78 – Slg. 1979, 713 (Stölting), Rn. 7; Schlussanträge der Generalanwältin Kokott, 30.9.2010 – C-236/09 – Rn. 34, 47 f.

dadurch die in der EU-GRC niedergelegten tragenden Grundsätze des Unionsrechts ausgehöhlt werden.⁹⁰

Diese Aspekte sind im Rahmen einer Gesamtabwägung zu berücksichtigen, die das Ausmaß der resultierenden Belastung einerseits sowie das Gewicht der erörterten, die Differenzierung tragenden Gründe andererseits ins Verhältnis setzt.⁹¹ Wie sich aus Art. 2, Erwägungsgrund 16 sowie 8 und 9 der Leiharbeits-RL ergibt, soll die mögliche Ungleichbehandlung nach Art. 5 Abs. 3 Leiharbeits-RL den Unternehmen mehr Flexibilität verschaffen. Ein Ziel, das durchaus dem Schutz der EU-GRC unterliegt.

Gegen eine Rechtfertigung sprechen allerdings andere in der Gesamtabwägung zu berücksichtigende Gesichtspunkte. Dies gilt zunächst für die Frage der praktischen Wirksamkeit der Leiharbeits-RL. Eine Richtlinie, die das Ziel der Gleichbehandlung definiert (Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 5 Abs. 1), darf nicht zulassen, dass dieses auf der ganzen Linie verfehlt wird. Hierdurch wird die *ratio legis* geradezu entstellt, von *effet utile*⁹² des Gleichbehandlungsgrundsatzes kann keine Rede mehr sein. Aber auch systematische Gründe sprechen gegen eine Rechtfertigung. Gemäß Art. 151 AEUV, der nach der Rechtsprechung des EuGH bei der Auslegung des sekundären Unionsrechts zu beachten ist,⁹³ verfolgt die Union das Ziel der „Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen“. Regelungen, die es zulassen, dass ohne zeitliche Grenzen zum Nachteil der Leiharbeitnehmer vom Gleichbehandlungsgrundsatz abgewichen werden kann, laufen konträr zu diesem Ziel. Die Leiharbeits-RL ist daher im Lichte von Art. 151 AEUV dahingehend auszulegen, dass dauerhafte Verschlechterungen unzulässig sind. Ebenso verlangt Nr. 7 der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer,⁹⁴ die durch Art. 151 AEUV wie auch durch Abs. 5 der Präambel des EUV in Bezug genommen wird, ebenfalls eine „Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen“ und zählt dabei ausdrücklich die Leiharbeit auf. Nicht zuletzt ist die in Art. 5 Abs. 5 Leiharbeits-RL enthaltene Anforderung, missbräuchliche Anwendungen der Leiharbeits-RL zu verhin-

90 Schlussanträge der Generalanwältin Kokott, 30.9.2010 – C-236/09 – Rn. 48.

91 Graser, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Fn. 63), Art. 20 GRCh Rn. 6; Meyer (Fn. 63), Art. 20 Rn. 16 f.

92 Schlachter, Casebook Europäisches Arbeitsrecht, Baden-Baden 2005, S. 37 mwN.

93 EuGH, 29.9.1987 – C-126/86 – Slg. 1987, 3697 (Zaera), Rn. 14 (noch zu Art. 117 EWG).

94 Gemeinschaftscharta der Sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer vom 9.12.1989, KOM (89) 248 endg.

dern, in die Gesamtabwägung einzubeziehen.

Nach dem bisher Gesagten überwiegen die Argumente, die gegen eine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung sprechen. Eine dauerhafte Ungleichbehandlung steht außer Verhältnis zu dem die Differenzierung tragenden Grund und kann deshalb nicht gerechtfertigt werden. Bestätigt wird dieser Befund durch die Entscheidung *Test-Achats*. Die Ungültigkeitserklärung des EuGH wurde dort ganz maßgeblich auf die Tatsache gestützt, dass die Gleichbehandlungs-RL unbefristete Ungleichbehandlungen ermöglichte.⁹⁵

Nichts anderes ergibt sich aus den einschränkenden Tatbestandvoraussetzungen von Art. 5 Abs. 2 bzw. Abs. 3 Leiharbeits-RL. So ist etwa in Art. 5 Abs. 3 vorgesehen, dass Abweichungen nur unter „Achtung des Gesamtschutzes“ von Leiharbeitnehmern erfolgen dürfen. Aus dieser Formulierung geht jedoch nicht hervor, wann das Gesamtschutzniveau gewahrt ist. Selbst wenn diese Vorgabe vom deutschen Gesetzgeber in nationales Recht umgesetzt worden wäre, könnte dadurch nicht verhindert werden, dass dauerhaft vom eigentlichen Ziel der Richtlinie – der Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern und Stammbeschäftigten – abgewichen wird.⁹⁶

Festzuhalten bleibt damit, dass eine Anwendung der Leiharbeits-RL, die eine zeitlich unbeschränkte Abweichung von Gleichbehandlungsgrundsatz zulässt, mit Art. 20 EU-GRC nicht vereinbar ist.

Neben der Überprüfung der Richtlinie anhand von Art. 20 EU-GRC käme auch eine Überprüfung am Maßstab von Art. 31 EU-GRC in Betracht, der das Grundrecht auf gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen verbürgt. Letzterer soll hier jedoch außer Betracht bleiben, da in diesem Beitrag allein die mit der *Test-Achats*-Entscheidung einhergehenden Gleichbehandlungsprobleme untersucht werden sollen.

b) Verstoß gegen das Kohärenzgebot

Das soeben im Zusammenhang mit Art. 20 EU-GRC gefundene Ergebnis wird durch eine Überprüfung anhand des Kohärenzgebots bestätigt. Unabhängig von der genauen dogmatischen Einordnung der Kohärenzprüfung stellt sich auch für die Leiharbeits-RL die Frage nach der inneren

95 EuGH (Fn. 5) – C-236/09 – Rn. 31 und 32.

96 Vgl. *Waas*, der davon ausgeht, dass die Regelung verhältnismäßig viel Spielraum lässt, ZESAR 2009, 207, 211.

Stimmigkeit ihrer Ausnahmegesetze in Art. 5 Abs. 2 und Abs. 3 vor dem Hintergrund des mit der Richtlinie verfolgten Ziels (Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 5 Abs. 1). In der Entscheidung *Test-Achats* hatte der EuGH ausgeführt, dass der EU-Gesetzgeber, der sich zu einem bestimmten Tätigwerden entschlossen hat, in kohärenter Weise auf die Erreichung des verfolgten Ziels hinwirken muss.⁹⁷ Nicht zu beanstanden sind nach dem Gerichtshof allerdings Übergangszeiten oder Ausnahmen begrenzten Umfangs.⁹⁸ Unzulässig sind Abweichungen erst dann, wenn diese unbefristet aufrechterhalten werden können.⁹⁹ Selbst wenn man davon ausgeht, dass die Anforderungen an die Kohärenz einer Regelung nicht überspannt werden dürfen, da der Gesetzgeber eine absolute Kohärenz und Systemreinheit nicht leisten kann,¹⁰⁰ muss man dennoch konzedieren, dass die durch die Ausnahmeregelungen in Art. 5 Abs. 2 und 3 Leiharbeits-RL ermöglichten zeitlich unbefristeten Abweichungen vom primären Richtlinienziel nicht mit dem Kohärenzgebot in Einklang zu bringen sind. Zulässige Ausnahmen müssen nämlich, was hier gerade nicht der Fall ist, „begrenzten Umfangs“ sein.

Festzuhalten bleibt damit, dass die Leiharbeits-RL auch gegen das Kohärenzgebot verstößt, wie es in der ständigen Rechtsprechung des EuGH Anwendung findet.

3. Konsequenzen des Verstoßes

Geht man mit dem soeben Dargelegten davon aus, dass die Leiharbeits-RL gegenwärtig gegen Primärrecht verstößt, stellt sich die Frage nach den Konsequenzen eines solchen Verstoßes. Dies gilt zum einen für die Ebene des Unionsrechts, zum anderen für die Ebene des nationalen Rechts, durch das die sekundärrechtlichen Vorgaben umgesetzt werden sollten.

a) Ebene des Unionsrechts

Auf der Ebene des Unionsrechts muss geprüft werden, ob die streitigen Ausnahmeregelungen der Leiharbeits-RL für ungültig¹⁰¹ erklärt werden müssen oder ob sie ggf. einer einschränkenden primärrechtskonformen Aus-

97 EuGH (Fn. 5) – C-236/09 – Rn. 21.

98 EuGH (Fn. 5) – C-236/09 – Rn. 21.

99 EuGH (Fn. 5) – C-236/09 – Rn. 32.

100 *Heuschmid*, jurisPR-ArbR 12/2010, Anm. 1.

101 Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott*, 30.9.2010 – C-236/09 – Rn. 71.

legung zugänglich sind. Nach der Rechtsprechung des EuGH sind Richtlinienbestimmungen, die den Mitgliedstaaten eine unionsrechtswidrige Handlungsoption einräumen und keinen Spielraum für eine konforme Auslegung dieser Option belassen, rechtswidrig und deshalb grundsätzlich für ungültig zu erklären.¹⁰² Im Falle einer solchen Ungültigkeitserklärung ist weiter zu untersuchen, ob das Unwirksamkeitsverdikt die gesamte Richtlinie betrifft oder ob es sich auf einzelne Richtlinienbestimmungen beschränkt. Betrachtet man die Rechtsprechung des EuGH eingehender, zeigt sich, dass eine Gesamtungültigkeitserklärung nur angezeigt ist, wenn die relevanten Bestimmungen untrennbar mit dem verbleibenden Rest der Richtlinie zusammenhängen.¹⁰³ Soweit es sich bei der streitgegenständlichen Bestimmung hingegen um einen abtrennbaren Teil der Richtlinie handelt, kommt eine isolierte Aufhebung der betroffenen Richtlinienbestimmung in Betracht.¹⁰⁴ Letzteres wäre vorliegend der Fall. Eine Streichung der Ausnahmeregelungen in Art. 5 Leiharbeits-RL würde die Richtlinie nicht in ihrer Substanz treffen.¹⁰⁵ Das Gegenteil wäre sogar der Fall. Eine Aufhebung der Ausnahmebestimmungen wäre die Voraussetzung für die tatsächliche Verwirklichung der in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 Leiharbeits-RL definierten Ziele. Die Tatsache, dass die betroffenen Ausnahmeregelungen ggf. Gegenstand eines politischen „*package-deals*“ waren, ändert daran nichts. Auch die weiteren Ziele der Leiharbeits-RL, wie etwa die Verbesserung der Qualität der Leiharbeit durch die Anerkennung der Leiharbeitsunternehmen als Arbeitgeber, wären nämlich durch eine isolierte Aufhebung nicht gefährdet.

Sollte der EuGH die Ausnahmeregelungen für ungültig erklären, würde ein solches Urteil grundsätzlich zurückwirken.¹⁰⁶ Anders wäre es dagegen, wenn der Gerichtshof die Rückwirkung seiner Entscheidung ausnahmsweise einschränken würde.¹⁰⁷ Eine solche Einschränkung kommt insbesondere dann in Betracht, wenn aufgrund der widerstreitenden Interessen

102 EuGH (Fn. 76) – C-540/03 –Rn. 27 f.

103 EuGH, 5.10.2000 – C-376/98 – Slg. 2000, I-8419 (Deutschland/Parlament und Rat), Rn. 117; Schlussanträge der Generalanwältin Kokott, 30.9.2010 – C-236/09 – Rn. 71.

104 Schlussanträge der Generalanwältin Kokott, 30.9.2010 – C-236/09 – Rn. 71.

105 Vgl. auch: EuGH (Fn.103), – C-376/98 –Rn. 117.

106 EuGH, 26.4.1994 – C-228/92 – Slg. 1994, I-1445 (Roquette Frères), Rn. 17; Schlussanträge der Generalanwältin Kokott, 30.9.2010 – C-236/09 – Rn. 74.

107 Schlussanträge der Generalanwältin Kokott, 30.9.2010 – C-236/09 – Rn. 75.

zwingende Erwägungen der Rechtssicherheit es erfordern.¹⁰⁸ Vor dem Hintergrund der erheblichen finanziellen Konsequenzen, die sich aus rechtswidrigen Regelungen von Leiharbeitsverhältnissen ergeben können,¹⁰⁹ ist anzunehmen, dass der Gerichtshof, analog zur Entscheidung *Test-Achats*, im Fall einer Ungültigkeitserklärung die Urteilstwirkungen zeitlich beschränken würde.¹¹⁰

Eine Ungültigkeitserklärung ist allerdings nur dann notwendig, wenn die Richtlinie nicht – einschränkend – primärrechtskonform ausgelegt werden kann. Denn nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH hat die primärrechtskonforme Auslegung Vorrang vor der Ungültigkeitserklärung.¹¹¹ Fraglich ist damit, ob die Ausnahmebestimmungen in Art. 5 Abs. 2 und 3 Leiharbeits-RL einer solchen – einschränkenden – primärrechtskonformen Auslegung zugänglich sind.

Oben wurde ausführlich dargelegt, dass sich das Verdikt der Primärrechtswidrigkeit maßgeblich auf die Möglichkeit stützt, unbeschränkt vom Gleichbehandlungsgrundsatz abweichen zu können. Folglich muss eine primärrechtskonforme Auslegung an dieser Stellschraube ansetzen. Eine Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz kann demnach allenfalls befristet zulässig sein. Fraglich kann damit höchstens sein, innerhalb welcher zeitlichen Grenzen eine Abweichung noch als primärrechtskonform angesehen werden kann. Diese Frage ist vor dem Hintergrund der Tatsache zu beantworten, dass ein großer Teil der Leiharbeitsverhältnisse nicht länger als drei Monate dauert.¹¹² Will man dem Gleichbehandlungsgebot insoweit tatsäch-

108 EuGH, 30.9.2003 – C-239/01 – Slg. 2003, I-10333 (Deutschland/Kommission), Rn. 78; Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott*, 30.9.2010 – C-236/09 – Rn. 76.

109 erinnert sei nur an die Folgen der Tarifunfähigkeit der CGZP.

110 EuGH (Fn. 5) – C-236/09 – Rn. 33 f.; so auch Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott*, 30.9.2010 – C-236/09 – Rn. 79 ff. (dreijährige Übergangsfrist aus Rechtssicherheitserwägungen).

111 St. Rspr., siehe EuGH, 4.10.2001 – C-403/99 – Slg. 2001, I-6883 (Italien/Kommission), Rn. 37; 26.6.2007 – C-305/05 – Slg. 2007, I-5305 (Ordre des barreaux francophones et germanophones ua.), Rn. 28; 19.11.2009 – C-402/07 und C-432/07 – Slg. 2009, I-10923 (Sturgeon ua.), Rn. 47; *Leible/Domröse*, in: Riesenhuber (Hrsg.) Europäische Methodenlehre, Handbuch für Ausbildung und Praxis, Berlin 2010, S. 255.

112 *Blanke*, DB 2010, 1528 ff.; Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen, Studie Zeitarbeit in NRW Endbericht (Fn. 55), S. 33 ff.; in Italien dauern Beschäftigungsverhältnisse in der Leiharbeitsbranche in 90 % der Fälle kürzer als drei Monate, in Frankreich in 44 % der Fälle sogar kürzer als eine Woche,

lich zum Durchbruch verhelfen, kann eine Abweichung nur zulässig sein, solange sie deutlich kürzer als drei Monate währt.¹¹³ Maßgeblich für die Konkretisierung des zulässigen Abweichungszeitraums muss sein, dass der überwiegende Anteil der Leiharbeitnehmer tatsächlich auch in den Genuss der Gleichbehandlung kommt (*effet-utile*). Dies kann von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat durchaus variieren. Um eine für jeden Mitgliedstaat passende Regelung zu treffen, wäre es sinnvoll, wenn der EuGH diese Frage den nationalen Gerichten überantworten würde¹¹⁴ – vorausgesetzt natürlich der eben beschriebene *effet utile* wird gewahrt. Auch der Wortlaut der Leiharbeits-RL stünde einer solchen einschränkenden Auslegung bzw. primärrechtskonformen Rechtsfortbildung nicht im Wege.¹¹⁵ Sowohl in Art. 5 Abs. 2 als auch in Art. 5 Abs. 3 Leiharbeits-RL könnte eine bestimmte höchstzulässige Abweichungsdauer hineingelesen werden. Selbstverständlich muss dann innerhalb dieses Abweichungszeitraums sichergestellt sein, dass, wie Art. 5 Abs. 3 Leiharbeits-RL vorsieht, „der Gesamtschutz der Leiharbeitnehmer“ beachtet ist.¹¹⁶ Nicht zuletzt streitet für eine solche Auslegung auch der für das Unionsrecht geltende Grundsatz, nach dem Ausnahmenvorschriften prinzipiell eng auszulegen sind.¹¹⁷

Demnach bleibt festzuhalten, dass die Leiharbeits-RL einschränkend primärrechtskonform ausgelegt werden kann, weshalb sich eine Ungültigkeitserklärung durch den EuGH erübrigen dürfte. Um Rechtssicherheit herzustellen, sollte dem Gerichtshof dennoch die hier behandelte Rechtsfrage nach Art. 267 AEUV vorgelegt werden.

b) Ebene des nationalen Rechts

An die eben getroffenen Feststellungen schließt sich die Frage an,

vgl. *Hießl*, ZESAR 2011, 472 f.; aus Schweden werden hingegen deutlich längere Beschäftigungszeiten berichtet.

113 So aber der Antrag der Fraktion der SPD "Fairness in der Leiharbeit" vom 23.3.2010, BT-Drs. 17/1155, S. 3.

114 Vgl. etwa EuGH, 14.7.2011 – C-46/10 – (Viking), Rn. 85, NZA 2008, 124.

115 Der EuGH differenziert regelmäßig nicht zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung: vgl. *Pöters/Christensen*, JZ 2011, 387, 388 f.

116 *Ulber*, AÜG (Fn. 3), Einleitung F Rn. 62 f.

117 St. Rspr. des EuGH, siehe etwa EuGH, 9.9.2003 – C-151/02 – Slg. 2003, I-8389 (Jaeger), Rn. 89; 23.3.2006 – C-465/04 – Slg. 2006, I-2879 (Honyvem), Rn. 24; *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre (Fn. 111), S. 345 ff. mwN.; Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott*, 30.9.2010 – C-236/09 – Rn. 72.

welche Konsequenzen eine solche primärrechtskonforme Auslegung für das nationale Recht, namentlich für die Regelungen der § 3 Abs. 1 Nr. 3 und § 9 Nr. 2 AÜG und der darauf beruhenden Tarifverträge, haben könnte.

Auch die Ausnahmenvorschriften des AÜG sind – als Umsetzung europäischen Rechts durch einen Mitgliedsstaat, d.h. „bei der Durchführung des Unionsrechts“ – gem. Art. 51 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 EU-GRC anhand von Art. 20 EU-GRC zu überprüfen.¹¹⁸ Beim AÜG handelt es sich um die Durchführungsmaßnahme der Leiharbeits-RL iSd. Art. 51 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 EU-GRC. Das ergibt sich zum einen bereits daraus, dass es sich beim AÜG spätestens seit dem „Ersten Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes“ vom 29.4.2011 um ein Umsetzungsgesetz zur Leiharbeits-RL handelt.¹¹⁹ Zum anderen nimmt der EuGH die nach Art. 51 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 EU-GRC erforderliche Eröffnung des Anwendungsbereiches des Unionsrechts bereits dann an, wenn eine nationale Rechtsmaterie in irgendeiner Hinsicht von einer Richtlinie erfasst wird.¹²⁰ Auch dies wäre vorliegend der Fall.

Mit der Eröffnung des Anwendungsbereiches der EU-GRC nimmt Art. 20 EU-GRC vorliegend am Anwendungsvorrang des Unionsrechts teil.¹²¹ In der Konsequenz muss das nationale Recht deshalb „so weit wie möglich“ im Einklang mit Art. 20 EU-GRC ausgelegt werden.¹²² Im Fall einer Unmöglichkeit der primärrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts muss dieses unangewendet bleiben.¹²³

Betrachtet man nun die Regelungen der §§ 3 Abs. 1 Nr. 3 und 9 Nr. 2 AÜG, fällt zunächst auf, dass diese keinerlei Einschränkungen bei den Abweichungsmöglichkeiten vorsehen. Die einzige Einschränkung in § 3 Abs. 1 Nr. 3 und § 9 Nr. 2 AÜG stellt die neue Mindestlohnklausel in § 3 a Abs. 2

118 Däubler-Heuschmid, Arbeitskampfrecht (Fn. 65), § 11 Rn. 11 ff.

119 Vgl. BT-Drs. 17/5238, S. 1.

120 Schlussanträge des Generalanwalt Bot, 5.4.2011 – C- 108/10 – Rn. 110 ff; Däubler-Heuschmid, Arbeitskampfrecht (Fn. 65), § 11 Rn. 14.

121 *Leible/Domröse*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre (Fn. 111), S. 255.

122 *Leible/Domröse*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre (Fn. 111), S. 276 mwN. aus der Rspr.

123 EuGH, 22.10.1998 – verb. Rs. C-10/97 bis C-22/97 – Slg. 1998, I-6307 (Ministero delle Finanze/IN.CO.GE. '90 Srl. ua.), Rn. 20 f. mwN.; *Leible/Domröse*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre (Fn. 111), S. 274; *Schlachter*, ZfA 2007, 249, 256; EuGH, 19.1.2010 – C-555/07 – Slg. 2010, I-365 (Kücükdeveci), Rn. 51.

AÜG dar, die allerdings als reine Lohnuntergrenze kaum zur Gleichbehandlung von Leih- und Stammarbeitnehmern beitragen dürfte. Gleichzeitig steht der Wortlaut der hier vorgeschlagenen einschränkenden primärrechtskonformen Auslegung auch nicht im Wege. Sofern man Letzteres in Abrede stellt, kann selbiges Ergebnis jedenfalls durch eine „primärrechtskonforme Rechtsfortbildung“ erreicht werden.¹²⁴ Wie soeben bei der Leiharbeits-RL dargelegt, können die betroffenen Bestimmungen des AÜG unproblematisch dahingehend angewandt werden, dass eine Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz nur innerhalb eines noch näher zu bestimmenden Zeitraums zulässig ist.

Sollte ein deutsches Gericht entgegen des soeben Dargelegten zu dem Ergebnis kommen, dass die Vorschriften des AÜG einer primärrechtskonformen Auslegung nicht zugänglich sind, wären die Bestimmungen unanwendbar. Erst kürzlich hat der EuGH im Zusammenhang mit dem Verbot der Altersdiskriminierung entschieden, dass der Grundsatz der Unanwendbarkeit auch in einem Rechtsstreit zwischen Privaten anzuwenden ist.¹²⁵ Es sind keine Gründe ersichtlich, warum dies nicht auch im Zusammenhang mit dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz gelten sollte.¹²⁶ Die vom BVerfG gebilligte Nichtanwendung nationaler Gesetze¹²⁷ setzt dabei nicht einmal eine vorherige Vorlage an den EuGH voraus.¹²⁸ Vielmehr kann jedes nationale Gericht eine dem Gleichbehandlungsgrundsatz widersprechende Regelung unangewendet lassen.¹²⁹ Auf den vorliegenden Fall übertragen wären § 3 Abs. 1 Nr. 3 und § 9 Nr. 2 AÜG demzufolge unanwendbar und die darauf beruhenden Tarifverträge rechtswidrig. Als Konsequenz hätten die Verleiher nach § 10 Abs. 4 S. 4 AÜG den Leiharbeitnehmern die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer geltenden we-

124 Ähnlich: BAG, 24.3.2009 – 9 AZR 983/07 – AuR 2009, 213 ff.; BGH, 26.11.2008 – VIII ZR 200/05 – JZ 2009, 519 ff.

125 EuGH (Fn.123), – C-555/07 –Rn. 51; *Hoffmann*, ZIP 2011, 1445, 1452; aA. *Stotz*, in: *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre (Fn. 111), S. 673.

126 Hierfür spricht, dass der EuGH in der Entscheidung *Küçükdeveci* insbesondere darauf abstellte, dass das Verbot der Altersdiskriminierung gerade deshalb ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts sei, weil es eine spezifische Anwendung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes darstelle, vgl. EuGH (Fn. 123), – C-555/07 – Rn. 50; Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak* vom 8.9.2011, Rs. C-282/10, Rn. 146.

127 BVerfG, 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06 – (Honeywell), BVerfGE 126, 286-331.

128 EuGH (Fn.123), – C-555/07 –Rn. 53.

129 Vgl. *Hoffmann*, ZIP 2011, 1445, 1452.

sentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewährleisten.¹³⁰

V. Ergebnis

Ausgehend von der *Test-Achats*-Entscheidung ergeben sich erhebliche Zweifel an der Primärrechtskonformität der Ausnahmeregelungen in Art. 5 Abs. 2 und 3 Leiharbeits-RL sowie des darauf beruhenden deutschen Umsetzungsrechts im AÜG. Besonders fragwürdig erscheint die über die Ausnahmeregelung ermöglichte – zeitlich unbegrenzte – Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz. Auf der Basis einer einschränkenden primärrechtskonformen Auslegung bzw. Rechtsfortbildung ist allenfalls eine zeitlich befristete Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz mit dem Primärrecht vereinbar. Der zulässige Abweichungszeitraum dürfte von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat variieren. Eine solche einschränkende primärrechtskonforme Auslegung bzw. Rechtsfortbildung kann weitreichende Konsequenzen für Leiharbeitsverhältnisse haben, die abweichend vom Gleichbehandlungsgrundsatz geregelt sind. Rechtssicherheit kann letztlich nur durch eine Entscheidung des EuGH hergestellt werden. Zu denken ist etwa an eine Vorlage nach Art. 267 AEUV in einem Verfahren auf Lohnnachzahlung gem. § 10 Abs. 4 S. 4 AÜG.

130 *Ulber*, AÜG (Fn. 3), § 10 Rn. 99 ff.