

Risikobegrenzung bei Anwendung von CGZP-Tarifen

Wiss. Ass. Rechtsanwalt Bernhard Ulrici,
Leipzig*

Die Wirksamkeit der von der Tarifgemeinschaft CGZP für die Zeitarbeitsbranche abgeschlossenen Tarifverträge wird vielfach in Zweifel gezogen. Die sich gegen die Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit der CGZP richtenden Bedenken harren derzeit der Klärung durch das Arbeitsgericht Berlin. Für den Fall, dass sich die geltend gemachten Bedenken durchsetzen, besteht für Verleiher, welche die CGZP-Tarifverträge anwenden, die Gefahr, dass sie erhebliche Nachzahlungen an ihre Leiharbeitnehmer und die Sozialversicherung erbringen müssen, weil durch einen unwirksamen Tarifvertrag nicht vom Schlechterstellungsverbot abgewichen werden kann. Inwieweit sich diese Risiken begrenzen lassen, ist Gegenstand des nachfolgenden Beitrags.

I. Einleitung

Die Zeitarbeitsbranche gehört in Bezug auf die Anzahl der beschäftigten Arbeitnehmer zu den am schnellsten wachsenden Wirtschaftszweigen¹. Möglich werden die hohen Wachstumsraten u. a. dadurch, dass der Einsatz von Leiharbeitnehmern für den Entleiher als Möglichkeit zur Flucht aus dem

Tarifvertrag erscheint². Zwar darf der Verleiher den Leiharbeitnehmer nach §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2 AÜG, abgesichert durch § 10 Abs. 4 AÜG³, für die Dauer des Einsatzes beim Entleiher hinsichtlich der wesentlichen Arbeitsbedingungen⁴ grundsätzlich nicht schlechter behandeln als einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers (Schlechterstellungsverbot)⁵. Dementsprechend steht dem Leiharbeitnehmer während seines Einsatzes beim Entleiher eigentlich der dort übliche (Tarif-)Lohn zu. Vom Schlechterstellungsverbot kann allerdings nach §§ 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 und 3, 9 Nr. 2 Hs. 3 AÜG abgewichen werden, indem das Leiharbeitsverhältnis tariflich geregelt wird. Dies gilt unabhängig davon, ob der Tarifvertrag normativ oder durch individualvertragliche Bezugnahme gilt. Einschlägig sind die Tarifverträge der Zeitarbeitsbranche, welche gegenüber den beim Entleiher geltenden Tarifen regelmäßig deutlich geringere Vergütungen vorsehen⁶. Von der Möglichkeit zur Abweichung vom Schlechterstellungsverbot wird regelmäßig Gebrauch gemacht, um den Verwaltungsaufwand überschaubar und die Kosten konkurrenzfähig zu halten⁷. Werden dabei allerdings die Anforderungen der §§ 3 Abs. 1

* Der Autor ist Rechtsanwalt und wissenschaftlicher Assistent am Institut für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Leipzig.

¹ Vgl. Schüren, RdA 2007, 231 (232).

² Vgl. Schüren, RdA 2007, 231 (232).

³ Dazu Ulrici, in: Hümmerich/Boecken/Düwell, AnwK-ArbR, § 10 AÜG Rdnr. 61 ff.

⁴ Dazu Ulrici, (o. Fn. 3), § 3 AÜG Rdnr. 26 f.

⁵ Dazu Ulrici, (o. Fn. 3), § 3 AÜG Rdnr. 25 ff.

⁶ Schüren, RdA 2007, 231 (232).

⁷ Vgl. Brors, BB 2006, 101; Schüren, RdA 2007, 231 (232); Ulrici, (o. Fn. 3), § 9 AÜG Rdnr. 44.

Nr. 3, 9 Nr. 2 AÜG nicht beachtet, gilt das Schlechterstellungsverbot (unerkannt) fort, was für den Verleiher erhebliche Nachzahlungspflichten auslösen kann. Entsprechende Risiken gehen Verleiher ein, welche vom Schlechterstellungsverbot auf der Basis von CGZP-Tarifverträgen abweichen, weil die Wirksamkeit dieser Tarifverträge in Rechtsprechung und Wissenschaft bezweifelt wird (II.). Für Verleiher ist daher von Bedeutung, wie sie diese Risiken unter grundsätzlicher Beibehaltung der CGZP-Tarife begrenzen können (III.).

II. Risikobeschreibung

1. Ausgangspunkt

Vom Schlechterstellungsverbot kann jeweils nur ein wirksamer Tarifvertrag befreien⁸. Nur ein wirksamer Tarifvertrag erlangt durch beiderseitige Tarifbindung oder Allgemeinverbindlicherklärung normative Wirkung. Grundsätzlich kann zwar ein unwirksamer Tarifvertrag in Bezug genommen werden⁹. Jedoch befreit die Bezugnahme auf einen unwirksamen Tarifvertrag nicht vom Schlechterstellungsverbot¹⁰. Dies gilt jedenfalls insoweit, als der Wirksamkeitsmangel die hinter § 3 Abs. 1 Nr. 3 Hs. 2, 3, 9 Nr. 2 Hs. 3 AÜG stehende Gerechtigkeitsvermutung¹¹ in Frage stellt. Das trifft insbesondere auf Mängel der Tariffähigkeit oder -

zuständigkeit zu, weil nur eine ausreichend mächtige, demokratisch organisierte Koalition innerhalb ihres Zuständigkeitsbereichs über ausreichende Sachkunde für das Aushandeln angemessener Arbeitsbedingungen verfügt¹².

2. Offene Fragen

Die Wirksamkeit der von der Tarifgemeinschaft CGZP für die Zeitarbeitsbranche abgeschlossenen Tarifverträge wird bezweifelt¹³. Umstritten ist insoweit allerdings nicht allein, ob die Tarifverträge an Wirksamkeitsmängeln leiden (a.). Vielmehr ist gleichermaßen umstritten, welche Rechtsfolgen sich aus etwaigen Unwirksamkeitsmängeln ergeben (b.).

a.) Wirksamkeitsmängel

Bereits kurz nach Inkrafttreten des Ersten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt wurde die Tariffähigkeit der CGZP bestritten¹⁴. Als Begründung wurde auf ihre fehlende Mächtigkeit verwiesen, die aus der ihren Mitgliedsgewerkschaften feh-

⁸ Vgl. Brors, BB 2006, 101 (102); Ulrici, (o. Fn. 3), § 3 AÜG Rdnr. 43 ff.

⁹ BAG v. 22.01.2002, NZA 2002, 1041 (1042).

¹⁰ Ulrici, (o. Fn. 3), § 3 AÜG Rdnr. 43.

¹¹ Vgl. Brors, BB 2006, 101 (102); Schüren, in: Schüren, AÜG, 3. Aufl. 2007, § 9 Rdnr. 114.

¹² Vgl. Brors, BB 2006, 101 (102); Kempen, in: Kempen/Zachert, TVG, 4. Aufl. 2006, § 2 Rdnr. 4; Schüren, (o. Fn. 11), § 9 Rdnr. 114.

¹³ ArbG Osnabrück v. 15.01.2007, AuR 2007, 182; ArbG Berlin v. 16.01.2007, AuR 2007, 182; Schüren, (o. Fn. 11), § 9 Rdnr. 119 mit zahlreichen weiteren Verweisen auf Literaturstimmen. - Weitere Hinweise zur Rechtsprechung bei Schüren, NZA 2007, 1213 (1214). - A. A. Ankersen, NZA 2003, 421 (424); Boemke/Lembke, AÜG, 2. Aufl. 2005, § 9 Rdnr. 130. - A. A. wohl auch Zehnter AÜG-Bericht, BT Drs. 15/6008, S. 10.

¹⁴ Böhm, DB 2003, 2598; Schüren/Behrend, NZA 2003, 521 (524 f.).

lenden Mächtigkeit sowie aus ihrer unzureichenden Vertretung in der Zeitarbeitsbranche abgeleitet wird¹⁵. Das *ArbG Osnabrück* hat diese Zweifel aufgegriffen und ein anhängiges Urteilsverfahren nach § 97 Abs. 5 Satz 1 ArbGG ausgesetzt¹⁶. Neben der fehlenden Tariffähigkeit wird eingewandt, dass es der CGZP an der Zuständigkeit für die Zeitarbeitsbranche fehlt. Dies hat das *ArbG Berlin* zu einer Verfahrensaussetzung veranlasst¹⁷. Neben den beiden erwähnten Verfahren wurden bis zum Zeitpunkt einer Erhebung von *Schüren*¹⁸ weitere 13 Verfahren nach § 97 Abs. 5 ArbGG ausgesetzt.

Die Klärung der Wirksamkeit der CGZP-Tarifverträge ist vorliegend weder möglich noch angestrebt¹⁹, weil überaus umstrittene Rechtsfragen berührt werden, die sich zudem nur auf der Grundlage einer umfassenden Tatsachenermittlung klären lassen. Festhalten lässt sich jedoch, dass unsicher

¹⁵ Schüren, (o. Fn. 11), § 9 Rdnr. 114 ff.; Schüren/Behrend, NZA 2003, 521 (524 f.). – Zu bedenken ist hierbei allerdings, dass sämtliche Gewerkschaften in der Zeitarbeitsbranche kaum vertreten sind, weil die Mitgliedschaft in der Gewerkschaft für Leiharbeitnehmer faktisch nicht mit Vorteilen verbunden ist. Die bestehenden Tarifverträge weichen grundsätzlich für den Leiharbeitnehmer nachteilig vom Gesetz ab, weshalb jegliches Interesse an der Erlangung einer normativen Tarifbindung fehlt.

¹⁶ *ArbG Osnabrück* v. 15.01.2007, AuR 2007, 182.

¹⁷ *ArbG Berlin* v. 16.01.2007, AuR 2007, 182.

¹⁸ Schüren, NZA 2007, 1213 (1215).

¹⁹ Das Verfahren nach § 97 ArbGG wird am *ArbG Berlin* unter dem Az. 54 BV 13961/06 geführt.

ist, ob die von der CGZP geschlossenen Tarifverträge wirksam sind.

b.) Rechtsfolgen etwaiger Wirksamkeitsmängel

Umstritten ist, ob das behauptete anfängliche Fehlen der Tariffähigkeit oder der Tarifzuständigkeit zur Unwirksamkeit des Tarifvertrags ex tunc²⁰ oder lediglich ex nunc²¹ zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung nach § 97 ArbGG führt²². Für eine Wirkung ex nunc werden das Prinzip der Rechtssicherheit und Probleme bei der rückwirkenden Abwicklung vollzogener Arbeitsverhältnisse angeführt. Für eine Unwirksamkeit ex tunc sprechen dagegen der Grundsatz, dass fehlerhafte Normen grundsätzlich mit ex tunc Wirkung unwirksam sind. Hierfür spricht weiter, dass Tariffähigkeit und –zuständigkeit die vom Geltungsbereich eines Tarifvertrags erfassten Arbeitnehmer vor einer rechtswidrigen und u. U. inhaltlich unangemessenen Fremdbestimmung schützen. Schließlich ist für diese Ansicht anzuführen, dass § 97 Abs. 5 ArbGG die Aussetzung des Verfahrens bis zur Klärung der Tariffähigkeit und –zuständigkeit vorsieht

²⁰ Brors, BB 2006, 101 (104); Friedrich, in: AnwK-ArbR (o. Fn. 3), § 2 TVG Rdnr. 79 (Tariffähigkeit) und Rdnr. 97 (Tarifzuständigkeit).

²¹ Wendeling-Schröder, in: Kempen/Zachert, TVG, 4. Aufl. 2006, § 2 Rdnr. 169 für die fehlende Tarifzuständigkeit.

²² Eine Nachwirkung nach § 4 Abs. 5 TVG, die für den nachträglichen Wegfall der Tariffähigkeit oder –zuständigkeit vertreten wird, scheidet bei anfänglichen Mängeln aus.

und der somit hinter dieser Vorschrift stehende Gedanke der Vorgeflichkeit regelmäßig nur zum tragen kommt, wenn ein entscheidungserheblicher Tarifvertrag ex tunc unwirksam ist.

Unabhängig davon, dass generell die besseren Erwägungen für eine Unwirksamkeit ex tunc sprechen, ist vorliegend zu berücksichtigen, dass ein an einem Mangel der Tariffähigkeit oder –zuständigkeit leidender Tarifvertrag jedenfalls mit Wirkung ex tunc nicht vom Schlechterstellungsverbot befreien kann. Dies folgt zunächst aus dem Schutzzweck des § 9 Nr. 2 AÜG, der eine Abweichung nur durch solche Tarifverträge zulassen will, die die Gewähr für ihre Angemessenheit besitzen²³. Einem von einer nicht tariffähigen oder unzuständigen Vereinigung geschlossenen Tarifvertrag fehlt diese Gewähr bereits anfänglich²⁴. Hiergegen lassen sich weder Rechtssicherheit noch Abwicklungsschwierigkeit im vollzogenen Arbeitsverhältnis anführen, weil §§ 9 Nr. 2, 10 Abs. 4 AÜG ohnehin auf eine auch zurückwirkende Anpassung des vollzogenen Arbeitsverhältnisses gerichtet sind.

3. Wirtschaftliche Risiken

Bis zur abschließenden Klärung der skizzierten Zweifel besteht für Verleiher die Gefahr, dass sie unter Anwendung eines unwirksamen Tarifvertrags zu Unrecht vom Schlechterstellungsverbot abweichen. Soweit der

²³ Vgl. Brors, BB 2006, 101 (104).

²⁴ Vgl. Brors, BB 2006, 101 (102, 104); Schüren, (o. Fn. 11), § 9 Rdnr. 114.

durch Inbezugnahme gestaltete Inhalt des Arbeitsvertrags vom Schlechterstellungsverbot abweicht, ist er nach § 9 Nr. 2 AÜG ex tunc unwirksam²⁵. Die hierdurch entstehende Lücke wird von § 10 Abs. 4 AÜG geschlossen, der anordnet, dass der Leiharbeiter für die Zeiten seines Einsatzes beim Entleiher rückwirkend die Gewährung der für einen vergleichbaren Stammarbeiter im Einsatzbetrieb geltenden Arbeitsbedingungen fordern kann²⁶. Für das Arbeitsentgelt bedeutet dies, dass der Verleiher dem Leiharbeiter für die Dauer seines Einsatzes beim Entleiher den dort geltenden, regelmäßig deutlich höheren (Tarif-)Lohn zahlen muss. Der Verleiher ist bis zur Grenze der Verjährung oder Verwirkung verpflichtet, dem Leiharbeiter rückwirkend die Lohndifferenz nachzuzahlen.

Entgegen teilweiser Annahme²⁷ wird der Zeitraum der Nachzahlung regelmäßig nicht durch eine Ausschlussfrist begrenzt. Zwar sehen die von der CGZP für die Zeitarbeitsbranche vereinbarten Tarifverträge selbst Ausschlussfristen vor. Soweit sie jedoch unwirksam sind, entfalten sie keine normative Wirkung. Denkbar ist zwar, dass sie durch Bezugnahme zur Geltung gelangen. Da ein unwirksamer Tarifvertrag jedoch we-

²⁵ Ulrici, (o. Fn. 3), § 9 AÜG Rdnr. 25.

²⁶ Ulrici, (o. Fn. 3), § 10 AÜG Rdnr. 64. – A. A. Brors, BB 2006, 101 (105), die unzutreffend davon ausgeht, dass die Nichtigkeit nach § 9 Nr. 2 AÜG auch die verleihfreien Zeiten umfasst, vgl. hierzu Ulrici, (o. Fn. 3), § 9 AÜG Rdnr. 25.

²⁷ Reipen, NZS 2005, 407 (410).

der § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB noch § 310 Abs. 4 Satz 3 BGB i. V. m. § 307 Abs. 3 BGB unterfällt und die in den CGZP-Tarifverträgen vereinbarten Ausschlussfristen²⁸ nicht den vom BAG²⁹ aufgestellten Anforderungen entsprechen, sind sie als individualrechtliche Abreden nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam³⁰. Schließlich kann zwar über § 10 Abs. 4 AÜG die für einen vergleichbaren Stammarbeitnehmer des Entleiher geltende Ausschlussfrist zur Anwendung kommen³¹. Da diese dem Arbeitnehmer jedoch regelmäßig nicht nach §§ 2, 3 NachwG³² nachgewiesen wurde, bleibt sie im Ergebnis wirkungslos³³.

Mit der für einen erheblichen Zeitraum einhergehenden Pflicht zur Nachzahlung des Arbeitsentgelts geht die Pflicht zur Nachzahlung von Sozialabgaben einher³⁴. Hierfür haftet nach § 28e Abs. 2 Satz 1 SGB IV der Entleiher als selbstschuldnerischer Bürger,

weshalb die beschriebenen Risiken insoweit auch ihn treffen können³⁵.

III. Risikobegrenzung

1. Ausgangspunkt

Zu klären ist, ob die beschriebenen Risiken durch Gestaltung des Leiharbeitsvertrags begrenzt werden können. In der Praxis anzutreffen sind insoweit Ersatzverweisungsklauseln, welche vorrangig auf den von der CGZP abgeschlossenen Tarifvertrag und subsidiär hierzu auf die DGB Tarifverträge verweisen (2.)³⁶. Als weiteres Instrument der Risikobegrenzung kommt die eigenständige Vereinbarung einer Ausschlussfrist in Betracht (3.).

2. Ersatzverweisungen

a.) Geeignetheit

Die sich aus der Unwirksamkeit der CGZP-Tarifverträge ergebenden Risiken lassen sich verringern, wenn ersatzweise die Tarifverträge der DGB-Gewerkschaften in Bezug genommen werden. Ist eine solche ersatzweise Bezugnahme wirksam, kommen zumindest die jeweiligen DGB-Tarifverträge zur Anwendung und befreien nach § 9 Nr. 2 Hs. 3 AÜG vom Schlechterstellungsverbot. Das Nachzahlungsrisiko wird auf die Lohndifferenz zwischen dem CGZP-Tarif und dem einschlägigen DGB-Tarif sowie die hierauf

²⁸ AMP-CGZP: 2 Monate (einstufig).

²⁹ BAG v. 25.05.2005, NZA 2005, 1111; BAG v. 28.09.2006, NZA 2006, 149.

³⁰ Außerdem kann die in Bezug genommene Ausschlussfrist nach § 9 Nr. 2 AÜG unwirksam sein, wenn sie für den Arbeitnehmer ungünstiger als die für einen vergleichbaren Stammarbeitnehmer geltende Ausschlussfrist ist.

³¹ Vgl. Ulrici, (o. Fn. 3), § 10 AÜG Rdnr. 64.

³² Vgl. Ulrici, (o. Fn. 3), § 10 AÜG Rdnr. 44.

³³ BAG v. 17.04.2002, NZA 2002, 1096 (1098 f.).

³⁴ Ausführlich Reipen, NZS 2005, 407 (409 f.). – Vgl. auch Brors, BB 2006, 101 (105).

³⁵ Reipen, NZS 2005, 407 (410). – Entgegen Brors, BB 2006, 101 (105); Schüren, NZA 2007, 1213 (1214) kann sich dagegen eine Haftung des Entleiher auf die Lohndifferenz nicht über §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 1 Abs. 2 AÜG ergeben, vgl. hierzu Golücke, in: AnwK-ArbR(o. Fn. 3), § 1 AÜG Rdnr. 36.

³⁶ Vgl. hierzu Brors, BB 2006, 101.

entfallenden Beiträge zur Sozialversicherung verringert.

Eine Begrenzung des Nachzahlungszeitraums lässt sich hierdurch allerdings nicht bewirken. Zwar erfasst die Verweisung auch die im DGB-Tarifvertrag enthaltene Ausschlussfrist³⁷. Allerdings wird der hilfsweise Verweis nicht den Anforderungen des § 2 Abs. 1 Nr. 10 NachwG gerecht³⁸, weshalb die Ausschlussfrist im Ergebnis leer läuft³⁹.

b.) Zulässigkeit

aa.) Ausgangspunkt

Klärungsbedürftig ist die rechtliche Zulässigkeit einer ersatzweisen Bezugnahme Klausel. Maßgeblich sind die §§ 305 ff. BGB, weil es sich beim Leiharbeitsvertrag regelmäßig um einen diesen Vorschriften unterfallenden Formularvertrag handelt⁴⁰. Kontrollfreiheit nach § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB besteht für Bezugnahme Klauseln nicht⁴¹.

bb.) Einbeziehungskontrolle

Im Hinblick auf die Einbeziehungskontrolle ist zu klären, ob eine ersatzweise Inbezugnahme sich als überraschend i. S. v. § 305c Abs. 1 BGB erweist. Überraschend ist eine Klausel, die objektiv so ungewöhnlich

ist, dass der Vertragspartner des Verwenders subjektiv mit ihr nicht zu rechnen braucht⁴². Im Hinblick auf die weite Verbreitung von Bezugnahme Klauseln generell, ihrer Häufigkeit in Leiharbeitsverträgen sowie der Verbreitung auch hilfsweiser Bezugnahme Klauseln sind diese nicht objektiv ungewöhnlich und damit nicht überraschend.

cc.) Angemessenheitskontrolle

Da kein besonderes Klauselverbot nach §§ 308, 309 BGB eingreift, ist die ersatzweise Bezugnahme an § 307 BGB zu messen. Bedenken werden insoweit im Hinblick auf das Transparenzgebot geltend gemacht (1)⁴³. Zu prüfen ist daneben auch die inhaltliche Angemessenheit i. S. v. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB (2).

(1) Nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB ist eine Vertragsbedingung unangemessen, wenn sie nicht klar und verständlich ist. Der Verleiher ist hiernach verpflichtet, die Rechte und Pflichten des Leiharbeitnehmers für diesen klar und durchschaubar darzustellen⁴⁴. Entscheidend ist, dass die Klausel die mit ihr verbundenen wirtschaftlichen Nachteile und sonstigen Belastungen soweit erkennen lässt, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann⁴⁵. Dabei ist es letztlich eine Frage der konkreten sprachlichen Gestaltung, ob eine ersatzweise Bezugnahme für den Leiharbeitnehmer verständlich zum

³⁷ BZA-DGB: 2 Monate (einstufig); iGZ-DGB: 1 Monat je Stufe (zweistufig).

³⁸ Vgl. Schaub, in: AnwK-ArbR (o. Fn. 3), § 2 NachwG Rdnr. 39.

³⁹ Vgl. BAG v. 17.04.2002, NZA 2002, 1096 (1098 f.).

⁴⁰ Vgl. Brors, BB 2006, 2006, 101 (103). – Vgl. die Pflicht zur Vorlage eines Vertragsmusters: Bundesagentur für Arbeit, DA-AÜG Ziffer 2.1.4 lit. i).

⁴¹ Boemke/Ulrici, in: Däubler/Hjort/Hummel/Wolmerath, Hk-ArbR, § 310 BGB Rdnr. 23.

⁴² Boemke/Ulrici, (o. Fn. 41), § 305c Rdnr. 3.

⁴³ Brors, BB 2006, 101 (103).

⁴⁴ Vgl. Boemke/Ulrici, (o. Fn. 41), § 307 BGB Rdnr. 18.

⁴⁵ Boemke/Ulrici, (o. Fn. 41), § 307 BGB Rdnr. 18.

Ausdruck bringt, dass, in welchen Fällen, ab welchem Zeitpunkt und für welche Dauer sich das Arbeitsverhältnis subsidiär nach welchem konkreten Ersatztarifvertrag richtet. Durch eine sorgfältige Formulierung lässt sich den von *Brors*⁴⁶ hinsichtlich der Transparenz vorgebrachten Bedenken Rechnung tragen.

(2) Inhaltlich unangemessen ist jede Beeinträchtigung eines rechtlich anerkannten Interesses des Arbeitnehmers, die nicht durch begründete und billigenwerte Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt ist oder durch gleichwertige Vorteile ausgeglichen wird⁴⁷. Die Feststellung einer unangemessenen Benachteiligung setzt also eine wechselseitige Berücksichtigung und Bewertung rechtlich anzuerkennender Interessen der Vertragspartner voraus⁴⁸. Kurzum: es bedarf der Abwägung der Interessen des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers⁴⁹. Zu berücksichtigen sind hierbei insbesondere eine gerechte Risikoverteilung⁵⁰ sowie gesetzgeberische Wertungen⁵¹. Im Ergebnis sind ersatzweise Bezugnahmeklauseln danach nicht unangemessen.

Ihre Unangemessenheit folgt zunächst weder aus der Abweichung vom Schlechterstellungsverbot noch aus der Verweisung auf einen Tarifvertrag als solcher. Beides ist vom

⁴⁶ Brors, BB 2006, 101 (104).

⁴⁷ Boemke/Ulrici, (o. Fn. 41), § 307 BGB Rdnr. 5.

⁴⁸ Boemke/Ulrici, (o. Fn. 41), § 307 BGB Rdnr. 5.

⁴⁹ Boemke/Ulrici, (o. Fn. 41), § 307 BGB Rdnr. 5.

⁵⁰ Vgl. Boemke/Ulrici, (o. Fn. 41), § 307 BGB Rdnr. 13.

⁵¹ Vgl. Boemke/Ulrici, (o. Fn. 41), § 307 BGB Rdnr. 9.

Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehen (§ 9 Nr. 2 AÜG).

Zur Unangemessenheit führt auch nicht der Umstand, dass eine ersatzweise Bezugnahmeklausel an einen Umstand (Unwirksamkeit des CGZP-Tarifvertrags) anknüpft, dessen Beurteilung sich weitgehend den Kenntnisnahmemöglichkeiten des Leiharbeitnehmers entzieht. Zwar wird es dem Leiharbeitnehmer hierdurch unmöglich gemacht, seine gegenwärtigen Rechte und Pflichten zu erkennen, weil er nicht beurteilen kann, welcher Tarifvertrag Anwendung findet. Eine entsprechende Beurteilung ist erst rückblickend nach der Klärung der Wirksamkeit des Tarifvertrags möglich. Im Einzelfall haben sich bis zu diesem Zeitpunkt tarifliche Rechte (z. B. Jahresurlaub) durch Zeitablauf erledigt, was sich im Hinblick auf die hinter § 2 NachwG⁵² und vor allem hinter § 307 Abs. 1 S. 2 BGB stehende Wertung als unangemessen erweisen kann. Gleichwohl folgt hieraus im Ergebnis nicht die Unangemessenheit einer ersatzweisen Bezugnahmeklausel, weil §§ 9 Nr. 2, 10 Abs. 4 AÜG für die von der Klausel geregelte Situation ohnehin eine Rechtslage begründen, in der der Leiharbeitnehmer nicht sicher beurteilen kann, welche Rechte ihm zustehen. Wird der CGZP-Tarifvertrag ohne Ersatzregelung in Bezug genommen, kann der Leiharbeitnehmer nicht beurteilen, ob die Befreiung vom Schlechterstellungsverbot wirksam ist. Er

⁵² Vgl. Schaub, (o. Fn. 38), Vorbemerkung NachwG Rdnr. 1 ff.

kann somit auch nicht beurteilen, ob für ihn (nur) die tariflichen Rechte gelten oder er Gleichstellung begehren kann. Diese Unsicherheit wird durch eine ersatzweise Bezugnahme nicht verschärft.

Zur Unangemessenheit führt schließlich auch nicht der Umstand, dass der Verleiher sich durch eine ersatzweise Bezugnahme die vollen Vorteile der für ihn günstigsten Tarifverträge sichern will, ohne die hiermit verbundenen Risiken zu übernehmen. Eine Aussage zur Verteilung dieser Risiken will § 9 Nr. 2 AÜG nicht treffen. Vielmehr ist diese Vorschrift allein darauf gerichtet, dem Arbeitnehmer angemessene Arbeitsbedingungen zu sichern. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers ist aber auch die Unterschreitung des Schlechterstellungsverbots angemessen, wenn sie auf der Grundlage eines Tarifvertrags erfolgt.

(3) Im Ergebnis ist festzuhalten, dass ersatzweise Bezugnahmen den Leiharbeiter nicht unangemessen benachteiligen.

dd.) Verstoß gegen zwingendes Recht

Allerdings erweisen sich ersatzweise Bezugnahmeklauseln als unzulässige Abweichung von § 306 Abs. 2 BGB⁵³.

Der BGH hat bislang offengelassen, ob es zulässig ist, dass in Allgemeinen Geschäftsbedingungen für den Fall der Unwirksamkeit einer Vertragsbedingung eine konkrete Ersatzklausel vereinbart wird⁵⁴. Da die Vereinbarung der Geltung einer konkreten Ersatz-

klausel jedoch von § 306 Abs. 2 abweicht, der die Geltung des Gesetzesrechts anordnet, und § 306 Abs. 2 BGB zwingendes Recht ist, ist die Vereinbarung einer konkreten Ersatzklausel unwirksam⁵⁵.

Vor diesem Hintergrund sind auch ersatzweise Bezugnahmeklauseln unwirksam. Sie treffen eine konkrete Ersatzregelung für eine unwirksame Vertragsbedingung. Dies ergibt sich daraus, dass die ersatzweise Verweisung regelt, welche Regelung an Stelle der unwirksam durch Bezugnahme in den Arbeitsvertrag aufgenommenen Vertragsbedingungen tritt. Deren Unwirksamkeit folgt zwar nicht bereits aus ihrer tarifvertragsrechtlichen Unwirksamkeit, weil grundsätzlich auch unwirksame Tarifverträge in Bezug genommen werden können. Da ein unwirksamer Tarifvertrag jedoch nicht vom Schlechterstellungsverbot befreien kann, sind die in Bezug genommenen Tarifvertragsvorschriften im Wesentlichen nach § 9 Nr. 2 AÜG unwirksam⁵⁶. Dies führt zur Anwendung des § 306 BGB, welcher unabhängig davon gilt, woraus sich die Unwirksamkeit einer Vertragsbedingung ergibt⁵⁷. Da

⁵³ Vgl. Boemke/Ulrici, (o. Fn. 41), § 306 Rdnr. 17.

⁵⁶ Vgl. Brors, BB 2006, 101 (102), die allerdings abweichend hiervon von der Unwirksamkeit der Bezugnahmeklausel selbst ausgeht. Sie verkennt, dass hierdurch auch für den Arbeitnehmer günstige Bedingungen des Tarifvertrags nicht mehr kraft Bezugnahme gelten können und dies dem Schutzzweck des § 9 Nr. 2 AÜG widerspricht.

⁵⁷ Boemke/Ulrici, (o. Fn. 41), § 306 BGB Rdnr. 3.

⁵³ I. E. auch Brors, BB 2006, 101 (104).

⁵⁴ BGH v. 29.11.1989, NJW 1990, 716 (718).

§ 306 BGB einschlägig ist, verdrängt er als zwingendes Recht eine Hilfsverweisung.

3. Vereinbarung von Ausschlussfristen

a.) Geeignetheit

Wie sich gezeigt hat, lässt sich das Nachzahlungsrisiko des Verleihers nicht durch eine Ersatzbezugsnahme begrenzen. Eine Risikobegrenzung könnte allerdings durch eine Begrenzung des Nachzahlungszeitraums erfolgen, die sich – wie bereits gezeigt wurde – nicht aus der im unwirksamen Tarifvertrag enthaltenen oder nach § 10 Abs. 4 AÜG zur Anwendung kommenden Ausschlussfrist ergeben kann. Allerdings könnte im Leiharbeitsvertrag selbst eine Ausschlussfrist vereinbart werden. Ist diese Vereinbarung wirksam und wurde sie nachgewiesen⁵⁸, wird die Nachzahlungspflicht gegenüber dem Leiharbeitnehmer auf den Zeitraum begrenzt, für den die Ansprüche noch nicht verfallen sind. Der kürzestmögliche Zeitraum umfasst dabei drei Monate⁵⁹. Nachzahlungspflichten gegenüber der Sozialversicherung bleiben vom Verstreichen einer Ausschlussfrist allerdings unberührt⁶⁰.

b.) Zulässigkeit

Grundsätzlich können in Allgemeinen Arbeitsbedingungen in bestimmten Grenzen ein- oder zweistufige Ausschlussfristen vereinbart werden⁶¹. Vorliegend muss jedoch

zusätzlich § 9 Nr. 2 AÜG und der Unsicherheit über die Wirksamkeit der CGZP-Tarifverträge Rechnung getragen werden.

Sind die CGZP-Tarifverträge wirksam, darf die Vereinbarung einer eigenständigen Ausschlussfrist nicht die Befreiung vom Schlechterstellungsverbot gefährden. Die vereinbarte Ausschlussfrist muss daher im Vergleich zu den nach Tarifvertrag geltenden Ausschlussfristen günstiger sein. Die Vereinbarung einer für den Arbeitnehmer günstigen Abweichung vom Tarifvertrag stellt die Geltung des Tarifvertrags und damit die Befreiung vom Schlechterstellungsverbot nicht in Frage, weil Tarifverträge nur Mindestarbeitsbedingungen regeln. Allein eine Verlängerung der Ausschlussfrist gegenüber der tariflichen Ausschlussfrist ist hierfür nicht ausreichend, weil Ausschlussfristen auch zu Gunsten des Arbeitnehmers wirken. Dementsprechend darf allein für die Ansprüche des Arbeitnehmers eine längere Ausschlussfrist vereinbart werden. Berücksichtigt man, dass die CGZP-Tarifverträge eine zweimonatige, einstufige Ausschlussfrist vorsehen, ist folgende Klausel zu vereinbaren: „§ .. *Verfall von Ansprüchen. (1) Der Verfall von Ansprüchen (Ausschlussfrist) richtet sich ausschließlich, d. h. abweichenden von etwaigen Tarifregelungen, nach den nachfolgenden Absätzen. (2) Sämtliche Ansprüche des Leiharbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis verfallen, wenn sie nicht innerhalb*

⁵⁸ Vgl. BAG v. 17.04.2002, NZA 2002, 1096 (1098 f.).

⁵⁹ BAG v. 25.05.2005, NZA 2005, 1111; BAG v. 28.09.2006, NZA 2006, 149.

⁶⁰ Reipen, NZS 2005, 407 (409).

⁶¹ BAG v. 25.05.2005, NZA 2005, 1111; BAG v. 28.09.2006, NZA 2006, 149. – Umfassend zu Verfalls-

klauseln Ulrici, in: Boemke, Fallsammlung zum Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2007, S. 293 ff.

von drei Monaten ab Fälligkeit beim Arbeitgeber schriftlich geltend gemacht werden. Mit dem Verfall sind die Ansprüche endgültig erloschen und können auch nicht mehr im Wege der Aufrechnung geltend gemacht werden. Dies gilt nicht für Ansprüche aus Haftung wegen Vorsatz. (3) Sämtliche Ansprüche des Arbeitgebers gegen den Leiharbeitnehmer verfallen, wenn sie nicht innerhalb einer Frist von zwei Monat ab Fälligkeit beim Leiharbeitnehmer schriftlich geltend gemacht werden.“

Sind die CGZP-Tarifverträge dagegen unwirksam, gilt das Schlechterstellungsverbot. Für den Leiharbeitnehmer darf danach keine ungünstigere Ausschlussfrist gelten als für einen vergleichbaren Stammarbeitnehmer des Entleihers. Der Verleiher muss daher die im Entleiherbetrieb geltenden Ausschlussfristen in Erfahrung bringen und vorstehende Klausel ggf. durch Verlängerung der für Ansprüche des Arbeitnehmers oder Verkürzung der für Ansprüche des Arbeitgebers geltenden Ausschlussfrist⁶² entsprechend anpassen.

VI. Ergebnisse

Im Hinblick auf die hinsichtlich der Wirksamkeit der CGZP-Tarifverträge geäußerten Bedenken besteht für Verleiher das Risiko, mit erheblichen Nachzahlungen belastet zu werden. Durch ersatzweise Bezugnahme klauf-

seln, welche ersatzweise für den Fall der Unwirksamkeit der CGZP-Tarifverträge auf die DGB-Tarifverträge verweisen, können die bestehenden Risiken nicht begrenzt werden. Entsprechende Klauseln sind unwirksam. Eine Risikobegrenzung ist allerdings dadurch möglich, dass eine im Vergleich zu den Tarifverträgen der Zeitarbeitsbranche günstigere, ihrerseits selbst wirksame, Ausschlussfrist gesondert im Leiharbeitsvertrag vereinbart wird.

⁶² Notwendig ist u. U. zudem, die für die Ansprüche des Arbeitgebers geltende Ausschlussfrist auch im Übrigen zu verschärfen und z. B. zweistufig auszugestalten.