

The background of the entire page is a teal-tinted photograph of an industrial manufacturing environment. In the foreground on the right, a large, metallic gear is suspended from above by a mechanical arm. Below it, another gear is partially visible, resting on a surface. The background is filled with various pieces of industrial machinery, including conveyor belts and structural frames, all slightly out of focus. The overall lighting is bright, with some reflections on the metal surfaces.

**LOSCHELDER**

**Newsletter Arbeitsrecht  
Juli 2023**

## **Inhalt**

### **Neues aus der Rechtsprechung**

**Abweichung durch Tarifvertrag von „Equal Pay“ bei der Leiharbeit weiter zulässig**

### **Neues aus der Rechtsprechung**

**Keine Beendigung des Amtes der Schwerbehindertenvertretung bei Unterschreitung des Schwellenwertes**

### **Neues aus der Rechtsprechung**

**Handyverbot – Der Betriebsrat darf nicht mitbestimmen**

### **Neues aus der Rechtsprechung**

**BAG: Arbeitnehmer muss Vermittlungsprovision nicht erstatten**

## Neues aus der Rechtsprechung

### Abweichung durch Tarifvertrag von „Equal Pay“ bei der Leiharbeit weiter zulässig

*Leiharbeitnehmer dürfen weiterhin bei Anwendbarkeit eines Tarifvertrages schlechter vergütet werden, als vergleichbare Stammkräfte beim Entleiher. Dies solange, wie der Gesamtschutz des Leiharbeitnehmers gewährleistet ist. Hierin liegt keine Verletzung des sogenannten „Equal Pay“-Grundsatzes. Das hat das Bundesarbeitsgericht mit Urteil vom 31. Mai 2023 (Az. 5 AZR 143/19), bislang nur in der Pressemitteilung veröffentlicht, so entschieden.*

Der zugrundeliegende Fall: Die Klägerin war eine Leiharbeiterin und erhielt eine geringer bemessene Vergütung (9,23 € brutto je Arbeitsstunde statt 13,64 € brutto) im Vergleich zu den mit ihr vergleichbaren Stammarbeitskräften beim Entleiher. Auf das Leiharbeitsverhältnis fand ein zwischen dem Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen (iGZ) und der Gewerkschaft ver.di geschlossener Tarifvertrag Anwendung, der die vergütungsbezogene Schlechterstellung von Leiharbeitnehmern vorsah. Die Klägerin sah sich benachteiligt und den Grundsatz auf gleiche Vergütung von Leiharbeitnehmern (sog. Equal Pay) gem. § 8 Abs. 1 S. 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) verletzt. Sie klagte auf Ausgleich der sich aus dem Unterschiedsbetrag ergebenden Entgeltdifferenz.

Das BAG sah sich außerstande „durch zu entscheiden“ und legte die entscheidungserhebliche Rechtsfrage, ob § 8 Abs. 2 AÜG, der die zeitlich begrenzte Möglichkeit der Abweichung vom Equal Pay-Grundsatz durch Tarifvertrag für eine Dauer von maximal neun Monaten vorsieht, mit Europarecht vereinbar ist, dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) zur Vorabentscheidung vor. Dieser hat in Bezug auf Vereinbarkeit von nationalem Recht mit unionsrechtlichen Rechtsakten die Auslegungs- und Letztentscheidungskompetenz. Der EuGH sollte somit prüfen und für das BAG beantworten, ob die Abweichungsmöglichkeit nach § 8 Abs. 2 AÜG mit der zugrundeliegenden EU Leiharbeitsrichtlinie (RL 2008/104/EG, „LeihArbRL“) vereinbar ist oder ob diese gegen das in Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie verankerte Gleichstellungsgebot, dessen Umsetzung ins nationale Recht die Vorschrift des § 8 Abs. 1 S. 1 AÜG dient, verstößt.

Die dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegte Rechtsfrage hatte grundsätzliche Bedeutung. Wäre § 8 Abs. 2 AÜG unionsrechtswidrig und damit die Abweichung von Equal Pay zulasten von Leiharbeitnehmern (durch Tarifvertrag) unzulässig, so wäre das Geschäftsmodell „Leiharbeit“ in seinen Grundfesten bedroht.

In diesem Fall hätten nicht nur zukünftig Leiharbeitnehmer gegen ihren Arbeitgeber einen Anspruch auf gleiche Vergütung hinsichtlich der mit ihnen vergleichbaren, beim Entleiher beschäftigten Stammkraft. Verleihunternehmen, die im Vertrauen auf die Wirksamkeit der tariflichen Abweichungsmöglichkeit ihre Kosten kalkuliert und ihre (Leih)Arbeitnehmer entsprechend vergütet haben, wären auch Ansprüchen auf Vergütungsnachzahlung ihrer Arbeitnehmer ausgesetzt.

Der EuGH hatte damit nicht weniger als über die Zukunft der Leiharbeit zu entscheiden. Diese aber erfüllt für den Wirtschaftsstandort Deutschland eine wichtige Funktion. Auch wenn Leiharbeit teilweise immer noch (zu Unrecht) mit illegitimer Personalausbeutung assoziiert wird, ist sie das notwendige Komplementär zu einem ansonsten überregulierten Kündigungsschutz. Arbeitgeber sind betriebswirtschaftlich auf Leiharbeit angewiesen, da der Arbeitsanfall und Beschäftigungsbedarf sehr oft projektbezogen und konjunkturabhängig ist.

Exkurs: Leiharbeit (oder synonym „Zeitarbeit“) stellt rechtlich ein „Dreiecksverhältnis“ zwischen Verleiher, Entleiher und dem zeitweise überlassenen Leiharbeitnehmer dar. Das Arbeitsverhältnis besteht (nur) zwischen dem Verleihunternehmen und dem Arbeitnehmer; der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag wiederum nur zwischen dem Verleiher und dem Entleiher. Im Rahmen der Überlassung wird der Leiharbeitnehmer temporär in den Betrieb des Verleihers eingegliedert. Dieser erwirbt für den Verleihzeitraum das arbeitgeberseitige Weisungsrecht und ist somit, wie ein Arbeitgeber, berechtigt, den ihm überlassenen Arbeitnehmer arbeitstechnisch zu dirigieren. Für den Verleih von Arbeitskräften ist (außerhalb von Konzernsachverhalten) eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis erforderlich (§ 1 Abs. 1 S. 1 AÜG). Es handelt sich öffentlich-rechtlich um ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Diese wird auf Antrag von der Bundesagentur für Arbeit vergeben.

Der EuGH hat zur Erleichterung vieler mit Urteil vom 15.12.2022 (C-311/21) entschieden, dass § 8 Abs. 2 AÜG, also die Möglichkeit

mittels Tarifvertrag von „Equal Pay“ abweichen zu können, unionsrechtskonform ist. Die Abweichungsmöglichkeit sei solange mit Art. 5 Abs. 3 der LeihArbRL vereinbar, wie der anzuwendende Tarifvertrag zur Kompensation des schlechter vergüteten Leiharbeitnehmers hinsichtlich der wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen Ausgleichsvorteile vorsieht.

Entsprechend hat jetzt das BAG mit Urteil vom 31.05.2023 (Az. 5 AZR 143/19) für Recht erkannt: Die im Tarifvertrag verankerte Ungleichbehandlung hinsichtlich der Gehaltszahlung ist nach § 8 Abs. 2 AÜG zulässig. Zeitarbeitsunternehmen tragen ein erhebliches wirtschaftliches Risiko; sie sind gegenüber den (Leih)Arbeitnehmern auch dann innerhalb der verleihfreien Zeiträume, also jenen Zeiten, in denen sie sie nicht bei Kunden einsetzen können, zur Gehaltsfortzahlung verpflichtet (§ 11 Abs. 4 S. 2 AÜG). Die tarifliche Vergütung für Leiharbeitnehmer darf auch keinesfalls den gesetzlichen Mindestlohn nach dem Mindestlohngesetz (MiLoG) unterschreiten (§§ 8 Abs. 2 S. 1 AÜG, 3 MiLoG). Schließlich ist die Möglichkeit durch Tarifvertrag von Equal Pay abzuweichen, auch nicht zeitlich schrankenlos, sondern grds. auf einen Zeitraum von neun Monaten begrenzt (§ 8 Abs. 4 S. 1 AÜG). Der Gesamtschutz der Leiharbeitnehmer, so die Quintessenz des BAG, ist damit gewährleistet.

Verleihunternehmen, aber auch jene Wirtschaftsunternehmen, die auf die Arbeit mit Leiharbeitnehmern betriebsorganisatorisch angewiesen sind, können „aufatmen“: Abweichungen von Equal Pay (Art. 8 Abs. 1 AÜG) sind weiterhin durch Tarifvertrag möglich.

Dies zu Recht: Verleihunternehmen, tragen ein erhebliches Wirtschaftsrisiko. Sie sind zur Gehaltszahlung gegenüber den bei ihnen beschäftigten Leiharbeitnehmern unabhängig vom Bestehen einer Einsatzmöglichkeit verpflichtet. Deshalb ist es gerechtfertigt, dass sie sich gegenüber der Vergleichsstammkraft im Betrieb des Entleihers einen Gehaltsabschlag gefallen lassen müssen.

Zudem wäre aufgrund des zeitarbeitstypischen Einsatzes bei wechselnden Entleihunternehmen eine strenge Fixierung auf Equal Pay in der Zeitarbeit auch nicht praktikabel.

Dadurch, dass die Abweichungsmöglichkeit in die Hände der Tarifvertragsparteien gelegt wird, ist der Schutz der Leiharbeitnehmer vor Ausbeutung gewährleistet; denn Tarifverträge genießen die Vermutung der „Angemessenheit“ (Art. 9 Abs. 3 GG).



## Neues aus der Rechtsprechung

### Keine Beendigung des Amts der Schwerbehindertenvertretung bei Unterschreitung des Schwellenwertes

*§ 177 Abs. 1 Satz 1 SGB IX bestimmt, dass in Betrieben und Dienststellen, in denen wenigstens fünf schwerbehinderte Menschen nicht nur vorübergehend beschäftigt sind, eine Vertrauensperson und wenigstens ein stellvertretendes Mitglied gewählt werden. In vielen Betrieben wird dieser Schwellenwert nur knapp erreicht. Das Bundesarbeitsgericht hat mit Urteil vom 19. Oktober 2022 (Az. 7 ABR 27/21) entschieden, dass das Amt der Schwerbehindertenvertretung nicht vorzeitig endet, wenn dieser Schwellenwert während der Amtszeit unterschritten wird.*

Die Antragsgegnerin unterhält an ihrem Firmensitz einen Betrieb, in dem eine Schwerbehindertenvertretung gewählt ist. Nachdem die Zahl der im Betrieb beschäftigten schwerbehinderten und der ihnen gleichgestellten Menschen von fünf auf vier abgesunken war, teilte die Arbeitgeberin der dort gewählten Schwerbehindertenvertretung mit, dass diese aus ihrer Sicht nicht mehr existiere.

Die Schwerbehindertenvertretung beantragte daraufhin beim Arbeitsgericht Köln die Feststellung, dass ihre Amtszeit nicht aufgrund des Absinkens der Anzahl der schwerbehinderten Mitarbeiter unter fünf beendet sei. Weder beim Arbeitsgericht noch beim Landesarbeitsgericht war die Schwerbehindertenvertretung hiermit erfolgreich; erst die Rechtsbeschwerde beim Bundesarbeitsgericht hatte Erfolg:

Das Absinken der Zahl der Beschäftigten mit Behinderung unter den Schwellenwert des § 177 Abs. 1 Satz 1 SGB IX von fünf Mitarbeitern führe nicht zur vorzeitigen Beendigung des Amtes. Eine **ausdrückliche Regelung**, die das Erlöschen der Schwerbehindertenvertretung bei Absinken der Anzahl schwerbehinderter Beschäftigter unter den Schwellenwert vorsieht, **bestehe im Gesetz nicht**. Nirgends in § 177 SGB IX fänden sich Anhaltspunkte dafür, dass der Schwellenwert von „wenigstens fünf schwerbehinderten Menschen“ während der gesamten Amtszeit der Schwerbehindertenvertretung erreicht sein müsse. Im Unterschied zu den Vorschriften zu Betriebs- und Personalrat fehle zur Schwerbehindertenvertretung eine ausdrückliche Regelung über ein (vorzeitiges) Amtsende im Falle der Schwellenwertunterschreitung. Dies zeige, dass das Ende der Schwerbehindertenvertretung gerade nicht von einem solchen Absinken abhängen soll.

Des Weiteren griffen viele **Aufgaben der Schwerbehindertenvertretung** sogar dann, wenn gar keine schwerbehinderten Menschen (mehr) im Betrieb beschäftigt wären. Dazu zähle insbesondere die **Unterstützung von Beschäftigten** bei deren Anträgen auf Feststellung einer Behinderung, des GdB (Grad der Behinderung) und einer Schwerbehinderung an die nach § 152 Abs. 1 SGB IX zuständigen Behörden sowie auf Gleichstellung an die Agentur für Arbeit. Die Schwerbehindertenvertretung solle außerdem gerade auch – und stärker als Betriebs- und Personalrat – die **Eingliederung derer fördern, die noch nicht zur Belegschaft gehören**. Sie sei zudem **Verbindungsperson zur Bundesagentur für Arbeit und zum Integrationsamt** gemäß § 182 Abs. 2 Satz 2 SGB IX.

**Fazit:** Sobald eine Schwerbehindertenvertretung einmal gewählt ist, bleibt sie auch dann bis zum Ablauf der Amtszeit von vier Jahren im Amt, wenn der Schwellenwert von fünf schwerbehinderten Menschen – etwa aufgrund von Kündigungen – unterschritten wird. Die Schwerbehindertenvertretung muss insbesondere weiterhin gemäß § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX **vor Ausspruch jeder Kündigung** eines schwerbehinderten oder eines den schwerbehinderten Menschen gleichgestellten Arbeitnehmers **unterrichtet und angehört** werden. Beteiligt der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung nicht, ist die **Kündigung unwirksam**, § 178 Abs. 2 Satz 3 SGB IX.



## Neues aus der Rechtsprechung

### Handyverbot – Der Betriebsrat darf nicht mitbestimmen

*Im Rahmen der Nutzung von Kommunikationsmitteln am Arbeitsplatz stellt sich immer wieder die Frage, inwieweit ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats besteht. Das Landesarbeitsgericht Niedersachsen (Beschluss vom 13. Oktober 2022, Az. 3 TaBV 24/22) hat nun entschieden, dass der Arbeitgeber die Nutzung von Mobiltelefonen/Smartphones im Betrieb verbieten kann, ohne dass der Betriebsrat mitbestimmt.*

Der Arbeitgeber ist im Bereich der Automobilzulieferindustrie tätig. In seinem produzierenden Betrieb kommt es während der Arbeit zum Teil zu gewissen Wartezeiten, etwa wenn eine Maschine umgebaut werden musste oder gewisse Leerläufe zwischen verschiedenen Arbeitsvorgängen überbrückt werden müssen. Diese Wartezeiten sollten durch die Mitarbeiter zum Teil eigenverantwortlich und ohne explizite Weisung gefüllt werden. So sollten etwa Nebenarbeiten wie Aufräumen oder Nachfüllen von Verbrauchsmaterial durchgeführt werden. In diesem Zusammenhang verbot der Arbeitgeber per Aushang jede Nutzung von Mobiltelefonen/Smartphones während der Arbeitszeit. Der Betriebsrat wurde nicht beteiligt. Er machte ein Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 BetrVG geltend und beantragte die Unterlassung des Verbots – ohne Erfolg.

Das LAG Niedersachsen begründet die Entscheidung damit, dass ein Mitbestimmungsrecht gem. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb betreffe. Gegenstand des Mitbestimmungsrechts sei das betriebliche Zusammenleben der Arbeitnehmer. Regelungen und Weisungen, welche die Arbeitspflicht unmittelbar konkretisieren (sog. Arbeitsverhalten) seien hingegen nicht mitbestimmungspflichtig. Das Verbot der Handynutzung betreffe ausschließlich das Arbeitsverhalten. Gegenstand der Maßnahme sei die Festlegung, welche Tätigkeiten die Beschäftigten während der Arbeitszeit zu unterlassen hätten. Es gehe darum, ein Verhalten der Arbeitnehmer zu regeln, dass während ihrer Arbeitszeit einer tatsächlichen Arbeitsleistung entgegenstehen würde. Arbeitnehmer, die ihr privates Handy nutzten, könnten während der Handynutzung keine Arbeitsleistung erbringen. Insofern unterscheide sich die Handynutzung etwa vom Radiohören, dessen Verbot mitbestimmungspflichtig sei.

Die Entscheidung liegt auf einer Linie mit anderen Landesarbeitsgerichten. Unumstritten ist diese Ansicht jedoch nicht. Zudem ist zu beachten, dass ein generelles Verbot der privaten Nutzung im gesamten Unternehmen – auch während der Pausen und in den Pausenräumen – wohl der Mitbestimmung unterliegt. Insofern ist nicht nur das reine Arbeitsverhalten betroffen. Die Abgrenzung kann also durchaus kleinteilig sein.

Im Hinblick auf die reine Arbeitsleistung erscheint die Entscheidung des LAG jedoch nachvollziehbar, auch im Hinblick auf die vorgenommene Abgrenzung zur Beschallung durch. Wer sein Smartphone nutzt, ist nur in den seltensten Fällen in der Lage, parallel noch weitere Dinge zielgerichtet zu tun. Dies gilt sowohl für Gespräche mit weiteren Personen als auch für sonstige (Arbeits-)Tätigkeiten. Nicht nur bezüglich der erforderlichen Konzentration, sondern schon rein praktisch im Hinblick auf die erforderliche Bedienung durch mindestens eine – in der Regel beide – Hände führt dazu, dass die Arbeit wohl bei der Handynutzung in aller Regel tatsächlich unterbrochen werden muss. Insofern sind die Ausführungen des LAG einleuchtend.

Es bleibt abzuwarten, wie das Bundesarbeitsgericht entscheiden wird. Wir halten Sie auf dem Laufenden.



## Neues aus der Rechtsprechung

### **BAG: Arbeitnehmer muss Vermittlungsprovision nicht erstatten**

*Das Bundesarbeitsgericht hat mit Urteil vom 20. Juni 2023 (Az. 1 AZR 265/22 – bislang nur als Pressemitteilung) entschieden, dass eine arbeitsvertragliche Regelung, nach der der Arbeitnehmer zur Erstattung einer vom Arbeitgeber an einen Dritten gezahlten Vermittlungsprovision verpflichtet ist, unwirksam ist.*

Der Kläger war ab dem 01.05.2021 bei der Beklagten tätig. Der Arbeitsvertrag kam durch Vermittlung eines Personaldienstleisters zustande. An diesen zahlte die Beklagte eine Vermittlungsprovision in Höhe von 4.461,00 €; weitere 2.230,80 € sollten nach Ablauf der sechsmonatigen Probezeit fällig werden. Der Arbeitsvertrag des Klägers enthielt unter anderem folgende Klausel:

*„Der Arbeitnehmer / die Arbeitnehmerin verpflichtet sich, der Arbeitgeberin die [Vermittlungsprovision] zu erstatten, wenn das Arbeitsverhältnis nicht über den 30.06.2022 hinaus fortbesteht und aus vom Arbeitnehmer / von der Arbeitnehmerin zu vertretenden Gründen vom Arbeitnehmer / von der Arbeitnehmerin selbst, der Arbeitgeberin oder im gegenseitigen Einvernehmen beendet wird.“*

Der Kläger kündigte sein Arbeitsverhältnis fristgerecht zum 30.06.2021. Mit Verweis auf die genannte Klausel im Arbeitsvertrag

behält die Beklagte von der für den Monat Juni 2021 abgerechneten Vergütung des Klägers einen Teilbetrag in Höhe von rund 800,00 € netto ein.

Mit seiner Klage verlangte der Kläger die Zahlung dieses Betrages. Dabei machte er geltend, dass die arbeitsvertragliche Regelung unwirksam sei, weil sie ihn unangemessen benachteilige. Die Beklagte erhob eine Widerklage, mit der sie die Erstattung der restlichen Vermittlungsprovision in Höhe von 3.652,39 € verlangte. Dabei führte sie aus, dass die arbeitsvertragliche Regelung lediglich ihre berechtigten Interessen schütze.

Die Vorinstanzen gaben der Klage statt und wiesen die Widerklage ab. Auch die Revision der Beklagten blieb vor dem BAG erfolglos.

Das BAG geht davon aus, dass die arbeitsvertragliche Regelung den Kläger entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen beeinträchtigt und daher nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam sei. Der Kläger werde hierdurch nämlich in seinem von Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG garantierten Recht auf freie Wahl des Arbeitsplatzes beeinträchtigt, ohne dass dies durch begründete Interessen der Beklagten gerechtfertigt wäre. Das unternehmerische Risiko dafür, dass sich vom Arbeitgeber getätigte finanzielle Aufwendungen für die Personalbeschaffung nicht „lohne“, weil der Arbeitnehmer sein Arbeitsverhältnis in rechtlich zulässiger Weise beende, habe grundsätzlich der Arbeitgeber zu tragen. Daher sei kein billigeswertes Interesse der Beklagten ersichtlich, solche Kosten auf den Kläger zu übertragen. Dies gelte umso mehr, als der Kläger auch keinen Vorteil erhalte, der die Beeinträchtigung seiner Arbeitsplatzwahlfreiheit ausgleichen könnte.

Das BAG hätte hier sicherlich auch andere Argumente für die Unwirksamkeit der Klausel gefunden (bspw. die lange Bindungsdauer). Stattdessen hat es der Klausel eine grundsätzliche Absage erteilt. Daher dürften auch anderweitige Vertragsgestaltungen mit demselben Ziel nicht in Betracht kommen.

## Unser Team Arbeitsrecht



Dr. Detlef Grimm  
+49 (0) 221 650 65-129  
[detlef.grimm@loschelder.de](mailto:detlef.grimm@loschelder.de)



Dr. Martin Brock  
+49 (0) 221 650 65-233  
[martin.brock@loschelder.de](mailto:martin.brock@loschelder.de)



Dr. Sebastian Pelzer  
+49 (0) 221 650 65-263  
[sebastian.pelzer@loschelder.de](mailto:sebastian.pelzer@loschelder.de)



Arne Gehrke, LL.M.  
+49 (0) 221 650 65-263  
[arne.gehrke@loschelder.de](mailto:arne.gehrke@loschelder.de)



Dr. Stefan Freh  
+49 (0) 221 650 65-129  
[stefan.freh@loschelder.de](mailto:stefan.freh@loschelder.de)



Farzan Daneshian, LL.M.  
+49 (0) 221 65065-263  
[farzan.daneshian@loschelder.de](mailto:farzan.daneshian@loschelder.de)

## Impressum

LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Konrad-Adenauer-Ufer 11

50668 Köln

Tel. +49 (0)221 65065-0, Fax +49 (0)221 65065-110

[info@loschelder.de](mailto:info@loschelder.de)

[www.loschelder.de](http://www.loschelder.de)