

Bundesarbeitsgericht  
Zehnter Senat

Urteil vom 8. Dezember 2021  
- 10 AZR 101/20 -  
ECLI:DE:BAG:2021:081221.U.10AZR101.20.0

I. Arbeitsgericht Wiesbaden

Urteil vom 25. Januar 2019  
- 8 Ca 191/18 SK -

II. Hessisches Landesarbeitsgericht

Urteil vom 17. Dezember 2019  
- 12 Sa 460/19 SK -

---

Entscheidungsstichwort:

Erstattungsansprüche im Urlaubskassenverfahren

Leitsätze:

1. Wird ein Leiharbeitnehmer vom Entleiher, der keinen Baubetrieb iSv. § 1 Abs. 2 der Verfahrenstarifverträge des Baugewerbes unterhält, mit baulichen Tätigkeiten beschäftigt, nimmt der Verleiher nach § 8 Abs. 3 AEntG aF in Bezug auf diesen Leiharbeitnehmer am Urlaubskassenverfahren teil. Der Verleiher ist nicht nur verpflichtet, Sozialkassenbeiträge an die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft zu leisten, sondern kann auch die Erstattung von an den Leiharbeitnehmer gezahltem Urlaubsentgelt verlangen.

2. § 8 Abs. 3 AEntG aF begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Der Gesetzgeber ist nicht aus verfassungsrechtlichen Gründen daran gehindert, § 8 Abs. 3 AEntG aF auf Fallgestaltungen zu erstrecken, in denen der Betrieb des Entleihers nicht in den fachlichen Geltungsbereich des allgemeinverbindlichen Tarifvertrags oder der Rechtsverordnung fällt.

# BUNDESARBEITSGERICHT



10 AZR 101/20  
12 Sa 460/19 SK  
Hessisches  
Landesarbeitsgericht

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
8. Dezember 2021

## URTEIL

Jatz, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Widerbeklagter, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Widerklägerin, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 8. Dezember 2021 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Gallner, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Brune, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Pulz sowie die ehrenamtlichen Richter Petri und Satl für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 17. Dezember 2019 - 12 Sa 460/19 SK - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten in der Revision noch darüber, ob der Kläger und Widerbeklagte (Kläger) der Beklagten und Widerklägerin (Beklagten) Urlaubsentgelt erstatten muss, das sie an einen Arbeitnehmer gezahlt hat. 1

Der Kläger ist eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien in der Rechtsform eines Vereins mit eigener Rechtspersönlichkeit kraft staatlicher Verleihung. Er ist tarifvertraglich zum Einzug der Beiträge zu den Sozialkassen des Baugewerbes berechtigt und verpflichtet. 2

Die Beklagte ist eine Personaldienstleisterin, die über eine Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung verfügt. Von Januar bis Juni 2015 überließ sie einen gewerblichen Arbeitnehmer an die S GmbH und zahlte an ihn Urlaubsentgelt und Urlaubsabgeltung. Die S GmbH unterhielt keinen Baubetrieb, jedoch führte der überlassene Arbeitnehmer bei ihr Tiefbauarbeiten aus. 3

Der Kläger fordert für den überlassenen Arbeitnehmer Beiträge zu den Sozialkassen der Bauwirtschaft von der Beklagten. Für den Fall einer bestehenden Beitragspflicht verlangt die Beklagte, dass der Kläger ihr ausgezahltes Urlaubsentgelt und Urlaubsabgeltung erstattet. Die Parteien stützen ihre Ansprüche auf § 8 Abs. 3 Arbeitnehmer-Entsendegesetz idF vom 11. August 2014 (AEntG aF) iVm. dem Tarifvertrag über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe vom 3. Mai 2013 idF vom 10. Dezember 2014 (VTV 2014). Der VTV 2014 wurde am 6. Juli 2015 für allgemeinverbindlich erklärt (*BAnz. AT 14. Juli 2015*) 4

B3). Der Senat hat die Allgemeinverbindlicherklärung des VTV 2014 für wirksam befunden (*BAG 21. März 2018 - 10 ABR 62/16 - BAGE 162, 166*).

Die Beklagte hat gemeint, ihr stehe ein Erstattungsanspruch nach § 12 VTV 2014 zu. Die Vorschrift des § 8 Abs. 3 AEntG aF sei so zu verstehen, dass der Verleiher mit Blick auf die für bauliche Arbeiten überlassenen Arbeitnehmer vollständig am Urlaubskassenverfahren teilnehme, auch wenn der Entleiher keinen Baubetrieb unterhalte. Der Kläger könne in diesen Fällen von Leiharbeitgebern keine Urlaubskassenbeiträge verlangen, ohne an sie gezahltes Urlaubsentgelt zu erstatten. 5

Die Beklagte hat widerklagend sinngemäß - soweit für die Revision noch von Interesse - beantragt 6

festzustellen, dass ihr gegen den Kläger ein Anspruch nach den Vorschriften des VTV 2014 auf Erstattung von gezahltem Urlaubsentgelt nach Ausgleich des Beitragskontos und ordnungsgemäßer Meldung zusteht.

Der Kläger hat beantragt, die Widerklage abzuweisen. Er hat gemeint, die Widerklage sei schon mangels Feststellungsinteresses unzulässig. Im Übrigen stehe ihm gegen die Beklagte ein Anspruch auf Urlaubskassenbeiträge für den gewerbsmäßig überlassenen Arbeitnehmer zu, ohne dass die Beklagte ihrerseits die Erstattung von Urlaubsentgelt und Urlaubsabgeltung verlangen könne. § 8 Abs. 3 AEntG aF sei dahin auszulegen, dass Leiharbeitgeber, die Arbeitnehmer für bauliche Tätigkeiten in nicht bauliche Betriebe verliehen, Beiträge zu den Sozialkassen der Bauwirtschaft zahlen müssten. Eine vollständige Teilnahme am Urlaubskassenverfahren sei damit nicht verbunden. Erstattungsansprüche der Leiharbeitgeber für gezahltes Urlaubsentgelt würden in dieser Fallgestaltung nicht begründet. 7

Das Arbeitsgericht hat der Beitragsklage stattgegeben und die auf Erstattung von Urlaubsentgelt und Urlaubsabgeltung gerichtete Widerklage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Stattgabe der Klage bestätigt und die Widerklage in Bezug auf die begehrte Erstattung von Urlaubsentgelt für begründet angesehen. In Bezug auf die Erstattung von Urlaubsabgeltung hat das Landesarbeitsgericht die Abweisung der Widerklage durch das Arbeitsgericht bestätigt. 8

Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision will der Kläger erreichen, dass die Widerklage auch in Bezug auf die Erstattung von Urlaubsentgelt abgewiesen wird.

## Entscheidungsgründe

- Die Revision ist nicht begründet. Das Landesarbeitsgericht hat das Urteil des Arbeitsgerichts auf die Berufung der Beklagten zu Recht abgeändert. Der Widerklageantrag der Beklagten festzustellen, dass ihr ein Anspruch auf Erstattung von Urlaubsentgelt nach den Vorschriften des VTV 2014 zusteht, ist zulässig und begründet. 9
- I. Der in der Revision zur Entscheidung angefallene Widerklageantrag ist zulässig. Insbesondere hat die Beklagte ein Feststellungsinteresse iSv. § 256 Abs. 1 ZPO. Die Beklagte kann nicht auf den Vorrang der Leistungsklage verwiesen werden. 10
1. Das als Sachurteilsvoraussetzung noch in der Revisionsinstanz zu prüfende besondere Feststellungsinteresse ist gegeben, wenn durch die Entscheidung über den Feststellungsantrag der Streit insgesamt beseitigt wird und das Rechtsverhältnis der Parteien abschließend geklärt werden kann. Die Rechtskraft der Entscheidung muss weitere gerichtliche Auseinandersetzungen über die zwischen den Parteien strittigen Fragen über denselben Fragenkomplex ausschließen (*BAG 24. Februar 2021 - 10 AZR 130/19 - Rn. 14; 14. Oktober 2020 - 7 AZR 286/18 - Rn. 98*). Die Leistungsklage ist nicht vorrangig, wenn die Feststellungsklage eine sachgemäße, einfache Erledigung der aufgetretenen Streitpunkte ermöglicht und prozesswirtschaftliche Erwägungen gegen einen Zwang zur Leistungsklage sprechen (*BAG 2. Dezember 2021 - 3 AZR 328/21 - Rn. 12; 23. Februar 2021 - 3 AZR 53/20 - Rn. 17*). Diese Voraussetzungen sind hier gegeben. Der Feststellungsantrag ermöglicht es, die zwischen den Parteien bestehenden Streitpunkte abschließend zu klären. Zwischen den Parteien ist allein streitig, ob die Beklagte dem Grund nach Anspruch auf die begehrte Erstattung 11

von ausgezahltem Urlaubsentgelt hat, während die Höhe des Anspruchs nicht im Streit steht.

2. Unabhängig davon war die Beklagte daran gehindert, in Bezug auf die Erstattung von Urlaubsentgelt eine Leistungsklage zu erheben. 12

a) Nach § 15 Abs. 5 Satz 1 VTV 2014 setzt ein Anspruch auf Erstattung von Urlaubsentgelt voraus, dass das Beitragskonto des Arbeitgebers vollständig ausgeglichen ist. Solange der Beitragsanspruch zwischen den Parteien Gegenstand des Rechtsstreits war, konnte die Beklagte nicht darauf verwiesen werden, die vom Kläger begehrten Beiträge zu zahlen, um die Voraussetzungen einer Leistungsklage auf Erstattung von Urlaubsentgelt zu schaffen. 13

b) Nachdem das Urteil des Landesarbeitsgerichts mit Blick auf die vom Kläger begehrten Sozialkassenbeiträge rechtskräftig geworden ist, hätte von der Beklagten zwar erwartet werden können, die Beiträge zu zahlen und damit die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für eine Leistungsklage auf Erstattungen zu schaffen. Die Beklagte war jedoch in der Revisionsinstanz prozessrechtlich gehindert, von der Feststellungs- auf die Leistungsklage überzugehen. 14

aa) Nach § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO ist eine Klageänderung in der Revisionsinstanz grundsätzlich unzulässig (*vgl. für die st. Rspr. zB BAG 15. Juli 2020 - 10 AZR 507/18 - Rn. 30; für die Klageerweiterung BAG 20. März 2019 - 4 AZR 595/17 - Rn. 21*). Der Schluss der mündlichen Verhandlung in zweiter Instanz bildet nicht nur für das tatsächliche Vorbringen, sondern auch für die Anträge der Parteien die Entscheidungsgrundlage für das Revisionsgericht. Der Klageantrag darf in der Revisionsinstanz jedoch in den Fällen des § 264 Nr. 2 ZPO umgestellt werden. Das gilt jedenfalls dann, wenn sich der geänderte Sachantrag auf einen in der Berufungsinstanz festgestellten oder von den Parteien übereinstimmend vorgetragenen Sachverhalt stützen kann, sich das rechtliche Prüfungsprogramm nicht wesentlich ändert und die Verfahrensrechte der anderen Partei durch eine Sachentscheidung nicht verkürzt werden (*vgl. für die st. Rspr. BAG 5. Juni 2019 - 10 AZR 100/18 (F) - Rn. 14, BAGE 167, 36; 29. August 2018 - 7 AZR 206/17 - Rn. 26*). 15

bb) Eine Klageänderung in der Revisionsinstanz erfordert jedoch grundsätzlich, dass der (Wider-)Kläger Rechtsmittelführer ist. Sonst kommt eine Ausnahme von § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO regelmäßig nicht in Betracht (*vgl. BAG 18. September 2018 - 9 AZR 199/18 - Rn. 36; 28. Mai 2014 - 5 AZR 794/12 - Rn. 12*). Allein die Einlegung der Revision oder Anschlussrevision eröffnet den Parteien die Möglichkeit, Sachanträge zu stellen. Durch eine Antragstellung außerhalb des eingelegten Rechtsmittels würden die gesetzlichen Regelungen der Revision und Anschlussrevision umgangen. Wer nicht selbst Rechtsmittelführer ist und auch kein Anschlussrechtsmittel eingelegt hat, ist auf die Abwehr des Rechtsmittels beschränkt, ohne eine Änderung des angegriffenen Urteils zu seinen Gunsten erreichen zu können (*BAG 5. Juni 2019 - 10 AZR 100/18 (F) - Rn. 17, BAGE 167, 36*).

cc) Nachdem die Beklagte selbst weder Revision noch Anschlussrevision eingelegt hat, wäre ein Übergang von der Feststellungs- auf eine Leistungsklage in der Revision unzulässig. Etwas anderes ergibt sich nicht aus dem Umstand, dass es sich um eine privilegierte Klageänderung iSv. § 264 Nr. 2 ZPO handelte. Ein Übergang von der Feststellungs- auf die Leistungsklage wäre unzulässig, weil er nicht lediglich auf die Abwehr der Revision der Gegenseite gerichtet wäre (*vgl. BAG 5. Juni 2019 - 10 AZR 100/18 (F) - Rn. 19, BAGE 167, 36*).

II. Der Widerklageantrag ist in dem in der Revision angefallenen Umfang begründet. Die Beklagte hat gegen den Kläger einen Anspruch aus § 8 Abs. 3 AEntG aF iVm. § 12 Abs. 1 und 2 VTV 2014 auf Erstattung von Urlaubsentgelt, das sie an den entliehenen Arbeitnehmer gezahlt hat. Das hat das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt.

1. Wird ein Leiharbeiter vom Entleiher, der keinen Baubetrieb iSv. § 1 Abs. 2 der Verfahrenstarifverträge des Baugewerbes betreibt, mit baulichen Tätigkeiten beschäftigt, nimmt der Verleiher für diesen Leiharbeiter nach § 8 Abs. 3 AEntG aF am Urlaubskassenverfahren teil. Er ist einerseits verpflichtet, Sozialkassenbeiträge an den Kläger zu zahlen, andererseits kann er vom Kläger die Erstattung von an den Leiharbeiter gezahltem Urlaubsentgelt verlangen (*ErfK/Franzen 22. Aufl. AEntG § 8 Rn. 6; BeckOK ArbR/Gussen Stand*

1. Dezember 2021 AEntG § 8 Rn. 9; Krätzig/Jäger jurisPR-ArbR 36/2020 Anm. 4 zu C III; aA Hennig/Nadler FA 2018, 110, 112).

2. Wird ein Leiharbeitnehmer oder eine Leiharbeitnehmerin vom Entleiher mit Tätigkeiten beschäftigt, die in den Geltungsbereich eines für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags nach § 4 Abs. 1 Nr. 1 und §§ 5, 6 Abs. 2 AEntG aF oder einer Rechtsverordnung nach § 7 oder § 7a AEntG aF fallen, hat der Verleiher zumindest die in diesem Tarifvertrag oder in dieser Rechtsverordnung vorgeschriebenen Arbeitsbedingungen zu gewähren sowie die der gemeinsamen Einrichtung nach diesem Tarifvertrag zustehenden Beiträge zu leisten (§ 8 Abs. 3 Halbs. 1 AEntG aF). Nach § 8 Abs. 3 Halbs. 2 AEntG aF gilt dies auch dann, wenn der Betrieb des Entleihers nicht in den fachlichen Geltungsbereich dieses Tarifvertrags oder dieser Rechtsverordnung fällt. 20

a) Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 AEntG aF sind erfüllt. Der von der Beklagten überlassene Leiharbeitnehmer wurde vom Entleiher im streitgegenständlichen Zeitraum mit Tiefbauarbeiten beschäftigt. Tiefbauarbeiten fallen nach § 1 Abs. 2 Abschn. V Nr. 36 VTV 2014 in den Geltungsbereich des Sozialkassentarifvertrags. Der VTV 2014 ist ein für allgemeinverbindlich erklärter Tarifvertrag iSv. § 4 Abs. 1 Nr. 1 AEntG aF. § 8 Abs. 3 AEntG aF gilt ausweislich seines zweiten Halbsatzes ungeachtet des Umstands, dass der Entleiher keinen Betrieb des Baugewerbes unterhalten hat. 21

b) Als Rechtsfolge bestimmt § 8 Abs. 3 AEntG aF iVm. § 12 Abs. 1 und 2 VTV 2014, dass der Kläger verpflichtet ist, Urlaubsentgelt zu erstatten, das die Beklagte an den überlassenen Leiharbeitnehmer ausgezahlt hat. Das ergibt die Auslegung von § 8 Abs. 3 AEntG aF nach Wortlaut, systematischem Zusammenhang, Sinn und Zweck sowie der Entstehungsgeschichte. Dem steht nicht entgegen, dass im Gesetz ausdrücklich nur die Beitragspflicht des Leiharbeitgebers, nicht dagegen dessen Anspruch auf Erstattungen geregelt ist. 22

aa) Der Wortlaut von § 8 Abs. 3 AEntG aF gibt ein bestimmtes Auslegungsergebnis nicht notwendig vor. Aus der Formulierung, dass der Verleiher die der 23

gemeinsamen Einrichtung zustehenden Beiträge zu leisten hat, ergibt sich nicht eindeutig, ob damit korrespondierende Erstattungsansprüche umfasst sind.

bb) Ob der Begriff der Beiträge in § 8 Abs. 3 AEntG aF in einem Erstattungsansprüche umfassenden oder ausschließenden Sinn verwendet ist, erschließt sich auch nicht eindeutig durch eine Zusammenschau mit den in Vorgängerregelungen des § 8 Abs. 3 AEntG aF allein in Bezug genommenen Tarifverträgen der Bauwirtschaft. 24

(1) Gegen ein Erstattungen umfassendes Verständnis spricht, dass die Beitragspflicht (§ 15 VTV 2014) und die Erstattung von Urlaubsvergütung (§ 12 VTV 2014) in getrennten Vorschriften der Sozialkassentarifverträge geregelt sind. Zudem können nach § 15 Abs. 5 Satz 1 VTV 2014 Arbeitgeber über Erstattungsansprüche nur verfügen, wenn das Beitragskonto ausgeglichen ist (vgl. BAG 3. Juli 2019 - 10 AZR 499/17 - Rn. 79, BAGE 167, 196). Nach § 15 Abs. 5 Satz 2 VTV 2014 ist eine Aufrechnung von Erstattungsforderungen gegen bestehende Beitragsrückstände für den Arbeitgeber ausgeschlossen. Die älteren Sozialkassentarifverträge des Baugewerbes enthalten vergleichbare Regelungen. Das deutet darauf hin, dass der Gesetzgeber den Begriff der Beiträge iSv. § 8 Abs. 3 AEntG aF in Anlehnung an ein differenzierendes Verständnis der Tarifvertragsparteien nicht als Saldo aus Beiträgen im engeren Sinn abzüglich Erstattungen verstanden haben könnte. 25

(2) Andererseits erscheint ein Verständnis des Begriffs der Beiträge in § 8 Abs. 3 AEntG aF dahin, dass damit Erstattungen umfasst sind, mit Blick auf die tarifvertraglichen Regelungen nicht fernliegend. Aus den Verfahrenstarifverträgen des Baugewerbes spricht durchgehend das Verständnis, dass Beitragspflichten mit Erstattungsansprüchen korrespondieren. Im Spitzenausgleichsverfahren nach § 19 VTV 2014 und den vergleichbaren Regelungen in den Vorgängertarifverträgen ist im Übrigen ausdrücklich die Möglichkeit geregelt, dass Beitrags- und Erstattungsansprüche saldiert werden können. 26

cc) Aus dem Gesetzeszusammenhang ergeben sich deutliche Anhaltspunkte dafür, dass § 8 Abs. 3 AEntG aF nicht isoliert Beitragsansprüche gegen 27

die Leiharbeitgeber, sondern auch Erstattungsansprüche gegen die gemeinsame Einrichtung begründet.

(1) Die Bezugnahme in § 8 Abs. 3 auf § 5 AEntG aF spricht dafür, dass Leiharbeitgeber, die Leiharbeitnehmer für bauliche Tätigkeiten an einen Entleiher überlassen, der keinen Baubetrieb unterhält, nicht nur Beiträge leisten müssen, sondern auch Erstattungen verlangen können. 28

(a) Nach § 5 Satz 1 Nr. 3 iVm. § 3 Satz 1 AEntG aF können Tarifverträge, die das Urlaubskassenverfahren betreffen, auch auf Arbeitsverhältnisse zwischen einem Arbeitgeber mit Sitz im Ausland und seinen im räumlichen Geltungsbereich des Tarifvertrags beschäftigten Arbeitnehmern zwingend anzuwenden sein. Nach § 5 Satz 1 Nr. 3 AEntG aF gilt das für die Einziehung von Beiträgen und die Gewährung von Leistungen im Zusammenhang mit Urlaubsansprüchen durch eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien. Damit sind in § 5 Satz 1 Nr. 3 AEntG aF die Urlaubskassenregelungen der Verfahrenstarifverträge des Baugewerbes insgesamt einschließlich der Erstattungsansprüche des Arbeitgebers für gezahltes Urlaubsentgelt adressiert (*vgl. zur Vorgängerregelung in § 1 Abs. 3 AEntG idF vom 19. Dezember 1998 BAG 1. April 2009 - 10 AZR 134/08 - Rn. 20*). 29

(b) § 8 Abs. 3 AEntG aF nimmt auf die Regelungen des § 5 AEntG aF zwar nicht ausdrücklich im Hinblick auf die Rechtsfolgen Bezug. Die Verweisung auf § 5 AEntG aF erfolgt auf der Tatbestandsebene, um die Tätigkeiten zu bestimmen, die ein Leiharbeitnehmer ausführen muss, damit die Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 AEntG aF erfüllt sind. Die Bezugnahme auf § 5 Satz 1 Nr. 3 AEntG aF legt dennoch nahe, dass der Gesetzgeber davon ausging, das Urlaubskassenverfahren solle in den Fallgestaltungen des § 8 Abs. 3 AEntG aF einschließlich möglicher Erstattungsansprüche der Leiharbeitgeber angewendet werden. 30

(2) Zutreffend verweist das Landesarbeitsgericht darauf, dass § 8 Abs. 1 AEntG aF für Arbeitgeber mit Sitz im In- oder Ausland eine mit § 8 Abs. 3 AEntG aF auf der Rechtsfolgenseite weitgehend übereinstimmende Formulierung enthält. 31

(a) Sowohl nach § 8 Abs. 1 AEntG aF als auch nach § 8 Abs. 3 AEntG aF 32  
müssen Arbeitgeber mindestens bestimmte Arbeitsbedingungen gewähren und  
die einer gemeinsamen Einrichtung zustehenden Beiträge leisten. Beide Normen  
enthalten keine ausdrückliche Regelung möglicher Erstattungsansprüche der  
beitragspflichtigen Arbeitgeber gegen die gemeinsame Einrichtung. In Bezug auf  
die von § 8 Abs. 1 AEntG aF erfassten ausländischen Arbeitgeber ist anerkannt,  
dass ihnen, wenn sie Arbeitnehmer in Deutschland einsetzen, ein Erstattungsan-  
spruch gegen die Kasse für ausgezahltes Urlaubsentgelt zusteht (*BAG 30. Okto-  
ber 2019 - 10 AZR 567/17 - Rn. 54, BAGE 168, 273; für das AEntG idF vom  
19. Dezember 1998 BAG 1. April 2009 - 10 AZR 134/08 - Rn. 19 ff.; siehe auch  
BT-Drs. 18/10631 S. 648*). Aufgrund der vergleichbaren Formulierung von § 8  
Abs. 1 und 3 AEntG aF auf der Rechtsfolgenseite liegt es nahe, den Erstattungs-  
anspruch, der von § 8 Abs. 1 AEntG aF erfassten Arbeitgebern eingeräumt wird,  
auch Leiharbeitgebern nach § 8 Abs. 3 AEntG aF zuzuerkennen.

(b) Dem steht nicht entgegen, dass § 3 Satz 1 iVm. §§ 4 bis 6 AEntG aF für 33  
Arbeitsverhältnisse zwischen ausländischen Arbeitgebern und ihren im räumli-  
chen Geltungsbereich des Tarifvertrags beschäftigten Arbeitnehmern die Gel-  
tung ua. der Verfahrenstarifverträge des Baugewerbes anordnet. Hieraus kann  
nicht der Schluss gezogen werden, dass es in § 8 Abs. 1 AEntG aF keiner Be-  
zugnahme auf das gesamte Urlaubskassenverfahren bedürfe, weil dessen Gel-  
tung bereits durch § 3 Satz 1 AEntG aF sichergestellt sei. § 8 Abs. 1 AEntG aF  
betrifft nicht nur ausländische, sondern auch inländische Arbeitgeber, die von § 3  
AEntG aF nicht erfasst werden.

dd) Der Sinn und Zweck des § 8 Abs. 3 AEntG aF spricht eindeutig dafür, 34  
dass neben Beitragspflichten auch Erstattungsansprüche für Leiharbeitgeber be-  
gründet werden, die Arbeitnehmer für bauliche Tätigkeiten an Entleiher überlas-  
sen, die keinen Baubetrieb unterhalten.

(1) § 8 Abs. 3 AEntG aF soll verhindern, dass Arbeitgeber auf den Einsatz 35  
von Leiharbeitnehmern ausweichen, um sich den nach dem Arbeitnehmer-Ent-  
sendegesetz zwingenden Arbeitsbedingungen zu entziehen (*BAG 21. Oktober  
2009 - 5 AZR 951/08 - Rn. 11, BAGE 132, 228; Thüsing/Bayreuther MiLoG/*

*AEntG 2. Aufl. AEntG § 8 Rn. 20 mwN*). Für die betroffenen Leiharbeitnehmer wird sichergestellt, dass mindestens die in einem der in § 8 Abs. 3 AEntG aF genannten Tarifverträge oder einer der genannten Rechtsverordnungen vorgeschriebenen Arbeitsbedingungen gewährt werden. Aus der Formulierung im Gesetz, dass „zumindest“ die im genannten Tarifvertrag oder in der Rechtsverordnung nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz vorgeschriebenen Arbeitsbedingungen zu gewähren sind, wird deutlich, dass beim Verleiher geltende ungünstigere Arbeitsbedingungen verdrängt werden (*BeckOK ArbR/Gussen Stand 1. Dezember 2021 AEntG § 8 Rn. 4; ErfK/Franzen 22. Aufl. AEntG § 8 Rn. 6; BT-Drs. 19/19371 S. 30*). Mit der Verweisung auf die an gemeinsame Einrichtungen zu zahlenden Beiträge stellt der Gesetzgeber klar, dass die Mindestarbeitsbedingungen auch in Bezug auf Arbeitnehmeransprüche aus einem Sozialkasernenverfahren gelten (*BeckOK ArbR/Gussen aaO*).

(2) Aus dem Zweck des § 8 Abs. 3 AEntG aF, für Leiharbeitnehmer die günstigeren Mindestarbeitsbedingungen zu sichern, folgt, dass Leiharbeitnehmern Ansprüche gegen gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien zustehen. Die hier von der Beklagten geltend gemachten Erstattungen für geleistetes Urlaubsentgelt sind Teil einer solchen über die Arbeitgeberin abgewickelten Leistung von einer Sozialkasse an den Leiharbeitnehmer. 36

(a) Für die Rechtsbeziehungen von gemeinsamen Einrichtungen wird grundsätzlich die Beitragsbeziehung zwischen den Arbeitgebern und der gemeinsamen Einrichtung und die Leistungsbeziehung zwischen der gemeinsamen Einrichtung und den Arbeitnehmern unterschieden (*ErfK/Franzen 22. Aufl. TVG § 4 Rn. 25; Wiedemann/Wank TVG 8. Aufl. § 4 Rn. 340*). 37

(b) In die Leistungsbeziehung zwischen der gemeinsamen Einrichtung und den begünstigten Arbeitnehmern kann allerdings der jeweilige Arbeitgeber als Zahlstelle „zwischengeschaltet“ sein (*Löwisch/Rieble TVG 4. Aufl. § 4 Rn. 410; Wiedemann/Wank TVG 8. Aufl. § 4 Rn. 340*). Soweit die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft an den Arbeitgeber Beiträge erstattet, geschieht dies im Rahmen der Leistungsbeziehung gegenüber dem Arbeitnehmer (*Löwisch/Rieble aaO*). 38

- (c) Würde § 8 Abs. 3 AEntG aF dahin ausgelegt, dass nicht auf Erstattungsansprüche des Arbeitgebers verwiesen werde, griffe das in die Leistungsbeziehung zwischen der Sozialkasse und den begünstigten Arbeitnehmern ein. Das liefe dem arbeitnehmerschützenden Zweck des § 8 Abs. 3 AEntG aF zuwider, Mindestarbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmern zu sichern. 39
- (3) Der Kläger kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, der Zweck des § 8 Abs. 3 AEntG aF bestehe darin, eine Umgehung des Verbots der Arbeitnehmerüberlassung in Betriebe des Baugewerbes aus § 1b AÜG zu verhindern. Dem steht bereits entgegen, dass in der streitigen Fallgestaltung Leiharbeitnehmer gerade nicht in einen Baubetrieb überlassen werden. Es ist auch nicht ersichtlich, dass § 8 Abs. 3 AEntG aF Sanktionscharakter zukäme, um die Überlassung von Arbeitnehmern für bauliche Tätigkeiten durch Beitragspflichten ohne korrespondierende Erstattungsansprüche zu verteuern. 40
- ee) Die Entstehungsgeschichte des § 8 Abs. 3 AEntG aF bestätigt, dass dem beitragspflichtigen Leiharbeitgeber Erstattungsansprüche zustehen, wenn der Entleihbetrieb nicht in den betrieblichen Geltungsbereich des allgemeinverbindlichen Tarifvertrags nach § 8 Abs. 3 AEntG aF fällt. 41
- (1) § 8 Abs. 3 AEntG in seiner bis zum 15. August 2014 geltenden Fassung griff nur ein, wenn der Betrieb des Entleihers in den betrieblichen Geltungsbereich des allgemeinverbindlichen Tarifvertrags fiel. Das hat der Fünfte Senat im Jahr 2009 entschieden (*BAG 21. Oktober 2009 - 5 AZR 951/08 - Rn. 8 ff., BAGE 132, 228*). 42
- (2) Um das zu ändern, hat der Gesetzgeber auf das Urteil des Fünften Senats vom 21. Oktober 2009 reagiert und § 8 Abs. 3 AEntG in seiner seit dem 16. August 2014 geltenden Fassung ergänzt. Danach gilt § 8 Abs. 3 AEntG aF auch dann, „wenn der Betrieb des Entleihers nicht in den fachlichen Geltungsbereich dieses Tarifvertrages oder dieser Rechtsverordnung fällt“. Der Umstand, dass § 8 Abs. 3 AEntG bei im Übrigen unveränderter Formulierung lediglich um einen Satzteil ergänzt worden ist, spricht dafür, dass für beide Konstellationen dieselben Rechtsfolgen gelten sollen. 43

c) Der Kläger kann sich für seine abweichende Auffassung nicht mit Erfolg darauf berufen, dass der gesetzliche Anspruch aus § 7 Abs. 2 SokaSiG iVm. § 12 VTV 2014 auf Arbeitgeber begrenzt sei, die in den betrieblichen Geltungsbereich der Verfahrenstarifverträge des Baugewerbes fielen. Die gesetzliche Erstreckung der Vorschriften des Urlaubskassenverfahrens aus dem VTV 2014 auf die Beklagte erfolgt nicht nach § 7 Abs. 2 SokaSiG, sondern nach § 8 Abs. 3 AEntG aF. Die Beklagte betreibt Arbeitnehmerüberlassung und unterhält unstreitig keinen Baubetrieb, der in den betrieblichen Geltungsbereich des VTV 2014 fielen. Dennoch nimmt sie aufgrund der gesetzlichen Anordnung des § 8 Abs. 3 AEntG aF am Urlaubskassenverfahren teil, soweit sie Leiharbeiter für bauliche Tätigkeiten in Unternehmen überlässt, die keinen Baubetrieb unterhalten. Davon geht auch der Kläger aus, soweit er Beiträge von der Beklagten fordert. 44

d) Das vom Kläger vertretene Verständnis von § 8 Abs. 3 AEntG aF stünde im Übrigen dem Zweck des Sozialkassenverfahrens in der Bauwirtschaft entgegen, Bedingungen für den fairen Wettbewerb zu schaffen (*BAG 16. September 2020 - 10 AZR 9/19 - Rn. 30; 20. November 2018 - 10 AZR 121/18 - Rn. 60, BAGE 164, 201*). Müssten Leiharbeiter für Arbeitnehmer, die für bauliche Tätigkeiten an Entleiher überlassen werden, die keinen Baubetrieb unterhalten, Beiträge abführen, ohne Erstattungen zu erlangen, wären sie im Wettbewerb mit Baubetrieben benachteiligt. 45

3. § 8 Abs. 3 AEntG aF begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken (*aA Hennig/Nadler FA 2018, 110, 114*). Der Gesetzgeber ist nicht aus verfassungsrechtlichen Gründen daran gehindert, § 8 Abs. 3 AEntG aF auf Fallgestaltungen zu erstrecken, in denen der Betrieb des Entleihers nicht in den fachlichen Geltungsbereich des allgemeinverbindlichen Tarifvertrags oder der Rechtsverordnung fällt. Eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 Abs. 1 GG kommt daher nicht in Betracht. § 8 Abs. 3 AEntG aF ist eine wirksame Gesetzesgrundlage für die von der Beklagten begehrten Erstattungsansprüche. 46

a) Die gesetzliche Erweiterung des Anwendungsbereichs von § 8 Abs. 3 AEntG mit Gesetz vom 11. August 2014 auf Entleiherbetriebe, die nicht in den fachlichen Geltungsbereich fallen, hat im Schrifttum Kritik erfahren (*Thüsing/* 47

*Bayreuther MiLoG/AEntG 2. Aufl. AEntG § 8 Rn. 20 ff.; ErfK/Franzen 22. Aufl. AEntG § 8 Rn. 5; Dreyer PuR 2014, 236 ff.; Hennig/Nadler FA 2018, 110 ff.*). Insbesondere wird eingewandt, es sei ein Wertungswiderspruch gegeben, weil der Entleiher Arbeitnehmern, die bei ihm selbst angestellt seien, nicht die Mindestarbeitsbedingungen gewähren müsse, wohl aber der Verleiher den Arbeitnehmern, die beim Entleiher für die gleichen Tätigkeiten eingesetzt seien (*Thüsing/Bayreuther aaO; ErfK/Franzen aaO; zur früheren Rechtslage BAG 21. Oktober 2009 - 5 AZR 951/08 - Rn. 12, BAGE 132, 228*). Die Vorschrift werfe daneben erhebliche Anwendungsschwierigkeiten auf. Insbesondere sei nicht geklärt, welcher Zeitraum für die Beurteilung maßgeblich sei, ob Leiharbeiter Tätigkeiten im Geltungsbereich eines Tarifvertrags ausübten (*ErfK/Franzen aaO Rn. 6; Hennig/Nadler FA 2018, 110, 111*).

b) Eine Verletzung der Verfassung ist gleichwohl nicht zu erkennen. Insbesondere verletzt § 8 Abs. 3 AEntG aF nicht das allgemeine Gleichheitsgrundrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG. 48

aa) Zwar müssen Leiharbeitgeber, die Arbeitnehmer für bestimmte Tätigkeiten in Betriebe überlassen, die nicht in den fachlichen Geltungsbereich eines Tarifvertrags oder einer Rechtsverordnung iSd. § 8 Abs. 3 AEntG aF fallen, die Mindestarbeitsbedingungen gewähren. Sie werden damit schlechter behandelt als nicht in den fachlichen Geltungsbereich fallende Arbeitgeber, die die gleichen Tätigkeiten mit eigenen Arbeitnehmern erbringen. 49

bb) Es kann dahinstehen, ob Leiharbeitgeber mit Arbeitgebern vergleichbar sind, die beispielsweise bauliche Tätigkeiten von eigenen Arbeitnehmern verrichten lassen, ohne in den betrieblichen Geltungsbereich der Bautarifverträge zu fallen. Leiharbeitsverhältnisse unterscheiden sich in vielfacher Hinsicht von anderen Arbeitsverhältnissen. Der Gesetzgeber hat mit dem AÜG eine Vielzahl von Regelungen geschaffen, um die Stellung der Leiharbeitskräfte zu stärken (*BT-Drs. 18/9232 S. 14; ErfK/Wank/Roloff 22. Aufl. AÜG § 1 Rn. 4*). Aus diesem Grund steht bereits in Frage, ob es sich um vergleichbare Normadressaten handelt. Jedenfalls wäre eine Ungleichbehandlung durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt. 50

- (1) Aus Art. 3 Abs. 1 GG folgt das Gebot, wesentlich Gleiches gleich- und wesentlich Ungleiches ungleichzubehandeln. Differenzierungen sind nicht untersagt. Sie müssen jedoch durch Sachgründe gerechtfertigt sein, die dem Ziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind (*BVerfG 26. Mai 2020 - 1 BvL 5/18 - Rn. 94, BVerfGE 153, 358; BAG 9. Dezember 2020 - 10 AZR 334/20 - Rn. 33*). 51
- (2) Der Gesetzgeber hat § 8 Abs. 3 AEntG aF dahin erweitert, dass die Regelung auch gilt, „wenn der Betrieb des Entleihers nicht in den fachlichen Geltungsbereich dieses Tarifvertrags oder dieser Rechtsverordnung fällt“. Damit verfolgt er den Zweck, eine Umgehung der über das Arbeitnehmer-Entsendegesetz festgesetzten Arbeitsbedingungen durch den Einsatz von Leiharbeitskräften zu verhindern (*BT-Drs. 18/1558 S. 52*). Die Erstreckung ist geeignet, erforderlich und angemessen, um diesen Zweck zu erreichen. 52
- (a) Die Erstreckung von § 8 Abs. 3 AEntG aF ist geeignet, eine Umgehung von Mindestarbeitsbedingungen zu vermeiden. Unternehmen, die bestimmte Arbeiten iSv. § 8 Abs. 3 AEntG aF nicht mit eigenen Arbeitnehmern erbringen wollen, können einen Werkauftrag erteilen oder Leiharbeitskräfte einsetzen. Ein beauftragter Werkauftragnehmer fällt typischerweise in den fachlichen Geltungsbereich des Tarifvertrags oder der Rechtsverordnung mit den Mindestarbeitsbedingungen. Über den Werklohn gibt er typischerweise die höheren Kosten aufgrund der Mindestarbeitsbedingungen an den Auftraggeber weiter. Ein Leiharbeitgeber, der lediglich einzelne Leiharbeitskräfte für vergleichbare Tätigkeiten vermittelt, musste bis zur Änderung von § 8 Abs. 3 AEntG mit Gesetz vom 11. August 2014 entsprechende Mindestarbeitsbedingungen nicht gewähren und konnte dem Entleiher aus diesem Grund einen günstigeren Preis bieten (*vgl. dazu Rieble DB 2011, 356 f.*). Die Erstreckung von § 8 Abs. 3 AEntG mit Gesetz vom 11. August 2014 auf nicht in den betrieblichen Anwendungsbereich fallende Entleiher ist geeignet, diese Umgehung der Mindestarbeitsbedingungen zu verhindern. 53
- (b) Die Erweiterung von § 8 Abs. 3 AEntG aF ist erforderlich, um die aufgezeigte Umgehungsmöglichkeit zu unterbinden. Vergleichbar wirksame und weniger einschneidende Maßnahmen sind nicht ersichtlich. 54

- (c) Die Erstreckung von Mindestbedingungen auf den Verleih von Leiharbeitskräften in Betriebe von nicht in den fachlichen Geltungsbereich fallenden Entleihern ist angemessen. Dem Gesetzgeber ist grundsätzlich ein weiter Gestaltungsspielraum zuzubilligen (*vgl. BVerfG 11. August 2020 - 1 BvR 2654/17 - Rn. 35*). 55
- c) § 8 Abs. 3 AEntG aF verstößt auch nicht gegen das verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit und Normenklarheit. 56
- aa) Gesetze müssen so bestimmt sein, wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist. Dass ein Gesetz unbestimmte, der Auslegung und Konkretisierung bedürftige Begriffe verwendet, verstößt allein noch nicht gegen den rechtsstaatlichen Grundsatz der Normenklarheit und Justiziabilität. Unvermeidbare Auslegungsschwierigkeiten in Randbereichen sind aus verfassungsrechtlicher Sicht hinzunehmen. Erforderlich ist allerdings, dass die von der Norm Betroffenen die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach einrichten können. Sie müssen in zumutbarer Weise feststellen können, ob die tatsächlichen Voraussetzungen für die Rechtsfolge erfüllt sind (*BVerfG 3. September 2014 - 1 BvR 3353/13 - Rn. 16; 7. Mai 2001 - 2 BvK 1/00 - zu C II der Gründe mwN, BVerfGE 103, 332; BAG 31. Januar 2019 - 8 AZR 1073/12 - Rn. 61*). 57
- bb) Nach diesen Grundsätzen ist ein Verstoß gegen das Gebot der Bestimmtheit und Normenklarheit nicht gegeben. Der Gesetzgeber hat verständlich klargestellt, dass § 8 Abs. 3 AEntG auch eingreift, wenn lediglich die Tätigkeit des Leiharbeitnehmers in den fachlichen Geltungsbereich des Tarifvertrags oder der Rechtsverordnung mit den Mindestarbeitsbedingungen fällt. Es mag praktische Schwierigkeiten verursachen, überwiegend einschlägige Tätigkeiten festzustellen. Der Gesetzgeber darf es jedoch Praxis, Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen, diese Schwierigkeiten zu bewältigen. Das gilt beispielsweise für den Zeitraum, für den zu prüfen ist, ob einschlägige Tätigkeiten überwiegen. 58

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

59

Gallner

Gallner  
(für die wegen Dienst-  
unfähigkeit an der Un-  
terschrift verhinderte  
Richterin am Bundes-  
arbeitsgericht  
Dr. Brune)

Pulz

Petri

Satl