

Bundesarbeitsgericht
Vierter Senat

Urteil vom 14. September 2022
- 4 AZR 26/21 -
ECLI:DE:BAG:2022:140922.U.4AZR26.21.0

I. Arbeitsgericht Stuttgart

Urteil vom 20. Februar 2020
- 22 Ca 4567/19 -

II. Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg

Urteil vom 2. Dezember 2020
- 4 Sa 16/20 -

Entscheidungsstichworte:

Arbeitnehmerüberlassung - tariflich verlängerte Überlassungsdauer

Hinweis des Senats:

Teilweise Parallelentscheidung zu - 4 AZR 83/21 -

BUNDESARBEITSGERICHT



4 AZR 26/21

4 Sa 16/20

Landesarbeitsgericht

Baden-Württemberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am

14. September 2022

URTEIL

Freitag, Urkundsbeamtin

der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 14. September 2022 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Treber, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Dr. Rennpferdt und Klug sowie die ehrenamtlichen Richter Widuch und Hoffmann für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 2. Dezember 2020 - 4 Sa 16/20 - aufgehoben.
2. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Stuttgart vom 20. Februar 2020 - 22 Ca 4567/19 - wird zurückgewiesen.
3. Der Kläger hat die Kosten der Berufung und der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten, ob zwischen ihnen ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen ist. 1

Der Kläger war seit dem 31. März 2014 bei der I GmbH (Verleiherin) aufgrund eines Arbeitsvertrags vom 28. März 2014 tätig. Er wurde der Beklagten, die Mitglied des Verbands der Metall- und Elektroindustrie Baden-Württemberg e.V. (Südwestmetall) ist, im Zeitraum vom 31. März 2014 bis zum 31. Mai 2019 überlassen und als Produktionshelfer Metall in den Werken B und U beschäftigt. 2

Südwestmetall und die Industriegewerkschaft Metall (IG Metall) schlossen am 31. Mai 2017 einen Tarifvertrag Leih-/Zeitarbeit (TV LeiZ) mit ua. folgendem Inhalt: 3

„1. Geltungsbereich

Es gilt der Geltungsbereich der Manteltarifverträge für die Beschäftigten in der Metall- und Elektroindustrie in Nordwürttemberg/Nordbaden, Südwürttemberg-Hohenzollern und Südbaden.

2. Einsatz von Leih-/Zeitarbeitnehmern

...

2.2 Der vorübergehende Einsatz von Leih-/Zeitarbeitnehmern ist gemäß § 1 Abs. 1 Satz 4 AÜG zulässig. Die nachfolgenden tariflichen Regelungen erfolgen in Umsetzung der Öffnungsklauseln nach § 1 Abs. 1b AÜG

und sind in ihrer Anwendung auf den Geltungsbereich des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes beschränkt.

Ein vorübergehender Einsatz ist danach gegeben, wenn

- 2.2.1 ein Einsatz zeitlich befristet ist
- oder
- 2.2.2 ein Sachgrund vorliegt, ...
- oder
- 2.2.3 der Einsatz dazu dient, Auftragsspitzen oder anderen zeitlich begrenzten Mehrbedarf abzuarbeiten.
- ...
- 2.3 Die Tarifparteien stimmen darin überein, dass die Höchstdauer eines Einsatzes nach diesem Tarifvertrag (Ziffer 3 und Ziffer 4.1) 48 Monate nicht überschreiten darf.

...

3. Betriebe mit Betriebsvereinbarung

- 3.1 Die Betriebsparteien können im Rahmen einer freiwilligen Betriebsvereinbarung den Einsatz von Leih-/Zeitarbeit und die Ausgestaltung der betrieblichen Flexibilität regeln. Auf Verlangen einer Seite sind hierzu Verhandlungen aufzunehmen.
- 3.1.1 In dieser Vereinbarung können zum betrieblichen Einsatz von Leih-/Zeitarbeit u.a. geregelt werden:
 - ...
 - Höchstdauer des Einsatzes und Übernahmeregeln

...

- 3.3 Bestehende betriebliche Regelungen gelten als Betriebsvereinbarung in diesem Sinne.

4. Betriebe ohne Betriebsvereinbarung

- 4.1 Besteht keine Betriebsvereinbarung gemäß Ziffer 3, gilt Folgendes:
 - Nach 18 Monaten Überlassung hat der Entleiher zu prüfen, ob er dem Leih-/Zeitarbeitnehmer einen unbefristeten Arbeitsvertrag anbieten kann.
 - Nach 24 Monaten Überlassung hat der Entleiher dem Leih-/Zeitarbeitnehmer einen unbefristeten Arbeitsvertrag anzubieten. Dieses kann nach Beratung mit dem Betriebsrat bei akuten Beschäftigungsproblemen entfallen.“

Im nachfolgenden Tarifvertrag vom 16. November 2018 finden sich inso- 4
weit inhaltsgleiche Regelungen.

Die Rechtsvorgängerin der Beklagten schloss mit dem bei ihr gebildeten 5
Gesamtbetriebsrat am 16. September 2015 eine „Gesamtbetriebsvereinbarung
zur Erhöhung der Personalflexibilität“ (GBV Dmove) für die Werke (einschließlich
GLC, ohne Logistik Center) und Zentralbereiche der D AG. Am 20. September
2017 vereinbarten die Betriebsparteien eine „freiwillige Gesamtbetriebsvereinba-
rung zur Erhöhung der Personalflexibilität, zur Ergebnisbeteiligung und Zukunfts-
sicherung“, mit der ua. die GBV Dmove wie folgt ergänzt werden sollte:

**„5.1. Höchstdauer der Einsätze von Zeitarbeitneh-
mern**

Der Einsatz von Zeitarbeitnehmern im direkten Be-
reich (Produktion) darf eine Höchstdauer von 36 Mo-
naten nicht überschreiten.

Für Zeitarbeitnehmer, die am 01. April 2017 bereits
beschäftigt waren, zählen für die Überlassungs-
höchstdauer von 36 Monaten Einsatzzeiten ab dem
01. April 2017. Für Zeitarbeitnehmer, die nach dem
01. April 2017 beschäftigt werden, gelten die 36 Mo-
nate vom Zeitpunkt des Einsatzbeginns.“

Mit seiner Klage hat der Kläger geltend gemacht, zwischen ihm und der 6
Beklagten bestehe wegen Überschreitung der gesetzlich zulässigen Überlas-
sungshöchstdauer kraft Gesetzes ein Arbeitsverhältnis. Er hat die Auffassung
vertreten, die gesetzliche Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten sei nicht
durch den TV LeiZ oder die GBV Dmove verlängert worden. Der TV LeiZ gelte
nicht für sein Arbeitsverhältnis, da er - unstrittig - nicht Mitglied der IG Metall sei.
Bei den Regelungen des TV LeiZ handele es sich um Inhaltsnormen, für deren
Geltung seine Tarifgebundenheit erforderlich sei. Darüber hinaus sei § 1 Abs. 1b
Satz 3 AÜG, der eine Verlängerung der gesetzlichen Überlassungshöchstdauer
durch einen Tarifvertrag der Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche ermöglicht,
verfassungs- und unionsrechtswidrig.

Der Kläger hat zuletzt beantragt, 7

1. festzustellen, dass zwischen den Parteien seit dem
1. August 2019 ein Arbeitsverhältnis besteht;

2. hilfsweise für den Fall des Obsiegens mit dem Antrag zu 1. die Beklagte zu verurteilen, die wesentlichen Vertragsbedingungen des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger schriftlich niederzulegen, die Niederschrift zu unterzeichnen und dem Kläger auszuhändigen;
3. hilfsweise für den Fall des Obsiegens mit dem Antrag zu 1. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger bis zur Rechtskraft dieser Entscheidung als Produktionshelfer zu beschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, die Überlassungshöchstdauer des § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG sei durch den TV LeiZ wirksam verlängert worden. Bei dessen maßgebenden Regelungen handele es sich um Betriebsnormen iSd. § 3 Abs. 2 TVG. Deshalb sei eine Tarifgebundenheit des Klägers nicht erforderlich. 8

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht das erstinstanzliche Urteil abgeändert und der Klage stattgegeben. Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung. 9

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat der Klage zu Unrecht stattgegeben. Der Antrag zu 1. ist zulässig, aber unbegründet. Die Anträge zu 2. und 3. fallen dem Senat daher nicht zur Entscheidung an. 10

I. Der Feststellungsantrag ist zulässig. Ein Arbeitnehmer kann mit der allgemeinen Feststellungsklage das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zu einem Entleiher auf Grundlage der Vorschriften des AÜG geltend machen. Das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche besondere Feststellungsinteresse besteht auch, soweit der Feststellungsantrag auf die Vergangenheit gerichtet ist, da sich aus dem durch den Kläger behaupteten Arbeitsverhältnis Rechtsfolgen für die Gegenwart und Zukunft, insbesondere mögliche Ansprüche auf Vergütung, ergeben 11

können (vgl. BAG 26. April 2022 - 9 AZR 228/21 - Rn. 14; 20. März 2018 - 9 AZR 508/17 - Rn. 17 f.).

II. Der Antrag ist nicht begründet. 12

1. Zwischen den Parteien ist entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts kein Arbeitsverhältnis nach § 9 Abs. 1 Nr. 1b, § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG kraft Gesetzes begründet worden. Die Überlassungshöchstdauer wurde durch die Überlassung des Klägers an die Beklagte in der Zeit vom 31. März 2014 bis zum 31. Mai 2019 nicht überschritten. Die gesetzliche Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten (§ 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG) ist vorliegend nach § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG iVm. Nr. 2.3, 3.1 TV LeiZ iVm. Nr. 5.1 GBV Dmove wirksam auf 36 Monate unter Berücksichtigung allein der Überlassungszeiten ab dem 1. April 2017 verlängert worden. 13

a) Die Überlassungsdauer ist arbeitnehmer- nicht arbeitsplatzbezogen zu bestimmen. Der Kläger war der Beklagten im Zeitraum vom 31. März 2014 bis zum 31. Mai 2019 danach 62 Monate überlassen. 14

aa) Bezugspunkt der Überlassungsdauer nach § 1 Abs. 1b AÜG ist die Dauer der Eingliederung des überlassenen Arbeitnehmers in die Arbeitsorganisation eines Entleihers. Das hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze (vom 21. Februar 2017, BGBl. I S. 258) klargestellt (BT-Drs. 18/9232 S. 20; BT-Drs. 18/9723 S. 6; sh. auch Schüren/Hamann/Hamann AÜG 6. Aufl. § 1 Rn. 301 mwN). Dem Wortlaut des § 1 Abs. 1b Satz 1 Halbs. 1 und Halbs. 2 AÜG nach dürfen Verleiher und Entleiher „denselben Leiharbeiter“ nicht länger als 18 aufeinanderfolgende Monate überlassen und tätig werden lassen. Der Arbeitsplatz, an dem der Leiharbeiter eingesetzt wird, findet demgegenüber keine Erwähnung. 15

bb) Die arbeitnehmerbezogene Berechnung der Überlassungsdauer ist mit dem Unionsrecht vereinbar (aA etwa Schüren/Hamann/Hamann AÜG 6. Aufl. § 1 Rn. 302; Ulber RdA 2018, 50, 52). 16

(1) Art. 5 Abs. 5 Satz 1 Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit (Richtlinie 2008/104/EG) verpflichtet die Mitgliedstaaten zwar, aufeinanderfolgende Überlassungen zu verhindern, mit denen die Bestimmungen dieser Richtlinie insgesamt umgangen werden sollen (*EuGH 17. März 2022 - C-232/20 - [Daimler] Rn. 56; 14. Oktober 2020 - C-681/18 - [KG] Rn. 55 ff.*). Einem Mitgliedstaat ist es danach verwehrt, keine Maßnahmen zu ergreifen, um den vorübergehenden Charakter der Leiharbeit zu wahren (*EuGH 17. März 2022 - C-232/20 - [Daimler] Rn. 67; 14. Oktober 2020 - C-681/18 - [KG] Rn. 63*). Durch die in § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG enthaltene Festlegung auf eine arbeitnehmerbezogene Berechnung der Überlassungshöchstdauer ist aber nicht gegen diese Verpflichtung verstoßen worden. Zur Gewährleistung des vorübergehenden Charakters der Leiharbeit ist es nicht erforderlich, die Bestimmung der Überlassungsdauer arbeitsplatzbezogen auszugestalten. Der Begriff „vorübergehend“ kennzeichnet nicht den Arbeitsplatz, der im entleihenden Unternehmen zu besetzen ist, sondern die Modalitäten der Überlassung eines Arbeitnehmers an dieses Unternehmen (*EuGH 17. März 2022 - C-232/20 - [Daimler] Rn. 31*). Die Überlassung eines Arbeitnehmers an ein entleihendes Unternehmen zur Beschäftigung auf einem Arbeitsplatz, der dauerhaft vorhanden ist und der nicht vertretungsweise besetzt wird, steht einem Verständnis der Überlassung als „vorübergehend“ nicht entgegen (*EuGH 17. März 2022 - C-232/20 - [Daimler] Rn. 38*).

(2) Der Durchführung eines weiteren Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV bedarf es nicht. 18

(a) Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union muss ein nationales letztinstanzliches Gericht seiner Vorlagepflicht nachkommen, wenn sich in einem bei ihm schwebenden Verfahren eine Frage des Unionsrechts stellt, es sei denn, das Gericht hat festgestellt, dass diese Frage nicht entscheidungserheblich ist, dass die betreffende unionsrechtliche Bestimmung bereits Gegenstand einer Auslegung durch den Gerichtshof war oder dass die richtige Anwendung des Unionsrechts derart offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt (*EuGH 9. September 2015 - C-72/14 und*

C-197/14 - [van Dijk] Rn. 55 ff.; 9. September 2015 - C-160/14 - [Ferreira da Silva e Brito ua.] Rn. 38 ff.; grundlegend 6. Oktober 1982 - 283/81 - [C.I.L.F.I.T.] Rn. 21; sh. auch BVerfG 30. Juli 2019 - 2 BvR 1685/14 ua. - Rn. 315, BVerfGE 151, 202; 9. Mai 2018 - 2 BvR 37/18 - Rn. 24 mwN). Dabei ist es nicht erforderlich, dass die strittigen Fragen der jeweiligen Verfahren vollkommen identisch sind (EuGH 6. Oktober 1982 - 283/81 - [C.I.L.F.I.T.] Rn. 14). Das Fachgericht muss sich hinsichtlich des materiellen Unionsrechts hinreichend kundig machen. Es hat etwaige einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union auszuwerten und seine Entscheidung daran zu orientieren. Auf dieser Grundlage muss es sich unter Anwendung und Auslegung des materiellen Unionsrechts die vertretbare Überzeugung bilden, dass die Rechtslage entweder von vornherein eindeutig - „acte clair“ - oder durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs in einer Weise geklärt ist, die keinen vernünftigen Zweifel zulässt - „acte éclairé“ - (BVerfG 30. Juli 2019 - 2 BvR 1685/14 ua. - aaO; 9. Mai 2018 - 2 BvR 37/18 - Rn. 29; 15. Dezember 2016 - 2 BvR 221/11 - Rn. 37; BAG 29. September 2020 - 9 AZR 266/20 (A) - Rn. 41, BAGE 172, 337; 23. Januar 2019 - 4 AZR 445/17 - Rn. 36, BAGE 165, 100). Hinsichtlich der Voraussetzungen eines acte clair oder acte éclairé kommt dem letztinstanzlichen Hauptsachegericht ein Beurteilungsrahmen zu (BVerfG 9. Mai 2018 - 2 BvR 37/18 - Rn. 29; 15. Dezember 2016 - 2 BvR 221/11 - Rn. 36 f. mwN; 15. Januar 2015 - 1 BvR 499/12 - Rn. 8 f. mwN).

(b) Die früher umstrittene Frage, ob eine „arbeitnehmerbezogene“ Bestimmung der Überlassungsdauer mit Unionsrecht vereinbar ist, ist durch die Ausführungen des EuGH zum Begriff „vorübergehend“ in der Rechtssache Daimler (EuGH 17. März 2022 - C-232/20 - Rn. 30 ff.) geklärt (Rn. 17). 20

b) Damit ist zwar die Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten nach § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG überschritten worden. Für die Parteien und die Verleiherin ist aber die nach Nr. 5.1 GBV Dmove iVm. Nr. 2.3, 3.1 TV LeiZ iVm. § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG festgelegte Höchstdauer von 36 Monaten ab dem 1. April 2017 maßgebend. 21

aa) Nach § 1 Abs. 1b Satz 5 AÜG kann in einer Betriebsvereinbarung, die aufgrund eines Tarifvertrags nach § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG getroffen wird, eine abweichende Überlassungshöchstdauer festgelegt werden. Eine auf dieser Grundlage geschlossene Betriebsvereinbarung muss eine konkrete zeitliche Grenze festlegen, durch die der „vorübergehende“ Charakter der Arbeitnehmerüberlassung iSd. § 1 Abs. 1 Satz 4 AÜG gewahrt wird. Dies ergibt die Auslegung der gesetzlichen Regelung (*zu den Auslegungsgrundsätzen etwa BAG 9. September 2020 - 4 AZR 385/19 - Rn. 24; 11. Dezember 2019 - 4 AZR 310/16 - Rn. 22, BAGE 169, 106, jeweils mwN*).

(1) § 1 Abs. 1b Satz 5 AÜG nennt zwar keine Obergrenze für die abweichende Überlassungshöchstdauer. Nach dem Wortlaut der Vorschrift muss eine solche aber in der maßgebenden Betriebsvereinbarung festgelegt werden. Dies erfordert die konkrete Benennung einer Überlassungshöchstdauer (*vgl. zu § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG Ulber/Ulber AÜG-Basis 3. Aufl. § 1 Rn. 241 mwN; Deinert RdA 2017, 65, 76; Seiwert NZA 2017, 479, 480*).

(2) Die festgelegte Überlassungshöchstdauer muss so bemessen sein, dass sie nach § 1 Abs. 1 Satz 4 AÜG iVm. Art. 1 Abs. 1 Richtlinie 2008/104/EG als „vorübergehend“ anzusehen ist. Die Überlassung von Arbeitnehmern ist nach § 1 Abs. 1 Satz 4 AÜG nur vorübergehend zulässig. Dies dient der Umsetzung von Art. 1 Abs. 1 Richtlinie 2008/104/EG, wonach Leiharbeiter vorübergehend anderen Unternehmen zur Verfügung gestellt werden (*vgl. zur Vorgängerregelung in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG in der bis zum 31. März 2017 geltenden Fassung BT-Drs. 17/4804 S. 8*). Mit der Regelung in § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG hat der Gesetzgeber „vorübergehend“ für den Regelfall konkretisiert (*vgl. BT-Drs. 18/9232 S. 20*) und die weitere Ausgestaltung - im Rahmen der unionsrechtlichen Vorgaben - in § 1 Abs. 1b Satz 3 und Satz 5 AÜG den Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche und - auf Grundlage eines solchen Tarifvertrags - den Betriebsparteien überlassen.

bb) Durch eine Betriebsvereinbarung iSd. § 1 Abs. 1b Satz 5 AÜG wird die zulässige Überlassungshöchstdauer nicht nur für die Entleiherin als Betriebspartei, sondern zugleich für die überlassenen Leiharbeiter und die Verleiherin

geändert. Die Zuordnung der Regelungsmacht an die Betriebsparteien des Einsatzbetriebs folgt aus der Zuweisung der tariflichen Regelungsmacht an die Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche in § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG. Eine auf dieser Grundlage geschlossene Betriebsvereinbarung soll die gleichen Auswirkungen wie der ihr zugrunde liegende Tarifvertrag nach § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG haben (vgl. *Schüren/Hamann/Hamann AÜG 6. Aufl. § 1 Rn. 378*).

Nach dem gesetzgeberischen Konzept soll ein Tarifvertrag oder eine Betriebsvereinbarung nach § 1 Abs. 1b Satz 3 oder Satz 5 AÜG einheitlich die Überlassungshöchstdauer für alle an der Überlassung Beteiligten, mithin Entleiherin, Verleiherin und Leiharbeitnehmer ändern. Weder in § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG noch in § 1 Abs. 1b Satz 5 AÜG wird zwischen Entleih- und Verleihdauer unterschieden. Die in § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG vorgenommene Differenzierung zwischen der zulässigen Verleih- und Entleihdauer, die der Verdeutlichung der jeweiligen Pflichtenstellungen dient, findet sich in Satz 3 und Satz 5 nicht wieder. Diese verweisen - wie § 9 Abs. 1 Nr. 1b AÜG - nicht lediglich auf einen der Halbsätze des § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG, sondern auf Satz 1 insgesamt. Auch der Gesetzgeber geht von „einer Überlassungshöchstdauer“ aus (*BT-Drs. 18/9232 S. 20*). 26

cc) Die Ausgestaltung der § 1 Abs. 1b Satz 5 AÜG zugrunde liegenden Regelung in § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG, die die Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche zum Abschluss von Tarifverträgen, die eine vom Gesetz abweichende Überlassungshöchstdauer vorsehen, ermächtigt, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. 27

(1) Der Gesetzgeber war nicht gehalten, statt der Festsetzung einer Überlassungshöchstdauer in § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG iVm. den Abweichungsmöglichkeiten in § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG von einer Regelung insgesamt abzusehen und die Regelung der Überlassungshöchstdauer allein den Tarifvertragsparteien zu überlassen. Es ist dem Gesetzgeber zum Schutz von Gemeinwohlbelangen mit verfassungsrechtlichem Rang nicht grundsätzlich verwehrt, Fragen zu regeln, die Gegenstand von Tarifverträgen sein können. Art. 9 Abs. 3 GG verleiht den Tarifvertragsparteien in dem für tarifvertragliche Regelungen offenstehenden Bereich 28

zwar ein Normsetzungsrecht, aber kein Normsetzungsmonopol. Der Gesetzgeber bleibt befugt, das Arbeitsrecht zu regeln (*vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG; BVerfG 19. Juni 2020 - 1 BvR 842/17 - Rn. 24; 3. April 2001 - 1 BvL 32/97 - zu B 3 der Gründe, BVerfGE 103, 293*).

(2) Durch einen Tarifvertrag iSd. § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG wird die zulässige Überlassungshöchstdauer für den Einsatz bei einer an diesen nach § 3 Abs. 1 TVG gebundenen Entleiherin nicht nur für diese, sondern zugleich - und unabhängig von deren Tarifgebundenheit - auch für den überlassenen Arbeitnehmer und die Verleiherin geändert. 29

(a) Nach dem gesetzgeberischen Konzept des § 1 Abs. 1b AÜG besteht eine einheitliche Überlassungshöchstdauer (*vgl. zur Wirkung der Betriebsvereinbarung Rn. 25 f.*). Für die Geltung eines solchen Tarifvertrags ist einzig die Tarifgebundenheit der Entleiherin erforderlich, da nur diese, nicht aber diejenige des überlassenen Arbeitnehmers oder der Verleiherin im Gesetz Erwähnung finden. 30

(b) Es handelt sich bei einer solchen tarifvertraglichen Regelung weder um eine Inhaltsnorm, wie es das Landesarbeitsgericht angenommen hat, noch um eine Betriebsnorm iSv. § 1 Abs. 1, § 3 Abs. 2 TVG (*ausf. BAG 14. September 2022 - 4 AZR 83/21 - Rn. 28 ff.*). Der Gesetzgeber hat die Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche zur Normsetzung durch die Regelung in § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG vielmehr über die im Tarifvertragsgesetz vorgesehenen Arten von Tarifnormen (§ 1 Abs. 1 TVG) und deren Bindungswirkung (§ 3 Abs. 1 und Abs. 2, § 4 Abs. 1 TVG) hinaus erweitert. 31

(aa) Der Gesetzgeber ist nicht gehindert, für die Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche eine solche Möglichkeit zu eröffnen, die von den Gestaltungsoptionen des Tarifvertragsgesetzes abweicht und hinsichtlich der verbindlichen Rechtssetzung darüber hinaus geht. Die verfassungsrechtlich gewährleistete Tarifautonomie, die im Zentrum der den Koalitionen eingeräumten Möglichkeiten zur Verfolgung ihrer Zwecke steht (*sh. nur BVerfG 24. Oktober 2019 - 1 BvR 887/17 - Rn. 8 mwN*), ist als Freiheitsrecht nicht darauf beschränkt, dass lediglich 32

ein Tarifsysteem als ausschließliche Form der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gewährleistet ist. Der Gesetzgeber kann für die autonome Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch die Koalitionen auch weitere Regelungsmöglichkeiten vorsehen (*vgl. BVerfG 1. März 1979 - 1 BvR 532/77 - zu C IV 2 b der Gründe, BVerfGE 50, 290*).

(bb) Nach Maßgabe des § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG können die Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche tarifliche Regelungen zur Überlassungshöchstdauer vereinbaren, die kraft gesetzlicher Anordnung zur Verwirklichung des gesetzlichen Regelungsplans (*Rn. 30*) - auch - für überlassene Leiharbeitnehmer und deren Arbeitgeberinnen (Verleiherinnen) gelten. Zweck der Regelung ist es, die Vereinbarung einer einheitlich für Verleiherin, Leiharbeitnehmer und Entleiherin geltenden Überlassungshöchstdauer zu ermöglichen. Dies zeigt sich in der Zuweisung der Regelungsmacht an die Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche als grundsätzlich außerhalb des zwischen Verleiherin und Leiharbeitnehmer bestehenden Arbeitsverhältnisses stehenden Dritten (*aA wohl Kottlors Die Höchstüberlassungsdauer nach der AÜG-Reform S. 260; Henssler RdA 2017, 83, 97; wohl auch Schüren/Fasholz NZA 2015, 1473, 1474*). 33

(cc) Ein anderes Ergebnis folgt nicht aus dem Umstand, dass die Rechtssetzung durch Tarifvertrag zu erfolgen hat. Damit werden lediglich formale Anforderungen (*vgl. zB § 1 Abs. 2, §§ 6, 7, 8 TVG*), nicht aber die Wirkungsweise der Regelungen festgelegt. 34

(3) Mit § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG hat der Gesetzgeber die nach Art. 9 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich gewährleistete kollektive Koalitionsfreiheit gesetzlich ausgestaltet und die erforderliche Grundlage für eine Regelung durch die Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche geschaffen (*vgl. zur erforderlichen Ausgestaltung BVerfG 20. Oktober 1981 - 1 BvR 404/78 - zu B I 1 der Gründe, BVerfGE 58, 233*). Ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung wäre eine für alle an der Arbeitnehmerüberlassung Beteiligten verbindliche tarifliche Regelung durch einen, auf das Zwei-Personen-Verhältnis ausgerichteten, Tarifvertrag nicht möglich gewesen. Die Übertragung der Regelungsermächtigung allein an die 35

Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche, nicht aber an diejenigen der Zeitarbeitsbranche, führt weder zu einer Verletzung von deren Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG noch zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung iSd. Art. 3 Abs. 1 GG.

(a) Die positive Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) der Tarifvertragsparteien der Zeitarbeitsbranche wird nicht dadurch verletzt, dass ihnen keine (subsidiäre) Regelungsmacht zur Verlängerung der Überlassungshöchstdauer durch den Gesetzgeber eingeräumt worden ist (*aA Henssler RdA 2017, 83, 97; HWK/Höpfner 10. Aufl. § 1 AÜG Rn. 65*). Dabei kann dahinstehen, ob in einer Regelung, die - wie vorliegend - erst die Grundlage für eine tarifliche Normsetzung zugunsten einer Koalition schafft, eine Beeinträchtigung der Koalitionsfreiheit einer nicht in gleichem Maße begünstigten Koalition liegen kann (*kritisch Kingreen NZA 2021, 1, 6 f.; Pant Gesetzliche und kollektivvertragliche Regulierung der Arbeitnehmerüberlassung durch Höchstüberlassungszeiten S. 327*). Eine solche wäre jedenfalls verhältnismäßig, da sie einem legitimen Ziel dient, zur Erreichung dieses Ziels weder offensichtlich ungeeignet ist noch ein milderes Mittel zur Erreichung des Ziels erkennbar und sie zudem verhältnismäßig im engeren Sinn wäre (*zum Prüfungsmaßstab sh. BVerfG 11. Juli 2017 - 1 BvR 1571/15 ua. - Rn. 151 ff., BVerfGE 146, 71*).

(aa) Das Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG ist in erster Linie ein Freiheitsrecht. Es schützt die individuelle Freiheit, Vereinigungen zur Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu bilden und diesen Zweck gemeinsam zu verfolgen, ihnen fernzubleiben oder sie zu verlassen. Darüber sollen die Beteiligten grundsätzlich frei von staatlicher Einflussnahme, selbst und eigenverantwortlich bestimmen können. Geschützt ist damit auch das Recht der Vereinigungen selbst, durch spezifisch koalitionsmäßige Betätigung die in Art. 9 Abs. 3 GG genannten Zwecke zu verfolgen, wobei die Wahl der Mittel, die die Koalitionen zur Erreichung dieses Zwecks für geeignet halten, mit Art. 9 Abs. 3 GG grundsätzlich ihnen selbst überlassen ist (*BVerfG 12. Juni 2018 - 2 BvR 1738/12 ua. - Rn. 115, BVerfGE 148, 296; 11. Juli 2017 - 1 BvR 1571/15 ua. - Rn. 130, BVerfGE 146, 71*).

(bb) Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit ist zwar vorbehaltlos gewährleistet, 38
aber wie jedes Grundrecht zugunsten anderer Ziele mit Verfassungsrang be-
schränkbar. Es bedarf zudem der Ausgestaltung durch die Rechtsordnung, so-
weit es die Beziehungen zwischen Trägern widerstreitender Interessen zum Ge-
genstand hat. Beide Tarifvertragsparteien genießen den Schutz des Art. 9 Abs. 3
GG in gleicher Weise, stehen bei der Ausübung aber gegeneinander. Das erfor-
dert koordinierende Regelungen, die gewährleisten, dass die aufeinander bezo-
genen Grundrechtspositionen trotz ihres Gegensatzes nebeneinander bestehen
können (*BVerfG 19. Juni 2020 - 1 BvR 842/17 - Rn. 18*). Bei der Ausgestaltung
der Tarifautonomie hat der Gesetzgeber einen weiten Handlungsspielraum. Das
Grundgesetz schreibt ihm nicht vor, wie die gegensätzlichen Grundrechtspositi-
onen im Einzelnen abzugrenzen sind. Der Gesetzgeber ist nicht gehindert, die
Rahmenbedingungen der Tarifautonomie zu ändern, sei es aus Gründen des Ge-
meinwohls, sei es, um gestörte Paritäten wieder herzustellen (*BVerfG 19. Juni
2020 - 1 BvR 842/17 - Rn. 19; 11. Juli 2017 - 1 BvR 1571/15 ua. - Rn. 149,
BVerfGE 146, 71*).

(cc) Die Regelung dient einem legitimen Ziel. Sie flankiert die Bestimmung 39
über die Überlassungshöchstdauer in § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG. Diese ist auf den
Schutz der Leiharbeitnehmer (*BT-Drs. 18/9232 S. 20*) und damit die Verbesse-
rung ihrer Stellung und die Gewährleistung ihrer Berufsfreiheit nach Art. 12
Abs. 1 GG gerichtet (*vgl. BVerfG 19. Juni 2020 - 1 BvR 842/17 - Rn. 26; 29. De-
zember 2004 - 1 BvR 2283/03 ua. - zu C II 3 b bb (1) der Gründe*). Die in Satz 3
vorgesehene Tarifdispositivität soll darüber hinaus nicht nur die Bedeutung tarif-
vertraglicher Vereinbarungen als wesentliches Element einer verlässlichen Sozi-
alpartnerschaft (*BT-Drs. 18/9232 S. 15*), sondern auch den flexiblen Einsatz von
Leiharbeit zur Deckung von Auftragsspitzen weiterhin ermöglichen und so die
positive Beschäftigungswirkung der Arbeitnehmerüberlassung erhalten
(*BT-Drs. 18/9232 S. 20, 1*). Bei letzterer handelt es sich um einen verfassungs-
rechtlich legitimierten Gemeinwohlbelang (*BVerfG 29. Dezember 2004 - 1 BvR
2283/03 ua. - zu C II 3 b bb (2) der Gründe*).

- (dd) Die Tariföffnungsklausel ist zur Zielerreichung nicht offensichtlich ungeeignet. 40
- (aaa) Hierfür ist die Möglichkeit ausreichend, dass der erstrebte Erfolg gefördert werden kann, also die Möglichkeit der Zweckerreichung besteht. Die Regelung darf nicht von vornherein untauglich sein (*BVerfG 23. Mai 2018 - 1 BvR 97/14 ua. - Rn. 90, BVerfGE 149, 86; 11. Juli 2017 - 1 BvR 1571/15 ua. - Rn. 159, BVerfGE 146, 71*). Der Gesetzgeber hat dabei einen Einschätzungsspielraum für die Beurteilung der tatsächlichen Grundlagen der Regelung. Die Grenze liegt dort, wo sich deutlich erkennbar abzeichnet, dass eine Fehleinschätzung vorgelegen hat (*BVerfG 11. Juli 2017 - 1 BvR 1571/15 ua. - aaO; 15. Januar 2002 - 1 BvR 1783/99 - zu B II 1 b aa der Gründe, BVerfGE 104, 337*). 41
- (bbb) Die den Tarifvertragsparteien eröffnete Regelungsoption kann die beabsichtigte Flexibilität gewährleisten, ohne den durch Satz 1 bezweckten Schutz der Leiharbeitnehmer zu gefährden. Zum einen können die jeweiligen Branchenbesonderheiten - im Gegensatz zur starren Regelung in § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG - berücksichtigt und damit das Instrument der Arbeitnehmerüberlassung bedarfsgerecht und flexibel genutzt werden. Zum anderen wird der Leiharbeitnehmer durch die Beschränkung der Öffnungsklausel auf eine vorübergehende Überlassung (*Rn. 24*) ebenso wie aufgrund der Regelung in § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG vor einem unbegrenzten Einsatz auf einem Dauerarbeitsplatz geschützt und kann ggf. vom „Klebeeffekt“, also der Chance, von dem entleihenden Unternehmen direkt als Arbeitnehmer beschäftigt zu werden, profitieren (*vgl. hierzu ErfK/Wank/Roloff 22. Aufl. AÜG § 1 Rn. 3; Franzen ZfA 2016, 25, 35*). 42
- (ee) Die Festlegung einer Überlassungshöchstdauer mit einer Tariföffnungsklausel lediglich zugunsten der Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche ist auch erforderlich. 43
- (aaa) Der Gesetzgeber verfügt auch insoweit über einen Beurteilungs- und Prognosespielraum. Daher können Maßnahmen, die der Gesetzgeber zum Schutz eines wichtigen Ziels für erforderlich hält, verfassungsrechtlich nur beanstandet werden, wenn nach den ihm bekannten Tatsachen und im Hinblick auf 44

die bisherigen Erfahrungen feststellbar ist, dass Regelungen, die als Alternativen in Betracht kommen, die gleiche Wirksamkeit versprechen, die Betroffenen indessen weniger belasten (*BVerfG 11. Juli 2017 - 1 BvR 1571/15 ua. - Rn. 162, BVerfGE 146, 71; 11. Juli 2006 - 1 BvL 4/00 - Rn. 95, BVerfGE 116, 202*).

(bbb) Nur durch die gesetzliche Festlegung einer Überlassungshöchstdauer konnte der umfassende Schutz der Leiharbeitnehmer unabhängig von deren Einsatzort erreicht werden. Die Einräumung einer - auch nur subsidiären - Regelungsmacht an die Tarifvertragsparteien der Zeitarbeitsbranche würde diese zwar weniger belasten, wäre aber zur Erreichung der mit der Regelung verfolgten Ziele nicht gleich wirksam. Der Gesetzgeber konnte davon ausgehen, dass die Tarifvertragsparteien der Zeitarbeitsbranche keinen den Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche vergleichbaren Einblick in die Situation in den Entleiherbetrieben in den verschiedenen Branchen haben. Dementsprechend können sie den Bedarf zum Einsatz von Leiharbeitnehmern nicht in gleicher Weise einschätzen wie die sachnäheren Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche (*vgl. hierzu Schüren/Hamann/Hamann AÜG 6. Aufl. § 1 Rn. 361; Hamann jurisPR-ArbR 17/2022 Anm. 8; Hütter-Brungs jM 2021, 370, 372; Deinert RdA 2017, 65, 76; Corzelius Grundlagen, Wirkungen und Grenzen des tarifdispositiven Rechts in der Arbeitnehmerüberlassung S. 162*). Eine Änderung der Überlassungshöchstdauer durch diese könnte daher nicht in gleichem Maße flexibel an dem jeweiligen Bedarf ausgerichtet werden. Zudem kann davon ausgegangen werden, dass die Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche im Gegensatz zu denjenigen der Zeitarbeitsbranche auch die Interessen der ebenfalls (mittelbar) betroffenen Stammbeschaft in höherem Maße berücksichtigen (*Pant Gesetzliche und kollektivvertragliche Regulierung der Arbeitnehmerüberlassung durch Höchstüberlassungszeiten S. 335 f.*).

(ff) Die Regelung ist auch im engeren Sinn verhältnismäßig. Eine etwaige Beeinträchtigung der aus Art. 9 Abs. 3 GG folgenden Rechte der Tarifvertragsparteien der Zeitarbeitsbranche (*Rn. 36*) wäre zumutbar. Der Gesetzgeber hat in angemessener Weise die Belange der zu schützenden Leiharbeitnehmer als überwiegend erachtet und gleichzeitig größtmögliche Flexibilität gewährleistet.

Das zeigt die insoweit gebotene Abwägung aller Belange unter Berücksichtigung des Gewichts der mit der Regelung einhergehenden Belastungen (vgl. *BVerfG 19. Juni 2020 - 1 BvR 842/17 - Rn. 29*).

(aaa) Die Regelung dieser Arbeitsverhältnisse durch Rechtsnormen iSd. § 1 Abs. 1 TVG bleibt den Tarifvertragsparteien der Leiharbeitsbranche unbenommen. Der Leiharbeitsvertrag besteht nach dem Regelungskonzept des AÜG unabhängig von der Verleihmöglichkeit (*BT-Drs. 17/4804 S. 7; Hamann AuR 2016, 136, 138; Schüren/Hamann/Hamann AÜG 6. Aufl. § 1 Rn. 347, 361; aA Ulber/Ulber AÜG-Basis 3. Aufl. § 1 Rn. 238; Ulber RdA 2018, 50, 52*). Die Überlassungshöchstdauer betrifft nicht unmittelbar die in die fachliche Zuständigkeit der Tarifvertragsparteien der Zeitarbeitsbranche fallenden Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im Leiharbeitsverhältnis. Die Veränderung der Überlassungshöchstdauer wirkt sich lediglich in der Weise auf das Leiharbeitsverhältnis aus, dass sie das Weisungsrecht der Verleiherin hinsichtlich der Einsatzdauer bei der jeweiligen Entleiherin erweitert oder beschränkt (*Corzelius Grundlagen, Wirkungen und Grenzen des tarifdispositiven Rechts in der Arbeitnehmerüberlassung S. 162*).

(bbb) Zudem handelt es sich bei der Überlassungshöchstdauer nicht um eine Materie, die vor Einführung des § 1 Abs. 1b AÜG üblicherweise und in großem Umfang von den Tarifvertragsparteien geregelt wurde (vgl. *Kottlors Die Höchstüberlassungsdauer nach der AÜG-Reform S. 282*) oder auch nur von diesen für alle Beteiligten hätte geregelt werden können (*Rn. 35*). Es sind daher keine Bereiche betroffen, in denen der Tarifautonomie und damit Art. 9 Abs. 3 GG eine besonders große Wirkkraft zukommt, weil durchweg tarifvertragliche Vereinbarungen existieren. Dann würde die Tarifautonomie grundsätzlich einen stärkeren Schutz genießen als - wie vorliegend - in Bereichen, die die Koalitionen üblicherweise ungeregelt lassen (*BVerfG 3. April 2001 - 1 BvL 32/97 - zu B 3 d der Gründe, BVerfGE 103, 293; 24. April 1996 - 1 BvR 712/86 - zu C II 1 der Gründe, BVerfGE 94, 268*).

- (b) Aus den vorgenannten Gründen kommt in Bezug auf die Tarifvertragsparteien der Leiharbeitsbranche auch keine Verletzung des Gleichheitssatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG in Betracht. 49
- (aa) Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebietet dem Gesetzgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Er gilt für ungleiche Belastungen wie auch für ungleiche Begünstigungen. Welche Anforderungen an die Rechtfertigungsgründe für gesetzliche Ungleichbehandlungen zu stellen sind, hängt wesentlich davon ab, in welchem Maß sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten auswirken kann. Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen (*BVerfG 23. Mai 2017 - 2 BvL 10/11 ua. - Rn. 96, BVerfGE 145, 249; 17. Januar 2012 - 2 BvL 4/09 - Rn. 57, BVerfGE 130, 52*). 50
- (bb) Vorliegend werden zwar Tarifvertragsparteien, zum einen die Arbeitgeber(-verbände) sowie die Gewerkschaften der Einsatzbranche und zum anderen die Tarifvertragsparteien der Zeitarbeitsbranche ungleich behandelt, indem der Gesetzgeber erstere zur Regelung der Überlassungshöchstdauer ermächtigt, letztere aber nicht. Unabhängig vom anzuwendenden Prüfungsmaßstab liegt aber jedenfalls im Hinblick auf die größere Sachnähe der Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche (*Rn. 45*) eine zulässige Differenzierung vor. 51
- (4) Die negative Koalitionsfreiheit der Leiharbeitnehmer und Verleiher ist nicht beeinträchtigt. Das Grundrecht der negativen Koalitionsfreiheit schützt nicht dagegen, dass der Gesetzgeber die Ergebnisse von Koalitionsvereinbarungen als Anknüpfungspunkt für die zulässige Überlassungshöchstdauer iSd. § 1 Abs. 1b AÜG nimmt. Allein dadurch, dass jemand den Vereinbarungen fremder Tarifvertragsparteien unterworfen wird, ist ein spezifisch koalitionsrechtlicher Aspekt nicht betroffen (*BVerfG 11. August 2020 - 1 BvR 2654/17 - Rn. 33; 11. Juli 2006 - 1 BvL 4/00 - Rn. 68, BVerfGE 116, 202; Kingreen NZA 2021, 1, 3*). 52

dd) Durch die einzig den Betriebspartnern des Einsatzbetriebs eingeräumte Möglichkeit, aufgrund von Tarifverträgen abweichende Regelungen zu treffen, werden Entleiher, die Leiharbeitnehmer in betriebsratslosen Betrieben beschäftigen, nicht in ihren Grundrechten beeinträchtigt (*vgl. Deinert RdA 2017, 65, 77 mwN auch zu den abw. Auff.; Hamann AuR 2016, 136, 139*). Aufgrund der Zuweisung der Regelungsmacht an die Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche konnten hierauf bezogene Öffnungsklauseln nur auf betrieblicher, nicht auf arbeitsvertraglicher Ebene zugelassen werden. Die Möglichkeit, Tarifverträge nach § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG arbeitsvertraglich in Bezug zu nehmen, besteht für den Entleiher nicht, so dass eine diesbezügliche gesetzliche Regelung weder erforderlich noch möglich war (*vgl. Kottlors Die Höchstüberlassungsdauer nach der AÜG-Reform S. 205*).

53

ee) Die Regelungen in § 1 Abs. 1b Satz 3 und Satz 5 AÜG sind mit Unionsrecht vereinbar. Die Übertragung der Regelungsbefugnis auf die Tarifvertragsparteien sowie deren Möglichkeit, abweichende betriebliche Regelungen zuzulassen, ist auch ohne eine gesetzliche Festlegung einer absoluten Überlassungshöchstgrenze zulässig. Nach der Entscheidung des EuGH vom 17. März 2022 (- C-232/20 - [Daimler]) bedarf es trotz der früher vertretenen unterschiedlichen Rechtsauffassungen (*vgl. für Unionsrechtswidrigkeit Ulber/Ulber AÜG-Basis 3. Aufl. § 1 Rn. 251, 254; Ulber RdA 2018, 50, 51; Stellungnahme DGB Ausschussdrs. 18(11)761neu S. 14; für Unionsrechtskonformität Stellungnahme Henssler Ausschussdrs. 18(11)761neu S. 46; für die Notwendigkeit einer richtlinienkonformen Auslegung Gräf SAE 2019, 11, 20*) keiner Vorlage mehr. Durch die Entscheidung ist die Rechtslage iSe. „acte éclairé“ geklärt (*zu den Voraussetzungen Rn. 19*).

54

(1) Die Richtlinie 2008/104/EG steht einer nationalen Regelung nicht entgegen, die die Tarifvertragsparteien ermächtigt, auf der Ebene der Branche der entleihenden Unternehmen von einer nach nationalem Recht festgelegten Überlassungshöchstdauer abzuweichen (*EuGH 17. März 2022 - C-232/20 - [Daimler] Rn. 111*).

55

(2) Die Festlegung einer absoluten Überlassungshöchstgrenze in der Öffnungsklausel ist nach dem Recht der Europäischen Union nicht erforderlich. Die Richtlinie 2008/104/EG zielt nicht speziell darauf ab, die Dauer der Überlassung eines Leiharbeitnehmers an ein entleihendes Unternehmen festzulegen, bei deren Überschreitung eine solche Überlassung nicht mehr als vorübergehend eingestuft werden kann. Die Richtlinie 2008/104/EG legt auch an keiner Stelle eine Dauer fest, bei deren Überschreitung eine Überlassung nicht mehr als „vorübergehend“ eingestuft werden kann. Die Mitgliedstaaten sind durch keine Bestimmung dieser Richtlinie verpflichtet, im nationalen Recht eine solche Dauer vorzusehen (*EuGH 17. März 2022 - C-232/20 - [Daimler] Rn. 53*). Sie müssen lediglich dafür Sorge tragen, dass Leiharbeit bei demselben entleihenden Unternehmen nicht zu einer Dauersituation für einen Leiharbeitnehmer wird (*EuGH 17. März 2022 - C-232/20 - [Daimler] Rn. 56; 14. Oktober 2020 - C-681/18 - [KG] Rn. 55, 60*).

(3) Diesen Anforderungen wird die gesetzliche Regelung in § 1 Abs. 1b Satz 3 und Satz 5 AÜG gerecht. Die Öffnungsklauseln erlauben lediglich die Vereinbarung von Tarifverträgen und - wenn der Entleiher an einen Tarifvertrag iSd. Satz 5 gebunden ist - von Betriebsvereinbarungen, die eine Überlassungshöchstdauer vorsehen, die sich im Rahmen dessen hält, was nach § 1 Abs. 1 Satz 4 AÜG und Art. 1 Abs. 1 Richtlinie 2008/104/EG als „vorübergehend“ anzusehen ist (*Rn. 22 ff.*).

ff) Nach diesen Grundsätzen ist die für die Parteien und die Verleiherin maßgebende Überlassungshöchstdauer durch Nr. 5.1 GBV Dmove iVm. Nr. 2.3, 3.1 TV LeiZ auf 36 Monate ab dem 1. April 2017 ohne Berücksichtigung vorheriger Überlassungszeiten verlängert worden.

(1) Der Gesamtbetriebsrat war für den Abschluss der GBV Dmove zuständig. Das nach § 50 Abs. 1 BetrVG die originäre Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats begründende zwingende Erfordernis für eine betriebsübergreifende Regelung besteht, wenn der Arbeitgeber - wie vorliegend - im Bereich der freiwilligen Mitbestimmung zu einer Maßnahme, Regelung oder Leistung nur betriebs-

übergreifend bereit ist. Wenn die Arbeitgeberin mitbestimmungsfrei darüber entscheiden kann, ob sie eine Regelung überhaupt abschließt, kann sie sie auch von einer überbetrieblichen Regelung abhängig machen und so die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats für den Abschluss einer entsprechenden Betriebsvereinbarung herbeiführen (*BAG 19. März 2019 - 3 AZR 201/17 - Rn. 75, BAGE 166, 136; 23. März 2010 - 1 ABR 82/08 - Rn. 15, BAGE 133, 373*).

(2) Der TV LeiZ gestattet in Nr. 3.1 die Festlegung einer von Nr. 2.3 TV LeiZ abweichenden Überlassungshöchstdauer durch freiwillige Betriebsvereinbarungen und ist wirksam zustande gekommen. 60

(a) Der TV LeiZ wahrt das Schriftformerfordernis nach § 1 Abs. 2 TVG. Der Kläger hat sein anfängliches Bestreiten nach Vorlage des unterzeichneten TV LeiZ bereits erstinstanzlich fallen gelassen. 61

(b) Bei Südwestmetall und IG Metall handelt es sich um Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche iSd. § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG. Das sind diejenigen, die für die Unternehmen der Entleiher einer Branche tarifzuständig sind. Vorliegend war der Kläger in einem Betrieb der Metall- und Elektroindustrie eingesetzt. 62

(c) Den Tarifvertragsparteien fehlte entgegen der Auffassung des Klägers nicht die Tarifzuständigkeit. 63

(aa) Die Tarifzuständigkeit einer Vereinigung richtet sich nach dem in ihrer Satzung festgelegten Organisationsbereich. Dessen autonome Festlegung ist Ausdruck der in Art. 9 Abs. 1 und Abs. 3 GG verfassungsrechtlich garantierten Vereins- und Koalitionsfreiheit (*vgl. hierzu BAG 31. Januar 2018 - 10 AZR 695/16 (A) - Rn. 32; 22. Februar 2017 - 5 AZR 252/16 - Rn. 33, BAGE 158, 205; 21. Januar 2015 - 4 AZR 797/13 - Rn. 72, BAGE 150, 304*). Die Tarifzuständigkeit muss bei Abschluss des Tarifvertrags vorliegen. Fehlt sie, ist der Tarifvertrag wegen Fehlens einer Wirksamkeitsvoraussetzung unwirksam (*BAG 14. Januar 2014 - 1 ABR 66/12 - Rn. 50, BAGE 147, 113*). 64

(bb) An der Tarifzuständigkeit von Südwestmetall und IG Metall für die Branche der Metall- und Elektroindustrie in Nordwürttemberg/Nordbaden, Südwestfalen und Südbaden bestehen keine Zweifel. 65

(cc) Eine darüber hinausgehende Tarifzuständigkeit ist nicht erforderlich (*aA Henssler RdA 2017, 83, 97; Gussen FA 2014, 363, 364 f.*). Der Tarifvertrag trifft eine Regelung über die zulässige Überlassungshöchstdauer in der Branche, für die die Tarifvertragsparteien zuständig sind. Er enthält keine Inhaltsnormen, die für das Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeitnehmer und der Verleiherin gelten würden. Es bedarf daher insoweit keiner Tarifzuständigkeit. Die in § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG angeordnete Geltung für Leiharbeitnehmer und Verleiher besteht unabhängig von einer Tarifzuständigkeit für diesen Bereich. Anders als in § 3 Abs. 2 TVG (*vgl. hierzu BAG 14. Januar 2014 - 1 ABR 66/12 - Rn. 51, BAGE 147, 113; 29. Juli 2009 - 7 ABR 27/08 - Rn. 25, BAGE 131, 277*) wird durch diese Norm nicht nur die Notwendigkeit der Tarifgebundenheit, sondern auch diejenige der Tarifzuständigkeit darauf reduziert, dass sie allein hinsichtlich der Einsatzbranche vorliegen muss. 66

(dd) Der Senat war, da an der Tarifzuständigkeit keine vernünftigen Zweifel bestehen, nicht gehalten, vor einer Entscheidung über die Revision der Beklagten das Verfahren nach § 97 Abs. 5 ArbGG auszusetzen (*vgl. hierzu BAG 31. Januar 2018 - 10 AZR 695/16 (A) - Rn. 10 ff.; 22. Februar 2017 - 5 AZR 252/16 - Rn. 29 ff., BAGE 158, 205*). 67

(3) Die Überlassungshöchstdauer von 36 Monaten nach Nr. 5.1 GBV Dmove unterschreitet die in Nr. 2.3 TV LeiZ vorgegebene maximale Überlassungszeit und hält sich im Rahmen dessen, was als „vorübergehend“ iSd. § 1 Abs. 1 Satz 4 AÜG iVm. Art. 1 Abs. 1 Richtlinie 2008/104/EG anzusehen ist (*so auch Schürren/Hamann/Hamann AÜG 6. Aufl. § 1 Rn. 351*). 68

(a) „Vorübergehend“ bedeutet nach allgemeinem Sprachgebrauch „zeitlich begrenzt“ (*EuGH 17. März 2022 - C-232/20 - [Daimler] Rn. 57*). Eine konkrete zeitliche Grenze, nach der eine Überlassung nicht mehr als „vorübergehend“ an- 69

gesehen werden könnte, findet sich allerdings weder im AÜG noch in der Richtlinie 2008/104/EG (zu letzterer *EuGH 17. März 2022 - C-232/20 - [Daimler]* Rn. 53). Im Hinblick darauf verbietet sich ein Rückgriff auf zeitliche Grenzen in anderen Regelungswerken (aA *Ulber/Ulber AÜG-Basis 3. Aufl. § 1 Rn. 198 f.; Ulber RdA 2018, 50, 53: 24 Monate nach Art. 12 Verordnung (EG) Nr. 883/2004 und Art. 16 Abs. 4 Richtlinie 2004/78/EG*), die zudem anderen Zielen dienen (*Hamann jurisPR-ArbR 35/2020 Anm. 3*). Nicht „vorübergehend“ ist eine Überlassung dann, wenn sie unter Berücksichtigung sämtlicher relevanter Umstände, zu denen insbesondere die Branchenbesonderheiten zählen, vernünftigerweise nicht mehr als „vorübergehend“ betrachtet werden kann (*EuGH 17. März 2022 - C-232/20 - [Daimler]* Rn. 60). Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn die Überlassung ohne jegliche zeitliche Begrenzung erfolgt und der Leiharbeitnehmer dauerhaft anstelle eines Stammarbeitnehmers eingesetzt werden soll (*BAG 21. Februar 2017 - 1 ABR 62/12 - Rn. 57, BAGE 158, 121; 30. September 2014 - 1 ABR 79/12 - Rn. 43*). Aus § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG und § 1 Abs. 1b Satz 6 AÜG, die die Überlassungshöchstdauer außerhalb der Geltung eines Tarifvertrags auf 18 und 24 Monate festlegen, ergibt sich zudem, dass eine „vorübergehende“ Überlassung diesen Zeitraum übersteigen kann (*Schüren/Hamann/Hamann AÜG 6. Aufl. § 1 Rn. 351*).

(b) Nach diesen Grundsätzen ist die vereinbarte Überlassungshöchstdauer von 36 Monaten noch als „vorübergehend“ anzusehen. Sie stellt eine hinreichend konkrete Obergrenze dar, die zudem deutlich unterhalb derjenigen liegt, die die Tarifvertragsparteien im TV LeiZ als Überlassungshöchstdauer festgelegt haben. Da hinsichtlich des TV LeiZ aufgrund des den Tarifvertragsparteien zustehenden Gestaltungsspielraums und deren Einschätzungsprärogative in Bezug auf die tatsächlichen Gegebenheiten und betroffenen Interessen (*vgl. hierzu BAG 15. Oktober 2021 - 6 AZR 253/19 - Rn. 38; 16. Dezember 2020 - 5 AZR 143/19 (A) - Rn. 37, BAGE 173, 251; 15. April 2015 - 4 AZR 796/13 - Rn. 31, BAGE 151, 235*) davon auszugehen ist, dass die Branchenbesonderheiten hinreichend Berücksichtigung gefunden haben (*ausf. zur Angemessenheitsvermutung BAG 21. Mai 2014 - 4 AZR 50/13 - Rn. 29 mwN, BAGE 148, 139; BT-Drs. 17/4804 S. 9*), ist

70

dies auch hinsichtlich der sich in diesem Rahmen haltenden GBV Dmove anzunehmen. Ein Zeitraum von drei Jahren kann darüber hinaus nicht als dauerhaft angesehen werden, zumal damit die in § 1 Abs. 1b Satz 1 und Satz 6 AÜG vorgesehenen Grenzen nicht um ein Vielfaches überschritten werden.

(4) Der in Nr. 5.1 GBV Dmove enthaltene Ausschluss der Berücksichtigung von Überlassungszeiten vor dem 1. April 2017 bei der Berechnung der Überlassungshöchstdauer entspricht der ohnehin für alle Überlassungszeiten nach § 1 Abs. 1b AÜG angeordneten gesetzlichen Regelung in § 19 Abs. 2 AÜG. Die Übergangsvorschrift muss nicht wegen Unvereinbarkeit mit Unionsrecht unangewendet bleiben. 71

(a) Die Mitgliedstaaten waren nach Art. 11 Abs. 1 Richtlinie 2008/104/EG verpflichtet, diese bis zum 5. Dezember 2011 in nationales Recht umzusetzen. Sie mussten daher ab diesem Zeitpunkt sicherstellen, dass die Überlassung von Leiharbeitnehmern eine Dauer nicht überschreitet, die als „vorübergehend“ eingestuft werden kann (*EuGH 17. März 2022 - C-232/20 - [Daimler] Rn. 72*). Eine Übergangsvorschrift, die Zeiten nach dem 5. Dezember 2011 von der Berücksichtigung bei der Beurteilung, ob eine Überlassung „vorübergehend“ war, ausschließt, könnte der Richtlinie 2008/104/EG ihre praktische Wirksamkeit nehmen und daher mit Unionsrecht vereinbar sein (*EuGH 17. März 2022 - C-232/20 - [Daimler] Rn. 73 f.; Schlussanträge des Generalanwalts Tanchev v. 9. September 2021 - C-232/20 - [Daimler] Rn. 62*). 72

(b) Ein nationales Gericht, bei dem ein Rechtsstreit zwischen Privaten anhängig ist, ist allerdings nicht allein aufgrund des Unionsrechts verpflichtet, eine unionsrechtswidrige Übergangsvorschrift unangewendet zu lassen, die für die Anwendung einer Regelung, die eine Höchstdauer der Überlassung eines Leiharbeitnehmers festlegt, die Berücksichtigung der dem Inkrafttreten dieser Regelung vorausgegangenen Überlassungszeiträume ausschließt (*EuGH 17. März 2022 - C-232/20 - [Daimler] Rn. 82*). 73

(c) Es kann daher dahinstehen, ob der in § 19 Abs. 2 AÜG vorgesehene Ausschluss der Berücksichtigung von Überlassungszeiten vor dem 1. April 2017 74

unionsrechtswidrig ist oder - ggf. nach unionsrechtskonformer Auslegung (vgl. hierzu Schüren/Hamann/Hamann AÜG 6. Aufl. § 1 Rn. 337; Hamann jurisPR-ArbR 17/2022 Anm. 8) - nicht. Die Vorschrift wäre ungeachtet dessen vom Senat anzuwenden.

gg) Die Überlassungshöchstdauer von 36 Monaten ist durch den Einsatz des Klägers in der Zeit vom 1. April 2017 bis zum 31. Mai 2019, mithin für 26 Monate, nicht überschritten worden. 75

2. Aus einem etwaigen Verstoß gegen das Verbot der vorübergehenden Überlassung nach § 1 Abs. 1 Satz 4 AÜG kann die vom Kläger begehrte Rechtsfolge weder direkt noch unter Berücksichtigung des Unionsrechts oder unter Heranziehung von § 242 BGB hergeleitet werden. 76

a) Nach § 1 Abs. 1 Satz 4 AÜG handelt es sich bei einer nicht nur vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung zwar um eine rechtlich unzulässige Gestaltung. Ein mehr als nur vorübergehender Einsatz eines Leiharbeitnehmers bei einem Entleiher ist verboten (BAG 10. Dezember 2013 - 9 AZR 51/13 - Rn. 38, BAGE 146, 384; sh. auch 21. Februar 2017 - 1 ABR 62/12 - Rn. 24, 54, BAGE 158, 121). Für die Prüfung, ob es sich noch um eine „vorübergehende“ Überlassung handelt, wären zudem alle Überlassungszeiten des Klägers zu berücksichtigen, da § 19 Abs. 2 AÜG nur die Berechnung der Überlassungshöchstdauer nach § 1 Abs. 1b AÜG betrifft. Selbst wenn aber die Überlassungsdauer von 62 Monaten nicht mehr als „vorübergehend“ angesehen werden könnte, hätte dies nicht die Begründung eines Arbeitsverhältnisses zwischen der Beklagten und dem Kläger zur Folge. § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG fingiert das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses nur für die Fälle, in denen der Vertrag zwischen einem Verleiher und einem Leiharbeitnehmer nach § 9 AÜG unwirksam ist. Dies ist bei einem Verstoß gegen § 1 Abs. 1 Satz 4 AÜG mangels Erwähnung in § 9 AÜG nicht der Fall. Eine analoge Anwendung von § 9 Abs. 1 Nr. 1b AÜG, nach dem Arbeitsverträge zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern mit dem Überschreiten der Überlassungshöchstdauer unwirksam werden, scheidet mangels planwidriger Regelungslücke aus. Der Gesetzgeber hat in Kenntnis der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, nach der § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG 77

idF v. 28. April 2011 nicht auf Fälle angewendet werden kann, für die es keine ausdrückliche gesetzliche Regelung gibt (*vgl. grundlegend BAG 10. Dezember 2013 - 9 AZR 51/13 - Rn. 22 ff., BAGE 146, 384; zuletzt 27. Juni 2017 - 9 AZR 133/16 - Rn. 32 mwN*), nur die Überschreitung der Überlassungshöchstdauer mit der Rechtsfolge des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG sanktioniert.

b) Das Unionsrecht gebietet keine andere Auslegung von § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG. 78

aa) Nach Art. 288 Abs. 3 AEUV ist eine Richtlinie für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und Mittel. Auch nach Art. 10 Richtlinie 2008/104/EG sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, für die Nichteinhaltung der Richtlinie geeignete Maßnahmen vorzusehen und für den Fall eines Verstoßes gegen die einzelstaatlichen Vorschriften zur Umsetzung der Richtlinie Sanktionen festzulegen. Vorgaben zum Inhalt der Maßnahmen und Sanktionen macht die Richtlinie demgegenüber nicht, insbesondere ist nicht die Begründung eines Arbeitsverhältnisses zur Entleiherin vorgeschrieben. Ein Leiharbeitnehmer kann daher wegen eines solchen Verstoßes kein subjektives Recht auf Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher aus dem Unionsrecht ableiten (*EuGH 17. März 2022 - C-232/20 - [Daimler] Rn. 93 ff.; BAG 5. Juli 2022 - 9 AZR 476/21 - Rn. 37*).

bb) Das gilt auch dann, wenn die Richtlinie mangels einer wirksamen, angemessenen und abschreckenden Sanktion unzureichend umgesetzt worden sein sollte (*vgl. BAG 10. Dezember 2013 - 9 AZR 51/13 - Rn. 34, BAGE 146, 384; vgl. auch 12. Juli 2016 - 9 AZR 51/15 - Rn. 33*). Der durch die Unvereinbarkeit des nationalen Rechts mit dem Unionsrecht geschädigten Partei könnten allenfalls Schadensersatzansprüche zustehen (*EuGH 17. März 2022 - C-232/20 - [Daimler] Rn. 99*).

c) Gleiches gilt für den Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs. Hat sich der Gesetzgeber - wie vorliegend hinsichtlich § 1 Abs. 1 Satz 4 AÜG - entschieden, 81

einen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot nicht mit der Sanktion der Begründung eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher zu versehen, darf diese Rechtsfolge nicht über § 242 BGB herbeigeführt werden. Dies würde bedeuten, sich über den klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers hinwegzusetzen und unzulässig in die Kompetenzen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers einzugreifen (*vgl. zum AÜG idF v. 28. April 2011 BAG 10. Dezember 2013 - 9 AZR 51/13 - Rn. 38, BAGE 146, 384*).

III. Der Kläger hat die Kosten der Berufung und der Revision zu tragen, § 97 Abs. 1 ZPO. 82

Treber

M. Rennpferdt

Klug

Widuch

P. Hoffmann