

Bundesarbeitsgericht
Vierter Senat

Urteil vom 14. September 2022
- 4 AZR 83/21 -
ECLI:DE:BAG:2022:140922.U.4AZR83.21.0

I. Arbeitsgericht Stuttgart

Urteil vom 21. November 2019
- 28 Ca 3686/19 -

II. Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg

Urteil vom 18. November 2020
- 21 Sa 12/20 -

Entscheidungsstichworte:

Arbeitnehmerüberlassung - tariflich verlängerte Überlassungsdauer

Leitsatz:

Die Geltung eines Tarifvertrags nach § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG, durch den die nach § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG gesetzlich festgelegte Überlassungshöchstdauer abweichend geregelt wird, erfordert allein die Tarifgebundenheit der Entleiherin. Der Gesetzgeber hat den Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche eine von den im Tarifvertragsgesetz vorgesehenen Arten von Tarifnormen (§ 1 Abs. 1 TVG) und deren Bindungswirkung (§ 3 Abs. 1 und Abs. 2, § 4 Abs. 1 TVG) abweichende Regelungsbefugnis eingeräumt. Für die Verleiherin und den überlassenen Arbeitnehmer gilt die tarifliche Regelung unabhängig von deren Tarifgebundenheit.

Hinweis des Senats:

Teilweise Parallelentscheidung zu - 4 AZR 26/21 -

BUNDESARBEITSGERICHT



4 AZR 83/21

21 Sa 12/20

Landesarbeitsgericht

Baden-Württemberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am

14. September 2022

URTEIL

Freitag, Urkundsbeamtin

der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

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. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 18. November 2020 - 21 Sa 12/20 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

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

Der Kläger ist seit dem 15. März 2017 aufgrund eines Arbeitsvertrags vom 26. Februar 2017 bei der S GmbH (Verleiherin) beschäftigt. Er wurde der Beklagten, die Mitglied des Verbands der Metall- und Elektroindustrie Baden-Württemberg e.V. (Südwestmetall) ist, vom 11. Mai 2017 bis zum 30. April 2019 auf Grundlage eines „Einzelabrufs Arbeitnehmerüberlassung zum Rahmenvertrag Arbeitnehmerüberlassung“ überlassen. 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

...

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 insoweit inhaltsgleiche Regelungen.

4

Mit seiner Klage hat der Kläger geltend gemacht, zwischen ihm und der Beklagten bestehe wegen Überschreitung der gesetzlich zulässigen Überlassungshöchstdauer kraft Gesetzes ein Arbeitsverhältnis. Er hat die Auffassung vertreten, die gesetzliche Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten sei nicht durch den TV LeiZ verlängert worden. Dieser gelte nicht für sein Arbeitsverhältnis, da er - unstreitig - 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.

5

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

6

1. festzustellen, dass zwischen den Parteien seit dem 16. Oktober 2018 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 zum Vorliegen einer rechtskräftigen Entscheidung über den Antrag zu 1. als Kfz-Meister 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.

7

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, das Landesarbeitsgericht die hiergegen gerichtete Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit seiner Revision verfolgt der Kläger sein Begehren weiter.

8

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers gegen das klageabweisende Urteil des Arbeitsgerichts im Ergebnis zutreffend zurückgewiesen. Der Antrag zu 1. ist zulässig, aber unbegründet. Die Anträge zu 2. und 3. fallen dem Senat daher nicht zur Entscheidung an. 9

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 können (*vgl. BAG 26. April 2022 - 9 AZR 228/21 - Rn. 14; 20. März 2018 - 9 AZR 508/17 - Rn. 17 f.*). 10

II. Der Antrag ist nicht begründet. Zwischen den Parteien ist 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 11. Mai 2017 bis zum 30. April 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 TV LeiZ wirksam auf 48 Monate verlängert worden. 11

1. Die Überlassungsdauer ist arbeitnehmer- und nicht arbeitsplatzbezogen zu bestimmen. Danach war der Kläger der Beklagten im Zeitraum vom 11. Mai 2017 bis zum 30. April 2019 knapp 24 Monate überlassen. 12

- a) 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. 13
- b) 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). 14
- aa) 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 15

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*).

bb) Der Durchführung eines weiteren Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV bedarf es nicht. 16

(1) 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 Hauptsache-

 17

gericht 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*).

(2) 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. 15*). 18

2. 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. 2.3 TV Leiz iVm. § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG festgelegte Höchstdauer von 48 Monaten maßgebend. 19

a) Nach § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG kann in einem Tarifvertrag von Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche eine von § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG abweichende Überlassungshöchstdauer festgelegt werden. Ein auf dieser Grundlage geschlossener Tarifvertrag 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*). 20

aa) § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG nennt zwar keine Obergrenze für die abweichende Überlassungshöchstdauer. Nach dem Wortlaut der Vorschrift muss eine solche aber in dem maßgebenden Tarifvertrag festgelegt werden. Dies erfordert die konkrete Benennung einer Überlassungshöchstdauer (*vgl. Ulber/Ulber AÜG-Basis 3. Aufl. § 1 Rn. 241 mwN; Deinert RdA 2017, 65, 76; Seiwert NZA 2017, 479, 480*). 21

bb) Die tariflich 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 22

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*). Aufgrund dieser Begrenzung der Überlassungsdauer wird durch § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG den Tarifvertragsparteien nicht in verfassungswidriger Weise eine „Normsetzungsbefugnis des Staats“ in beliebigem Umfang übertragen (*so aber Ulber/J. Ulber AÜG 5. Aufl. § 1 Rn. 288*). 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 AÜG den Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche überlassen.

b) 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. 23

aa) Nach dem gesetzgeberischen Konzept soll ein Tarifvertrag nach § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG einheitlich die Überlassungshöchstdauer für alle an der Überlassung Beteiligten, mithin Entleiherin, Verleiherin und Leiharbeiter ändern (*vgl. Schüren/Hamann/Hamann AÜG 6. Aufl. § 1 Rn. 348*). Insoweit wird nicht 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 nicht wieder. § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG verweist - 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*). 24

bb) Für die Geltung eines solchen Tarifvertrags ist einzig die Tarifgebundenheit der Entleiherin, nicht aber die des Leiharbeitnehmers oder die der Verleihe- 25

rin, erforderlich (so auch *Hütter-Brungs jM 2021, 370, 371; BeckOK ArbR/Kock Stand 1. September 2022 § 1 AÜG Rn. 118*).

(1) Die Geltung eines Tarifvertrags nach Satz 3 setzt die Tarifgebundenheit der Entleiherin voraus. Das ergibt sich aus den Regelungen in § 1 Abs. 1b Satz 4 bis Satz 6 AÜG, die bestimmen, wie und unter welchen Voraussetzungen nicht tarifgebundene Entleiher Regelungen nach Satz 3 durch Betriebs- oder Dienstvereinbarung übernehmen können. 26

(2) Demgegenüber findet die Tarifgebundenheit des Leiharbeitnehmers oder die der Verleiherin im Gesetz keine Berücksichtigung. Auf diese kommt es daher nach der gesetzlichen Regelung nicht an. Dieses Verständnis wird durch die Entstehungsgeschichte bestätigt. Der Gesetzgeber ist davon ausgegangen, in „tarifgebundenen Unternehmen“ seien „damit längere Einsätze über 18 Monate hinaus möglich“ (*BT-Drs. 18/9232 S. 2, 15*), ohne die Tarifgebundenheit des Leiharbeitnehmers oder der Verleiherin zu erwähnen. 27

cc) Es handelt sich bei einer solchen tarifvertraglichen Regelung weder um eine Inhalts- noch eine Betriebsnorm iSv. § 1 Abs. 1, § 3 Abs. 2 TVG. Vielmehr machen die Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche von einer ihnen vom Gesetzgeber eingeräumten Regelungsermächtigung Gebrauch, die sich von den in § 1 Abs. 1 TVG genannten Arten von Tarifnormen und deren unmittelbarer und zwingender Geltung (§ 3 Abs. 1 und Abs. 2, § 4 Abs. 1 TVG) unterscheidet. 28

(1) Es handelt sich bei der Festlegung einer von § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG abweichenden Überlassungshöchstdauer nicht um Inhaltsnormen iSd. § 1 Abs. 1 TVG. Inhaltsnormen sind Bestimmungen, die objektives Recht für den Inhalt und für die Beendigung von Arbeitsverhältnissen schaffen (*BAG 16. September 1986 - GS 1/82 - zu C II 2 b der Gründe, BAGE 53, 42*) und deren Inhalt gestalten (*vgl. zB BAG 26. Februar 2020 - 4 AZR 48/19 - Rn. 29 ff., BAGE 170, 56*). Diese gelten nach § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG unmittelbar und zwingend nur zwischen den beiderseits Tarifgebundenen. Tarifgebunden sind nach § 3 Abs. 1 TVG die Mitglieder der Tarifvertragsparteien und die Arbeitgeberin, die selbst Partei des Tarifvertrags ist (*vgl. hierzu BAG 13. Oktober 2021 - 4 AZR 403/20 - Rn. 64 ff.*). Die 29

Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien für Inhaltsnormen erstreckt sich nach § 1 Abs. 1 TVG grundsätzlich nur auf Arbeitsverhältnisse (*ErfK/Franzen 22. Aufl. TVG § 1 Rn. 38; sh. auch BAG 25. Mai 2022 - 4 AZR 454/21 - Rn. 43; vgl. zu § 12a TVG BAG 31. Januar 1995 - 1 ABR 35/94 - zu B II 4 a der Gründe*). Die tariflichen Regelungen nach § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG betreffen nach dem gesetzlichen Regelungskonzept allerdings nicht allein ein Arbeitsverhältnis als Zwei-Personen-Verhältnis, sondern das gesamte Drei-Personen-Verhältnis von Verleiherin, Leiharbeitnehmer und Entleiherin. Zwischen der Entleiherin und dem Leiharbeitnehmer besteht zudem kein Arbeitsverhältnis (*insoweit zustimmend Ulber/Ulber AÜG-Basis 3. Aufl. § 1 Rn. 237 f.; Henssler RdA 2017, 83, 97; Bayreuther BB 2014, 1973*).

(2) Tarifliche Bestimmungen über eine von § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG abweichende Überlassungshöchstdauer können weiterhin nicht als betriebliche Normen iSd. § 1 Abs. 1 TVG angesehen werden. 30

(a) Rechtsnormen eines Tarifvertrags über betriebliche Fragen nach § 3 Abs. 2 TVG („Betriebsnormen“) betreffen Regelungsgegenstände, die nur einheitlich gelten können. Ihre Regelung in einem Individualvertrag wäre zwar nicht im naturwissenschaftlichen Sinne unmöglich, sie würde aber wegen „evident sachlogischer Unzweckmäßigkeit ausscheiden“, weil eine einheitliche Regelung auf betrieblicher Ebene unerlässlich ist. Bei der näheren Bestimmung dieses Normtyps ist auszugehen von dem in § 1 Abs. 1, § 3 Abs. 2 TVG verwandten Begriff der „betrieblichen Fragen“. Dies sind nicht etwa alle Fragen, die im weitesten Sinne durch die Existenz des Betriebs und durch die besonderen Bedingungen der betrieblichen Zusammenarbeit entstehen können. Gemeint sind vielmehr nur solche Fragen, die unmittelbar die Organisation und Gestaltung des Betriebs betreffen. Diese Umschreibung markiert zwar keine scharfe Grenze, sie verdeutlicht aber Funktion und Eigenart der Betriebsnormen iSv. § 3 Abs. 2 TVG. Betriebsnormen regeln normativ das betriebliche Rechtsverhältnis zwischen der Arbeitgeberin und der Belegschaft als Kollektiv, hingegen nicht die Rechtsverhältnisse zwischen Arbeitgeberin und Arbeitnehmern, die hiervon allenfalls mittelbar betroffen sind (*sh. nur BAG 22. Februar 2012 - 4 AZR 527/10 - Rn. 33*). 31

mwN). Rechtsnormen über betriebliche Fragen gelten nach § 3 Abs. 2 TVG für alle Betriebe, deren Arbeitgeberin tarifgebunden ist, ohne dass es auf die Tarifgebundenheit der einzelnen Arbeitnehmer ankommt.

(b) Bei Festlegung der Überlassungshöchstdauer ist demgegenüber eine einheitliche Regelung nicht unerlässlich. Es ist insbesondere im Hinblick auf die in einem Betrieb eingesetzten Leiharbeiter verschiedener Berufsgruppen nicht zwingend erforderlich, für alle die gleiche Überlassungshöchstdauer festzulegen (*Pant Gesetzliche und kollektivvertragliche Regulierung der Arbeitnehmerüberlassung durch Höchstüberlassungszeiten S. 285; Franzen ZfA 2016, 25, 38; Henssler Ausschussdr. 18(11)761neu S. 47; Henssler RdA 2017, 83, 97; aA HK-AÜG/Ulrici AÜG § 1 Rn. 99; Schüren/Hamann/Hamann AÜG 6. Aufl. § 1 Rn. 347; Lembke NZA 2017, 1, 5; Löwisch DB 2017, 1449, 1450*). Zudem könnte mittels einer Betriebsnorm in einem Tarifvertrag der Einsatzbranche die gesetzliche Verpflichtung der Verleiherin zur Beachtung der gesetzlichen Überlassungshöchstdauer nach § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG (*sh. auch § 16 Abs. 1 Nr. 1e AÜG*) nicht mit Wirkung ihr gegenüber abgeändert werden. Sie würde von der Geltungserstreckung nach § 3 Abs. 2 TVG nicht erfasst.

(3) Der Gesetzgeber hat die Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche zur Normsetzung durch die Regelung des § 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.

(a) 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 ein Tarifsystem 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*).

(b) 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. 24*) - 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*).

(c) 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.

c) Das dargelegte Verständnis der gesetzlichen Regelung in § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

aa) Der Gesetzgeber war nicht gehalten, von der Festsetzung einer Überlassungshöchstdauer in § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG abzusehen und deren Regelung 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 zwar ein Normsetzungsrecht, aber kein Normsetzungsmonopol. Der Gesetzgeber bleibt befugt, das Arbeitsrecht zu re-

geln (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).

bb) 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 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. 39

(1) 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 milderer 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). 40

- (a) Das Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG ist in erster Linie ein Freiheitsrecht. 41
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*).
- (b) Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit ist zwar vorbehaltlos gewährleistet, 42
aber wie jedes Grundrecht zugunsten anderer Ziele mit Verfassungsrang beschränkbar. Es bedarf zudem der Ausgestaltung durch die Rechtsordnung, soweit es die Beziehungen zwischen Trägern widerstreitender Interessen zum Gegenstand hat. Beide Tarifvertragsparteien genießen den Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG in gleicher Weise, stehen bei der Ausübung aber gegeneinander. Das erfordert koordinierende Regelungen, die gewährleisten, dass die aufeinander bezogenen 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 Grundrechtspositionen im Einzelnen abzugrenzen sind. Der Gesetzgeber ist nicht gehindert, die Rahmenbedingungen der Tarifautonomie zu ändern, sei es aus Gründen des Gemeinwohls, 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*).
- (c) Die Regelung dient einem legitimen Ziel. Sie flankiert die Bestimmung 43
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. Dezember 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 tarifvertraglicher Vereinbarungen als wesentliches Element einer verlässlichen Sozialpartnerschaft (*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 verfassungsrechtlich legitimierten Gemeinwohlbelang (*BVerfG 29. Dezember 2004 - 1 BvR 2283/03 ua. - zu C II 3 b bb (2) der Gründe*).

(d) Die Tariföffnungsklausel ist zur Zielerreichung nicht offensichtlich ungeeignet. 44

(aa) 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*). 45

(bb) 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. 22*) ebenso wie aufgrund der Regelung in § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG vor einem unbegrenzten Einsatz auf einem Dauerarbeitsplatz geschützt und kann 46

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*).

(e) Die Festlegung einer Überlassungshöchstdauer mit einer Tariföffnungsklausel lediglich zugunsten der Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche ist auch erforderlich. 47

(aa) 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 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*). 48

(bb) 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 49

Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche im Gegensatz zu denjenigen der Zeitarbeitsbranche auch die Interessen der ebenfalls (mittelbar) betroffenen Stammbelogschaft in höherem Maße berücksichtigen (*Pant Gesetzliche und kollektivvertragliche Regulierung der Arbeitnehmerüberlassung durch Höchstüberlassungszeiten S. 335 f.*).

(f) 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. 40*) wäre zumutbar. Der Gesetzgeber hat in angemessener Weise die Belange der zu schützenden Leiharbeiter 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*). 50

(aa) 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*). 51

(bb) 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 52

alle Beteiligten hätte geregelt werden können (*Rn. 39*). 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*).

(2) 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. 53

(a) 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*). 54

(b) 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. 49*) eine zulässige Differenzierung vor. 55

cc) 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*).

d) Die Regelung in § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG ist mit Unionsrecht vereinbar. Die Übertragung der Regelungsbefugnis auf die Tarifvertragsparteien 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. 17*).

aa) 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*).

bb) 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 ein-

gestuft 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*).

cc) Diesen Anforderungen wird die gesetzliche Regelung in § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG gerecht. Die Öffnungsklausel erlaubt lediglich die Vereinbarung von Tarifverträgen, 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*). 60

e) Nach diesen Grundsätzen ist die für die Parteien und die Verleiherin maßgebende Überlassungshöchstdauer durch Nr. 2.3 TV LeiZ auf 48 Monate verlängert worden. 61

aa) Südwestmetall und IG Metall haben als Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche wirksam den TV LeiZ abgeschlossen. 62

(1) 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. 63

(2) 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. 64

(3) Den Tarifvertragsparteien fehlte entgegen der Auffassung des Klägers nicht die Tarifzuständigkeit. 65

- (a) 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). 66
- (b) An der Tarifzuständigkeit von Südwestmetall und IG Metall für die Branche der Metall- und Elektroindustrie in Nordwürttemberg/Nordbaden, Südwürttemberg-Hohenzollern und Südbaden bestehen keine Zweifel. 67
- (c) 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 (Rn. 29). 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. 68
- (d) Der Senat war, da an der Tarifzuständigkeit keine vernünftigen Zweifel bestehen, nicht gehalten, vor einer Entscheidung über die Revision des Klägers 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). 69

bb) Der TV LeiZ sieht in Nr. 2.3 für eine Arbeitnehmerüberlassung in einem Betrieb ohne Betriebsvereinbarung - wie im vorliegenden Fall - eine Verlängerung der Überlassungshöchstdauer auf 48 Monate vor. Das ergibt die Auslegung der tariflichen Vorschriften (*zu den Auslegungsgrundsätzen BAG 13. Oktober 2021 - 4 AZR 365/20 - Rn. 21 mwN*).

(1) Nach Nr. 2.3 Abs. 1 TV LeiZ „stimmen die Tarifparteien darin überein, dass die Höchstdauer eines Einsatzes nach diesem Tarifvertrag (Ziffer 3 und Ziffer 4.1) 48 Monate nicht überschreiten darf“. Hierin liegt, auch wenn „übereinstimmen“ lediglich bedeutet, mit jemandem einer Meinung zu sein (*vgl. Duden Das Bedeutungswörterbuch 5. Aufl. Stichwort „übereinstimmen“*), - vorbehaltlich der weiteren Regelungen des TV LeiZ - die Festlegung einer Überlassungshöchstdauer. Die Regelung in Nr. 2.3 TV LeiZ erfolgte „in Umsetzung der Öffnungsklauseln nach § 1 Abs. 1b AÜG“. Weiterhin wird in Nr. 2.3 Abs. 2 TV LeiZ die tarifliche Überlassungshöchstdauer für den Fall des Einsatzes wegen eines Sachgrundes über einen Zeitraum von mehr als 48 Monaten „festgelegt“. Der Hinweis auf § 1 Abs. 1b AÜG im Ganzen verdeutlicht zudem, dass nicht lediglich die Frist des § 1 Abs. 1b Satz 1 Halbs. 2 AÜG, sondern auch diejenige des § 1 Abs. 1b Satz 1 Halbs. 1 AÜG verlängert werden soll.

(2) Nr. 4.1 TV LeiZ legt keine abweichende Überlassungshöchstdauer fest. Die Vorschrift enthält lediglich eine Überprüfungspflicht nach 18 Monaten sowie eine Pflicht, dem Leiharbeiter nach 24 Monaten ein Angebot zum Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrags zu unterbreiten. Eine solche Pflicht schließt aus, dass die Tarifvertragsparteien bereits zu diesem Zeitpunkt von der Überschreitung der Überlassungshöchstdauer mit der Folge des Zustandekommens eines Arbeitsverhältnisses aufgrund gesetzlicher Vorschriften ausgegangen sind. Dann hätte es des Angebots nicht mehr bedurft.

cc) Die Überlassungshöchstdauer von 48 Monaten 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 Schüren/Hamann/Hamann AÜG 6. Aufl. § 1 Rn. 351*).

(1) „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“ angesehen 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*).

(2) Nach diesen Grundsätzen ist die vereinbarte Überlassungshöchstdauer von 48 Monaten noch als „vorübergehend“ anzusehen. Der TV LeiZ enthält eine hinreichend konkrete Obergrenze. 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*) ist davon auszugehen, dass die Branchenbesonderheiten im TV LeiZ 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). Ein Zeitraum von vier 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.

Die Höchstdauer kann darüber hinaus - bei einer Überlassung ohne besonderen Sachgrund und wenn wie vorliegend keine Betriebsvereinbarung existiert, in der die Besonderheiten der jeweiligen Betriebe berücksichtigt werden könnten - nach Nr. 4.1 TV LeiZ nur ausgeschöpft werden, wenn die Entleiherin nach 18 Monaten der Überlassung nach Überprüfung der tatsächlichen Gegebenheiten dem Leiharbeitnehmer keinen unbefristeten Arbeitsvertrag anbieten konnte und sie nach Beratung mit dem Betriebsrat aufgrund akuter Beschäftigungsprobleme auch nach 24 Monaten nicht verpflichtet war, dem Leiharbeitnehmer einen unbefristeten Arbeitsvertrag anzubieten. Damit sind im TV LeiZ zusätzliche Mechanismen vorgesehen, die gewährleisten, dass lediglich eine „vorübergehende“ Überlassung erfolgt. 76

dd) Der Tarifvertrag gilt für den Einsatz des Klägers bei der Beklagten, da letztere tarifgebundenes Mitglied bei Südwestmetall ist. 77

f) Die Überlassungshöchstdauer von 48 Monaten ist durch den Einsatz des Klägers bei der Beklagten von knapp 24 Monaten nicht überschritten worden. 78

III. Der Kläger hat die Kosten seines erfolglosen Rechtsmittels zu tragen, § 97 Abs. 1 ZPO. 79

Treber

M. Rennpferdt

Klug

Widuch

P. Hoffmann