

## Rechtsprechung

Rechtsgebiet		Arbeitsrecht
Überschrift für Ihre Anmerkung		Tarifliche Verlängerung der Höchstüberlassungsdauer von Leiharbeitnehmern
Autor Vor- und Zuname, Titel, Berufsbezeichnung, Kanzleiname	<i>Akademischer Titel</i>	Prof. Dr.
	<i>Vorname</i>	Wolfgang
	<i>Name</i>	Däubler
	<i>Berufsbezeichnung</i>	Hochschullehrer i.R.
	<i>Kanzlei</i> optionale Angabe	
Orientierungssatz/Leitsatz		
Orientierungssatz des Autors Bitte Orientierungssatz bilden, wenn es keinen amtlichen Leit- oder Orientierungssatz gibt		1. Die Tätigkeit als Leiharbeitnehmer ist keine „Vorbeschäftigung“, die eine sachgrundlose Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG ausschließen würde. 2. Die Höchstüberlassungsdauer kann auch durch Haustarif mit dem Entleiher verlängert werden. Drei Jahre als Höchstgrenze stellen den vorübergehenden Charakter nicht in Frage. Auf die Tarifbindung des Verleihers und des Leiharbeitnehmers kommt es nicht an. Ist auch der Verleiher Tarifpartei, so steht dies der Gültigkeit des Tarifvertrags nicht entgegen.
Anmerkung zu:		BAG, 7. Senat, Urteil vom 05.04.2023, 7 AZR 224/22

### A. Problemstellung

Die Entscheidung hat verschiedene Probleme zum Gegenstand.

Zum einen geht es um das befristungsrechtliche Problem, ob eine Tätigkeit als Leiharbeitnehmer selbst dann keine Vorbeschäftigung darstellt, wenn sie auf demselben Arbeitsplatz erfolgte und dem Abschluss des befristeten Arbeitsvertrags unmittelbar vorausging.

Zum zweiten ging es um die tarifliche Verlängerung der Höchsteinsatzzeit von Leiharbeitnehmern, die mit der Arbeitgeberseite der Entleiherbranche abgeschlossen werden muss. Dabei besteht die erklärungsbedürftige Besonderheit, dass zum Entleiher nach herrschender Sicht kein Arbeitsverhältnis besteht und dass zugleich die Rahmenbedingungen für Verleiher und Leiharbeitnehmer, d. h. für die Arbeitsvertragsparteien bestimmt werden. Etwas Derartiges ist ersichtlich in § 1 Abs. 1 TVG nicht vorgesehen.

Zum dritten ging es um die Obergrenze, bei deren Überschreitung nicht mehr von einem vorübergehenden Charakter die Rede sein kann.

## B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Kläger war seit dem 13. September 2016 bei der A als Leiharbeiter beschäftigt. Grundlage waren verschiedene hintereinander geschaltete befristete Arbeitsverträge; der letzte lief am 31. August 2019 aus. Während dieser gesamten Zeit war der Kläger der V AG, einem Automobilunternehmen, überlassen und dabei durchgehend an deren Standort H eingesetzt. Am 3. Juli 2019 – also noch während des Einsatzes als Leiharbeiter – schloss die V mit ihm einen Arbeitsvertrag ab, der bis 31. Mai 2020 befristet war. Am 12. Mai 2020 erhielt der Kläger die Mitteilung, dass ihm nach dem 31. Mai 2020 keine Anschlussbeschäftigung angeboten werden könne.

Am 5. Dezember 2013 hatte die IG Metall mit der V einen „Tarifvertrag über die Vergütung und Einsatzbedingungen von Zeitarbeitnehmern“ (TV VEZ) abgeschlossen, der immer wieder Veränderungen insbesondere im Hinblick auf die Entgelthöhe erfuhr. Er sollte für alle Beschäftigten gelten, die im Rahmen des AÜG an die V AG überlassen werden „und Mitglied der IG Metall sind.“ Ziffer 4.3.1 bestimmte, dass der Einsatz von Zeitarbeitnehmern der A auf maximal 36 aufeinander folgende Monate befristet sei. Unter Ziffer 4.3.2 war festgelegt, dass eine Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis „regelmäßig“ nach 36 Monaten Einsatzdauer erfolge. Unter bestimmten Voraussetzungen war auch eine frühere Übernahme möglich. Das Unternehmen entscheide nach Beratung mit dem Betriebsrat, wem ein unbefristeter Arbeitsvertrag angeboten werde.

Der Kläger klagte auf Feststellung, dass ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zu V bestehe. Die sachgrundlose Befristung des Arbeitsvertrags mit der V sei unwirksam gewesen, da auch die Tätigkeit als Leiharbeiter berücksichtigt werden müsse. Jedenfalls habe im Zeitraum vom 1. November 2018 bis 31. August 2019 wegen Überschreitung der gesetzlichen 18-Monats-Grenze ein Arbeitsverhältnis mit der V bestanden. Der Tarifvertrag sei für ihn nicht maßgebend, da er nicht Mitglied der IG Metall sei. Außerdem stelle die Befristungspraxis einen Rechtsmissbrauch dar, zumal es bei Auslaufen des Arbeitsvertrags mit der V einen erheblichen Beschäftigungsbedarf gegeben habe.

Im Gegensatz zur Vorinstanz wies das BAG im Ergebnis die Klage ab. Es liege keine Vorbeschäftigung vor, die dem Abschluss des befristeten Arbeitsvertrags entgegen gestanden hätte. Es komme allein auf den Bestand eines formellen Arbeitsverhältnisses an, nicht auf die tatsächliche Beschäftigung im selben Betrieb. Dies gelte auch dann, wenn er auf demselben Arbeitsplatz gearbeitet habe. Da ein Leiharbeiter einen anderen Vertragsarbeitgeber habe, sei seine Tätigkeit im Rahmen des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG ohne Bedeutung.

Auch wegen der Überschreitung der Grenze von 18 Monaten sei mit der V AG nicht etwa nach §§ 9, 10 AÜG ein Arbeitsverhältnis entstanden. Zwar sei er ca. 35,5 Monate als Leiharbeiter bei V eingesetzt gewesen, doch sei damit die tarifliche Höchstdauer von 36 Monaten nicht überschritten worden. Die Geltung eines solchen Tarifvertrags erfordere allein die Tarifgebundenheit des Entleihers. Der Gesetzgeber habe den Tarifparteien der Einsatzbranche eine Regelungsbefugnis eingeräumt, die über den Rahmen der Tarifnormen des § 1 Abs. 1 TVG und ihrer Bindungswirkung hinausgehe. Dies begegne auch keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, da andernfalls bei der üblichen Beschränkung auf das Zwei-Personen-Verhältnis eine verbindliche tarifliche Regelung nicht möglich gewesen wäre. Auch liege im Verhältnis zu den Tarifparteien der Verleihbranche kein Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG vor. Die Leiharbeitsrichtlinie verbiete es auch nicht, die Höchstdauer der zulässigen vorübergehenden Überlassung den Tarifparteien zu überlassen.

Die Verlängerung der Überlassungsdauer könne auch durch einen Firmentarif erfolgen. Es müsse sich lediglich um ein Unternehmen der Einsatzbranche handeln. Es reiche die Tarifzuständigkeit für den Einsatzbetrieb. Das Hinzutreten der Verleihfirma A ändere daran nichts; auch würde es sich dabei um zwei wortgleiche Tarifverträge handeln, von der sich jede Seite für ihren Bereich lösen könne. Für die Anwendung des Tarifvertrags komme es nicht auf die Tarifgebundenheit des Klägers an.

Die Überlassungshöchstdauer von 36 Monaten bewege sich auch im Rahmen dessen, was als „vorübergehend“ anzusehen sei. Nicht „vorübergehend“ sei eine Überlassung dann, „wenn sie unter Berücksichtigung sämtlicher relevanter Umstände, zu denen insbesondere die Branchenbesonderheiten zählen, vernünftigerweise nicht mehr als vorübergehend betrachtet werden kann.“ Dies sei jedenfalls dann der Fall, wenn jede zeitliche Begrenzung fehle und der Leiharbeiter dauerhaft anstelle eines Stammarbeitnehmers eingesetzt werden soll.

Schließlich liege auch keine missbräuchliche Umgehung des Anschlussverbots des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG vor. Der Arbeitgeber könne sich auf die Befristung berufen, auch wenn bei Auslaufen des Arbeitsvertrags Beschäftigungsmöglichkeiten für den Arbeitnehmer bestanden hätten.

### C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung bewegt sich in den überkommenen Bahnen, ohne allerdings die über den Einzelfall hinausreichende Bedeutung des „Verlängerungstarifvertrags“ deutlich zu machen. Auch lässt das Gericht an keiner Stelle auch nur die geringste Bereitschaft erkennen, seine bisherigen Grundsätze einer kritischen Überprüfung zu unterziehen.

Im konkreten Fall hat der Kläger von September 2016 bis Ende Mai 2020 im selben Betrieb in H, möglicherweise sogar auf demselben Arbeitsplatz gearbeitet. Nach fast vier Jahren endete seine „Befristungskarriere“. Dies war nur möglich aufgrund des Statuswechsels vom Leiharbeiter zum Arbeitnehmer. Es läge nahe, eine solche Gestaltung am Maßstab des Zwecks der sachgrundlosen Befristung zu messen. Diese will – ob zu Recht oder zu Unrecht sei hier dahingestellt – einen Beitrag zur Beschäftigungsförderung leisten, indem sie die temporäre Tätigkeit in einem Umfang von bis zu zwei Jahren unter erleichterten Bedingungen zulässt und so die „Einstiegsschwelle“ gegenüber dem traditionellen Normalarbeitsverhältnis herabsetzt. Durch einen Statuswechsel aus zwei vier Jahre zu machen, ist damit nicht zu rechtfertigen. Im konkreten Fall wäre sogar eine Gesamtdauer von fünf Jahren möglich gewesen. Ohne Rücksicht auf den Zweck des § 14 Abs. 2 TzBfG und seiner Vorgängervorschriften einfach darauf abzustellen, ob ein Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber bestanden habe, leuchtet nicht ein.

Die Rechtsprechung ist auch deshalb angreifbar, weil ein Leiharbeitnehmer in sehr starkem Maße an den Entleiher gebunden ist. Er unterliegt dessen Weisungsbefugnis und muss nach § 11 Abs. 6 AÜG die im Entleiherbetrieb geltenden Arbeitsschutznormen beachten. Der Kläger hatte außerdem nach § 7 Satz 2 BetrVG auch aktives Wahlrecht zum Betriebsrat bei V, konnte allerdings nach § 14 Abs. 2 Satz 1 AÜG nicht in den Betriebsrat gewählt werden. Allerdings durfte er an Betriebsversammlungen teilnehmen und den Betriebsrat während seiner Sprechstunde aufsuchen. Auch konnte er nach § 13b AÜG die Sozialeinrichtungen zu denselben Bedingungen wie die Stammbeschäftigten in Anspruch nehmen. Mit Recht hat das BAG (Beschluss vom 15.03.2011, 10 AZB 49/10, NZA 2011, 653, Tz. 9) die Beziehung zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher als arbeitsrechtliche qualifiziert und deshalb seine Zuständigkeit bejaht. In der Literatur ist von einem „partiellen Arbeitsverhältnis“ die Rede (Däubler, FS Buchner, 2009, S. 163 ff.; Roloff, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt, Hrsg., Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, § 1 AÜG Rn. 90; eingehend Nebe, in: Däubler, Hrsg., Tarifvertragsgesetz, 5. Aufl. 2022, § 1 Rn. 319), weil die Arbeitgeberfunktionen letztlich zwischen Verleiher und Entleiher aufgeteilt sind. Soll es im Zusammenhang mit dem sog. Vorbeschäftigungsverbot wirklich eine Rolle spielen, ob ein volles oder nur ein partielles Arbeitsverhältnis zum Entleiher bestand?

Der übliche rechtsdogmatische Rahmen ist allerdings verlassen, wenn es um die Zulässigkeit und Wirkung des „Verlängerungstarifvertrags“ geht. Dem Gesetz wird die Aussage entnommen, dass es weder auf die Gewerkschaftszugehörigkeit noch – so muss man ergänzen – auf eine Bezugnahmeklausel im Arbeitsvertrag ankomme. Vielmehr gilt der Tarifvertrag aufgrund der im AÜG enthaltenen Ermächtigung, weil bei einem Festhalten an der in § 1 Abs. 1 TVG niedergelegten Typologie eine Regelung gar nicht machbar sei. Insoweit wird auf die Entscheidung vom 14.09.2022 verwiesen, wo in gleichem Sinne entschieden wurde (BAG, Urteil vom 14.09.2022, 4 AZR 83/21, NZA 2023, 305). Im Grunde geht es darum, dass die zuständigen Tarifparteien nur einen im Ergebnis allgemeinverbindlichen Tarifvertrag vereinbaren können, bei dem die Verbandsmitgliedschaft nicht einmal dann eine Rolle spielt, wenn sie – wie hier – ausdrücklich zur Anwendungsvoraussetzung gemacht wurde.

Besonderes Interesse verdient dabei die Feststellung, dass es sich um eine gesetzliche Ausgestaltung der in Art. 9 Abs. 3 GG garantierten Tarifautonomie handle. Dem Gesetzgeber steht es also frei, die auf der Mitgliedschaft beruhende Tarifbindung zu verlassen und stattdessen andere Gestaltungen zu wählen. Die verbreitete Auffassung vom Tarifabschluss als ausgeübter kollektiver Privatautonomie hat ersichtlich keinen Verfassungsrang und kann jederzeit durch eine andere Konstruktion ersetzt werden. Dies kann Anlass sein, auch im traditionellen Bereich tariflicher Regelsetzung über alternative Erklärungsansätze nachzudenken.

Der Rückgriff auf den Missbrauchsgedanken erübrigt sich, wenn man bei der sachgrundlosen Befristung auf den Zweck der Regelung abstellt und eine Befristung ablehnt, die im Ergebnis über zwei Jahre hinausgeht. Ob es sozialpolitisch vertretbar ist, diese Frist durch Tarifvertrag zu verlängern, soll hier dahinstehen. Ersichtlich beruhte die Befristung der Verträge zwischen A und dem Kläger auf einer solchen Regelung; das Gericht hat sie allerdings nicht als Problem betrachtet.

#### **D. Weitere Themenschwerpunkte der Entscheidung**

Das BAG hat schließlich versucht, den „vorübergehenden“ Charakter eines Einsatzes zu definieren. Allerdings war der Versuch wenig ertragreich. Die oben mitgeteilte Aussage, vorübergehend sei, was man „vernünftigerweise“ so betrachten müsse, und ein auf Dauer bestimmter Einsatz gehöre nicht dazu, ist nicht besonders zielführend. Man fühlt sich ein wenig an den Spruch erinnert. „vorübergehend“ sei alles, was einmal vorübergehe. Bei drei Jahren ist dies noch irgendwie einsichtig, aber ist die Grenze bei vier, fünf oder acht Jahren überschritten? Auch zehn Jahre gehören einmal der Vergangenheit an. Wie wird die „Vernunft“ auf eine solche These reagieren? Niemand vermag hier eine einigermaßen sichere Antwort zu geben.