L 2 AL 64/13

Land
Hamburg
Sozialgericht
LSG Hamburg
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
2
1. Instanz
SG Hamburg (HAM)
Aktenzeichen
S 17 AL 24/11
Datum
15.10.2013
2. Instanz
LSG Hamburg
Aktenzeichen
L 2 AL 64/13
Datum
23.09.2015
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Urteil
Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Hamburg vom 15. Oktober 2013 abgeändert. Der Tenor dieser Entscheidung in der Hauptsache wird wie folgt gefasst: Es wird festgestellt, dass die der Klägerin mit Bescheid vom 7. Juni 2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 13. Dezember 2010 erteilte Auflage zu 2 rechtswidrig gewesen ist. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen. Von den Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen trägt die Klägerin 1/10, die Beklagte 9/10. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Streitgegenstand Die Beteiligten streiten über die Rechtmäßigkeit einer Auflage zu der der Klägerin erteilten befristeten Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung.

Vorgeschichte Die Klägerin ist aus einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ihrer Gesellschafter H. und S. hervorgegangen. Gegenstände ihres Unternehmens sind nach ihrem Gesellschaftsvertrag nicht genehmigungspflichtige Tätigkeiten und die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung. Die Klägerin betreibt nach ihren Angaben eine Event-Agentur (Planung, Organisation und Durchführung von Veranstaltungen), eine Vermittlung von Künstlern und Hostessen, Catering, Gebäudemanagement und einen Wach- und Sicherheitsservice. In bisher meist geringem, zeitlich und zahlenmäßig schwankendem Umfang überlässt sie Dritten gewerbsmäßig Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung. Dabei werden die Arbeitnehmer nur temporär ausgeliehen, in der Regel aber im Betrieb der Klägerin beschäftigt. Eine organisatorisch eigenständige Betriebseinheit/-abteilung zur Durchführung der Arbeitnehmerüberlassung existiert nicht. Die Klägerin ist seit 27. Mai 2003 im Besitz einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis gemäß § 1 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG), die bisher fortlaufend und jeweils befristet auf ein Jahr bis zum 26. Mai des Folgejahres verlängert wurde. In den von ihr verwendeten, inzwischen mehrfach geänderten Arbeitsvertragsmustern ist keine feste wöchentliche oder monatliche, sondern eine flexible, an die betrieblichen Bedürfnisse der Klägerin bzw. der Einsatzbetriebe angepasste Arbeitszeit mit Vereinbarungen zu Abweichungen von der vereinbarten Arbeitszeit durch Mehrarbeit, zur Arbeit auf Abruf und zum Ausgleich von Arbeitszeitabweichungen durch ein Arbeitszeitkonto vorgesehen. Darüber hinaus wird durch Vereinbarungen zur Einbeziehung der zwischen dem früheren Bundesverband Zeitarbeit Personal-Dienstleistungen e.V. (BZA) – seit April 2011 nach Fusion mit einem weiteren Arbeitgeberverband umbenannt in Bundesarbeitgeberverband der Personaldienstleister e.V. (BAP) – und einer Tarifgemeinschaft verschiedener Mitgliedsgewerkschaften des Deutschen Gewerkschaftsbundes (DGB) geschlossenen Tarifverträge (Manteltarifvertrag (MTV) Zeitarbeit, Entgeltrahmentarifvertrag (ERTV) Zeitarbeit, Entgelttarifvertrag (ETV) Zeitarbeit, nachfolgend mit der jeweiligen Abkürzung als TV Zeitarbeit BZA/DGB bezeichnet) von dem seit dem 1. Januar 2004 in § 3 Abs. 1 Nr. 3 Halbsatz 1 sowie in § 9 Nr. 2 Halbsatz 1 AÜG geregelten Gleichstellungsgebot ("Equal Pay/Equal Treatment") abgewichen.

Nach den von der Klägerin vorgelegten Vertragsmustern für das Jahr 2010 wurde zwischen ihr und ihren Arbeitnehmern unabhängig davon, ob sie in ihrem eigenen Betrieb beschäftigt oder anderen Arbeitgebern zur Arbeitsleistung überlassen wurden, u.a. folgendes vereinbart:

§ 1 Beginn des Arbeitsverhältnisses/Tätigkeit (1) Die/der Mitarbeiter/in tritt am. auf unbestimmte Zeit in die Dienste des Unternehmens. (2) Frau/Herr wird eingestellt als

§ 6 Arbeitszeit (1) Die individuelle regelmäßige Arbeitszeit beträgt Stunden pro Woche. Sie kann je nach betrieblichem Bedarf auf mehrere Wochen ungleichmäßig verteilt werden, jedoch nur so, dass innerhalb von 12 Monaten ein Ausgleich nach § 4 MTV Zeitarbeit BZA/DGB erreicht wird. (2) Die Lage der Arbeitszeit richtet sich nach dem betrieblichen Interesse, es sei denn der Mitarbeiter wird als Leiharbeitnehmer eingesetzt; in diesem Fall wird sie an die des Kundenbetriebes angepasst. (3) Die Arbeitszeit kann nach Maßgabe der §§ 2

und 4 Manteltarifvertrag Zeitarbeit (BZA) verlängert oder verkürzt werden. In den Fällen, in denen ein Mitarbeiter als Leiharbeitnehmer dauerhaft in ein Unternehmen mit längerer Arbeitszeitdauer überlassen wird, können die Arbeitsvertragsparteien eine entsprechend längere Arbeitszeit (max. 40 Stunden/Woche) vereinbaren. Die Vergütung wird in diesem Fall entsprechend angepasst. (4) Zum Ausgleich der monatlichen Abweichungen zwischen der vereinbarten individuellen Arbeitszeit des Mitarbeiters und der tatsächlichen Arbeitszeit wird ein Arbeitszeitkonto nach § 4 MTV Zeitarbeit BZA/DGB (BZA) eingerichtet ...

§ 8 Vergütung (1) Aufgrund der zurzeit geltenden Bestimmungen wird der Mitarbeiter in Entgeltgruppe des Tarifvertrags Entgeltrahmentarifvertrages Zeitarbeit (BZA) eingruppiert. Die Eingruppierung ist deklaratorisch. Der Lohn berechnet sich wie folgt: 1. Grundlohn Euro/Std. 2 übertarifliche Zulage Euro/Std.

Gesamtbruttolohn Euro/Std. (2) Die übertarifliche Zulage kann bei Tariflohnerhöhungen verrechnet werden, und zwar auch rückwirkend, wenn der Tariflohn rückwirkend erhöht wird. (3) Mitarbeiter, die als Leiharbeitnehmer eingesetzt werden, erhalten nach Maßgabe von § 7 Manteltarifvertrag Zeitarbeit (BZA) Zuschläge für Nacht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit. (4) Die Zahlung der Vergütung erfolgt spätestens zum 15. des Folgemonats bargeldlos. (5) Die Zahlung von darüber hinausgehenden Gratifikationen, Prämien und ähnlichen Zuwendungen liegt im freien Ermessen der Firma und begründet keinen Rechtsanspruch, auch wenn die Zahlung wiederholt ohne ausdrücklichen Vorbehalt der Freiwilligkeit erfolgt. (6) Die Abtretung oder Verpfändung von Lohn- oder Gehaltsansprüchen bedürfen der vorherigen schriftlichen Zustimmung des Unternehmens.

§ 9 Arbeitsbereitschaft/Bereitschaftsdienst/Rufbereitschaft/Ruhezeiten Soweit Mitarbeiter in Kundenbetrieben mit Arbeitsbereitschaft oder Bereitschaftsdienst oder in Rufbereitschaft eingesetzt werden und für den Kundenbetrieb entsprechend § 7 Arbeitszeitgesetz (ArbZG) betriebliche und/oder tarifliche Sonderregelungen zur Arbeitszeit und Ruhezeit gelten, gelten diese entsprechend mit der Maßgabe, dass die jeweilige Regelung voll umfänglich für den Mitarbeiter zur Anwendung kommt.

§ 10 Einsatzregelungen bei Arbeitnehmerüberlassung Soweit dem Mitarbeiter Aufgaben im Kundenbetrieb übertragen sind, unterliegt er dem Direktionsrecht des Kundenbetriebes. Das allgemeine Direktionsrecht des Arbeitgebers bleibt hiervon unberührt. Der Mitarbeiter ist verpflichtet, auf Anordnung des Arbeitgebers an wechselnden Einsatzorten tätig zu werden. Das Nähere regelt § 8 Manteltarifvertrag Zeitarbeit (BZA).

§ 18 Jahressonderzahlungen Mitarbeiter haben nach Maßgabe des § 15 MTV BZA Anspruch auf Jahressonderzahlungen.

§ 22 Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen, Allgemeine Arbeitsbedingungen (1) Auf das Arbeitsverhältnis sind die Tarifverträge der Zeitarbeitsbranche in ihrer jeweils gültigen Fassung, soweit in diesem Vertrag nichts anderes vereinbart ist (zu ergänzen: "anzuwenden"). Dies sind zurzeit (Zeitpunkt des Vertragsschlusses) in der jeweils gültigen Fassung der Manteltarifvertrag Zeitarbeit, Entgeltrahmentarifvertrag Zeitarbeit und der Entgelttarifvertrag Zeitarbeit, die der Bundesverband Zeitarbeit Personal-Dienstleistungen e.V. (BZA) und IG BCE, NGG, IG Metall, GEW, ver.di, IG Bau, Transnet und GdP geschlossen haben. (2) Im Übrigen gelten die Allgemeinen Arbeitsbedingungen des Unternehmens in ihrer jeweils gültigen Fassung, soweit sich nicht aus diesem Arbeitsvertrag etwas anderes ergibt. (3) Die einschlägigen Tarifverträge/ Allgemeinen Arbeitsbedingungen können im Personalbüro eingesehen werden.

Seit 2004 war es wiederholt zu Beanstandungen der Beklagten gekommen, welche die Arbeitsbedingungen der an Dritte überlassenen Arbeitnehmer betrafen. Dabei ging es einerseits um die Frage, ob die Klägerin berechtigt sei, durch arbeitsvertragliche Einbeziehung der TV Zeitarbeit BZA/DGB vom Gleichstellungsgebot abzuweichen, zum anderen um weitere Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmern wie z.B. Umfang von Arbeitszeiten, Freistellungsvereinbarungen ohne Lohnzahlung und Garantielohnzahlungen. Unter anderem mit Bescheid vom 6. Mai 2004 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 16. Dezember 2004 versah die Beklagte die Verlängerung der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis bis zum 26. Mai 2005 mit zwei Auflagen, durch die der Klägerin die Abweichung vom Gleichstellungsgebot durch Anwendung der TV Zeitarbeit BZA-DGB untersagt (Auflage 1) und ihr die Einhaltung der arbeitsvertraglich vereinbarten Arbeitszeiten auferlegt wurden, wobei Überstunden bei Teilzeitarbeitsverhältnissen auf höchstens 25 v.H. (ab 27. Mai 2008 auf höchstens 15 v.H.) der vereinbarten Arbeitszeit begrenzt werden sollten (Auflage 2). Die nach erfolglosem Widerspruchsverfahren erhobenen Klagen wies das Sozialgericht Hamburg (nachfolgend: SG) mit Urteil vom 1. Juni 2007 (Az.: S 18 AL 2100/04) ab. Das anschließende Berufungsverfahren (Az.: L 5 AL 40/07) endete im Verhandlungstermin am 29. Oktober 2009 nach einer Erklärung der Beklagten, dass sie den Bescheid vom 6. Mai 2004 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 16. Dezember 2004 aufhebe. Grund hierfür war die Feststellung des Landessozialgerichts Hamburg (nachfolgend: LSG), dass die im Widerspruchsbescheid vom 16. Dezember 2004 für rechtmäßig befundenen Auflagen auf einem Arbeitsvertragsmuster beruhten, welches die Klägerin bereits bei Erlass des Widerspruchsbescheides nicht mehr verwendete, und dass die Beklagte es bewusst unterlassen hatte, das ihr vorgelegte neue Arbeitsvertragsmuster zu prüfen und rechtlich zu bewerten. Verwaltungsverfahren Auf den am 26. Februar 2010 gestellten Antrag verlängerte die Beklagte mit Bescheid vom 10. Mai 2010 die Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis der Klägerin bis zum 26. Mai 2011. Zuvor hatte die Beklagte mit Schreiben vom 24. März und 23. April 2010 unter anderem erneut die Anwendung der TV Zeitarbeit BZA/DGB sowie verschiedene Arbeitsbedingungen der in der Zeit vom 4. Mai 2009 bis 31. Juli 2009 bei einem Unternehmen des Vattenfall-Konzerns eingesetzten Arbeitnehmerin H. beanstandet und von der Klägerin unter Hinweis auf die bundesweit geltende Weisungslage der Beklagten verlangt, gelegentliche Überstunden auf 15 v.H. der vereinbarten Arbeitszeit zu begrenzen; die Klägerin war dem mit Schreiben vom 15. April und 25. Mai 2010 entgegengetreten.

Mit Bescheid vom 7. Juni 2010 versah die Beklagte ihren Bescheid vom 10. Mai 2010 mit drei Auflagen. Die erste Auflage betraf die Umsetzung des Gleichstellungsgebots aus § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG im Fall der Arbeitnehmerin H.; nach von der Beklagten anerkannter Erfüllung dieser Auflage durch die Klägerin und Rücknahme der auch gegen sie erhobenen Klage besteht hierüber kein Streit mehr. Mit der dritten Auflage wurde der Klägerin aufgegeben, die Vereinbarungen über die arbeitsvertraglich vereinbarte Arbeitszeit einzuhalten und bei Teilzeitarbeitsverhältnissen Überstunden auf höchstens 15 v.H. der vereinbarten Arbeitszeit zu begrenzen. Nachdem das SG nach erfolglosem Vorverfahren (Widerspruchsbescheid vom 13. Dezember 2010) in dem hier angefochtenen Urteil vom 15. Oktober 2013 festgestellt hatte, dass der Auflagenbescheid vom 7. Juni 2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 13. Dezember 2010 hinsichtlich der dritten Auflage rechtswidrig gewesen sei, und die Beklagte ihre auch hiergegen eingelegte Berufung im Verhandlungstermin vor dem Senat am 23. September 2015 zurückgenommen hat, besteht auch über die Rechtmäßigkeit dieser Auflage kein Streit mehr. Die danach noch streitbefangene Auflage zu 2 lautete wie folgt:

2. Auflage Ab sofort wird Ihnen untersagt, mit den Arbeitnehmern für die Dauer der Überlassung an einen Drittbetrieb (Entleiher) eine Vereinbarung dahingehend zu treffen, dass sie für diesen Zeitraum vom Gleichstellungsgrundsatz gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG durch Anwendung eines Tarifvertrages in der Zeitarbeit freigestellt werden. Eine arbeitsvertragliche Inbezugnahme eines Tarifvertrages in der Zeitarbeit wird Ihnen nur auf besonderen Antrag gestattet. Hierzu sind der Erlaubnisbehörde geeignete Nachweise dafür vorzulegen, dass Sie vom räumlichen und fachlichen Geltungsbereich eines Tarifvertrages in der Zeitarbeit erfasst werden. Diese Nachweise können z.B. dadurch erbracht werden, dass die Gründung einer eigenen Betriebsabteilung für Mitarbeiter, die arbeitszeitlich überwiegend verliehen werden sollen, nachgewiesen wird.

Zur Begründung dieser Auflage führte die Beklagte aus, die Klägerin befinde sich nicht vorrangig im Geltungsbereich eines gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG anwendbaren Tarifvertrags der Zeitarbeitsbranche; von 96 Beschäftigten per 23. Februar 2010 sei nur eine Arbeitnehmerin (Frau H.) verliehen worden. Auch sei der Betriebszweck der Klägerin nicht überwiegend auf die Arbeitnehmerüberlassung ausgerichtet; ihm stehe deshalb (irgend)ein anderer Tarifvertrag näher. Kämen mehrere Tarifverträge in Frage, gelte Folgendes: Bei unterschiedlichen Betriebszwecken (Mischbetrieben) gelte das Überwiegensprinzip, d.h. es komme darauf an, was der Betrieb arbeitszeitlich überwiegend mache. Bei einer Tarifkonkurrenz gelte grundsätzlich der speziellere Tarifvertrag (Sachnähe). Nur bei selbstständigen organisatorischen Betriebseinheiten könne eine Aufspaltung, bezogen auf den jeweiligen Betriebszweck, erfolgen und für die die jeweilige Betriebseinheit ein eigenständiger Tarifvertrag zur Anwendung gelangen. Diese Voraussetzungen erfülle die Klägerin jedoch nicht.

Zur Begründung ihres hiergegen am 1. Juli 2010 eingelegten Widerspruchs trug die Klägerin vor, die Interessen ihrer Leiharbeitnehmer würden auch bei Anwendung der TV Zeitarbeit BZA/DGB gewahrt. Zudem sei darauf hinzuweisen, dass der 4. und der 10. Senat des Bundesarbeitsgerichts (nachfolgend: BAG) beabsichtigten, die bisherige Rechtsprechung dieses Gerichts zum Grundsatz der Tarifeinheit aufzugeben. Hierzu legte sie die entsprechende Pressemitteilung Nr. 9/10 des BAG vor. Danach gebe es keinen Grundsatz mehr, dass für verschiedene Arbeitsverhältnisse derselben Art in einem Betrieb nur einheitliche Tarifregelungen zur Anwendung kommen könnten. Mit Schreiben vom 14. Juli 2010 übersandte sie der Beklagten einen Abdruck des von ihr seit Juli 2010 verwendeten Arbeitsvertragsmusters.

Mit Widerspruchsbescheid vom 13. Dezember 2010 wies die Beklagte den Widerspruch der Klägerin zurück und führte zur Begründung aus: Die Auflage 1 habe sich nach Erfüllung durch die Klägerin erledigt. Die Auflage 2 sei zu Recht erteilt worden. Die mit der Inbezugnahme der TV Zeitarbeit BZA/DGB verbundene Abweichung vom Gleichstellungsgebot des § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG sei nicht zulässig. Die Klägerin unterfalle nicht dem fachlichen Geltungsbereich dieser Tarifverträge, weil sie sich nicht überwiegend im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung betätige. Dem stehe nicht entgegen, dass das BAG inzwischen mit Beschlüssen des 10. Senats vom 27. Januar 2010 (Az.: 10 AS 2/10) und Urteilen des 4. Senats vom 7. Juli 2010 (Az.: 4 AZR 537/08 und 4 AZR 549/08) die bisherige Rechtsprechung zur Geltung des Grundsatzes der Tarifeinheit in Fällen der Tarifpluralität und der Tarifkonkurrenz in einem Betrieb aufgegeben habe. Diese Entscheidungen beträfen lediglich die Frage, ob ein übergeordneter Grundsatz gelte, dass für verschiedene Arbeitsverhältnisse derselben Art in einem Betrieb nur einheitliche Tarifregelungen zur Anwendung kommen könnten. Im vorliegenden Fall lägen aber Arbeitsverhältnisse unterschiedlicher Art, nämlich einerseits diejenigen der im Betrieb der Klägerin beschäftigten Arbeitnehmer und andererseits der Leiharbeitnehmer vor. Außerdem fehle es gerade an der Tarifgebundenheit. Für die Auslegung des § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG komme es dagegen darauf an, den Geltungsbereich eines Tarifvertrags der Zeitarbeit zu bestimmen, und hierzu könne die Rechtsprechung des BAG zur Tarifvertragsanwendung bei Mischbetrieben im Sinne des Überwiegensprinzips weiter herangezogen werden. Zudem müsse der Wille der Tarifvertragsparteien berücksichtigt werden, nur solche Betriebe in den Geltungsbereich der von ihnen vereinbarten Regelungen einzubeziehen, die arbeitszeitlich überwiegend Arbeitnehmerüberlassung betrieben und deshalb zur Zeitarbeitsbranche gehörten. Fehle es hieran oder an einer Öffnungsklausel in dem für den Betrieb geltenden Branchentarifvertrag, der seine Anwendung auch im Falle der Arbeitnehmerüberlassung gestatte, so gelte der Gleichstellungsgrundsatz. Das bei der Erteilung von Auflagen eingeräumte Ermessen übe die Beklagte im Sinne der Erteilung der streitbefangenen Auflage aus. Des Weiteren enthielt der Widerspruchsbescheid Ausführungen zur Auflage zu 3.

Der Widerspruchsbescheid wurde dem Bevollmächtigten der Klägerin am 17. Dezember 2010 zugestellt.

Klageverfahren erster Instanz Die Klägerin hat am 17. Januar 2011 Anfechtungsklage erhoben und zur Begründung unter Wiederholung ihres bisherigen Vorbringens weiter vorgetragen, die Auflage zu 2 entbehre einer gesetzlichen Grundlage. Sie sei rechtlich nicht gehindert, in ihren Arbeitsverträgen auf einen Tarifvertrag der Zeitarbeitsbranche Bezug zu nehmen. Da sie nicht tarifgebunden sei, könne es nicht zu einander widersprechenden und die Anwendung des Überwiegensprinzips erfordernden Tarifbedingungen kommen. Vielmehr dürfe sie, wie sich aus Wortlaut sowie Sinn und Zweck der §§ 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 und 9 Nr. 2 2. Alt. AÜG ergebe, vom Gleichstellungsgrundsatz abweichen. Hierfür reiche es aus, dass sie neben branchenfremden Tätigkeiten auch Arbeitnehmerüberlassung betreibe. In seinem Urteil vom 19. September 2007 (Az.: 4 AZR 656/06) habe das BAG festgestellt, dass mit dem Begriff "Geltungsbereich" nur der fachliche Geltungsbereich zu verstehen sei. Außerdem habe dieses Gericht seine frühere Rechtsprechung zum Grundsatz der Tarifeinheit inzwischen aufgegeben. Auf den Willen der Tarifvertragsparteien, wer vom Geltungsbereich ihrer Tarifverträge erfasst sein solle, komme es nach dem auch tarifungebundene Parteien begünstigenden Gesetz nicht an.

Die Beklagte ist der Klage entgegen getreten. Sie hat auf die Ausführungen in den angefochtenen Entscheidungen Bezug genommen und vorgetragen, das von der Klägerseite zitierte Urteil des BAG vom 19. September 2007 gebe die ihm zugeschriebene Aussage nicht her. Es sei unbestritten, dass auch tarifungebundene Leiharbeitgeber grundsätzlich auf einen Tarifvertrag in der Zeitarbeit Bezug nehmen könnten. Folge man jedoch der Auffassung der Klägerin, käme dem Begriff "Geltungsbereich" in § 3 Abs. 1 Satz 3 AÜG keine eigene Bedeutung zu, da es dann ausgereicht hätte, zu regeln, dass auch nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung von Zeitarbeitstarifverträgen vereinbaren könnten. Da das Gesetz aber die Inbezugnahme eines Tarifvertrages der Zeitarbeit unter dem Vorbehalt des Geltungsbereichs stelle, müsse dieser anhand tarifrechtlicher Grundsätze und unter Heranziehung der früheren Rechtsprechung des BAG zur Frage des Überwiegensprinzips bei Mischbetrieben bestimmt werden. Dies werde auch von der überwiegenden Meinung in der Literatur vertreten. Die frühere Rechtsprechung habe das BAG nur wegen des Fehlens einer entsprechenden Regelung im Tarifvertragsgesetz aufgegeben; für sie biete aber die in § 3 Abs. 1 Satz 3 AÜG getroffene Regelung weiterhin einen Anknüpfungspunkt. Eine parallel gelagerte Problematik stelle sich bei der Bestimmung des Geltungsbereichs allgemeinverbindlicher Tarifverträge in § 5 Abs. 4 Tarifvertragsgesetz (TVG). Diese Vorschrift verwende ebenfalls den Begriff des Geltungsbereichs, der unter Vernachlässigung der Tarifgebundenheit der Arbeitsvertragsparteien zu bestimmen sei. Hierbei gehe das BAG in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass sich der Geltungsbereich eines allgemein verbindlichen Tarifvertrages nach der überwiegenden Arbeitszeit der Arbeitnehmer in einem Kalenderjahr richte (Hinweis auf Urteile des BAG vom 22. April 1987 – 4 AZR 496/86, und vom 16. Juni 2010 – 4 AZR 934/08). Es wende

damit das Überwiegensprinzip an.

Die Beklagte hat mit Bescheiden vom 10. Mai 2011, 16. Mai 2012 und vom 17. Mai 2013 die Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis der Klägerin jeweils um ein Jahr verlängert. Mit dem Bescheid vom 10. Mai 2011 wurde der Klägerin u.a. erneut die allein noch streitige Auflage erteilt. Außerdem beanstandete die Beklagte im Falle eines Leiharbeitnehmers, dass die Klägerin den durch einsatzfreie Zeiten entstandenen Lohnausfall nicht gezahlt und deshalb gegen § 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG verstoßen habe. Mit den weiteren Verlängerungsbescheiden vom 16. Mai 2012 und 17. Mai 2013 hielt die Beklagte an ihrer Auffassung fest. Über die gegen die Bescheide vom 10. Mai 2011 und vom 16. Mai 2012 eingelegten Widersprüche ist noch nicht entschieden. Ein Widerspruch der Klägerin gegen den Bescheid vom 17. Mai 2013 ist, soweit derzeit ersichtlich, nicht eingelegt worden.

Das SG hat mit seinem Urteil vom 15. Oktober 2013 den Auflagenbescheid vom 7. Juni 2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 13. Dezember 2010 hinsichtlich der Auflage zu 2 aufgehoben und außerdem festgestellt, dass dieser Bescheid hinsichtlich der Auflage zu 3 rechtswidrig gewesen sei. Zur Begründung dieser Entscheidung hat es ausgeführt: Gegen die Auflage zu 2 sei die Anfechtungsklage statthaft, weil diese Auflage in den Folgebescheiden der Beklagten um jeweils ein Jahr verlängert worden sei. Die Klage sei auch begründet, denn die Auflage zu 2 sei rechtswidrig erteilt worden. Der Klägerin als tarifungebundener Arbeitgeberin sei es gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 AÜG gestattet, einzelvertraglich die Anwendung der Regelungen der TV Zeitarbeit BZA/DGB zu vereinbaren, weil sie auch fachlich dem Geltungsbereich dieser Tarifverträge unterfalle. Hierzu bestimme § 1.2 des MTV Zeitarbeit BZA/DGB, dass dieser Tarifvertrag fachlich für die tarifgebundenen Mitgliedsunternehmen des BZA e.V. gelte. Da der fachliche Geltungsbereich mithin durch die Mitgliedschaft im tarifschließenden Arbeitgeberverband bestimmt werde, genüge es, dass die Klägerin nach § 3.1 der Satzung des BZA Mitglied dieses Arbeitgeberverbandes werden könne (Hinweis auf Schaub/Treber, Arbeitsrechtshandbuch, 15. Auflage, § 204 Randnrn. 15, 19 und die dortigen Nachweise zur Rechtsprechung des BAG), weil sie in Form eines Mischbetriebes u.a. Zeitarbeit betreibe. Dass dies ausschließlich oder überwiegend der Fall sein müsse, sehe die Satzung nicht vor. Das von der Beklagten angewendete Überwiegensprinzip finde allenfalls dann Anwendung, wenn der fachliche Geltungsbereich eines Tarifvertrags durch die Angabe eines Wirtschaftszweigs (einer Branche) bestimmt werde, was hier aber nicht der Fall sei.

Berufungsverfahren Gegen das ihr am 22. November 2013 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 9. Dezember 2013 Berufung eingelegt. Zur Begründung des Rechtsmittels bezieht sie sich auf ihren erstinstanzlichen Vortrag und trägt ergänzend vor: Die in der vom Sozialgericht zitierten Literatur in Bezug genommene Entscheidung des BAG vom 22. März 2005 (Az.: 1 ABR 13/04) lasse sich auf die vorliegende Fallkonstellation nicht übertragen, weil die in § 1.2 MTV Zeitarbeit BZA/DGB verwendete Formulierung zum fachlichen Geltungsbereich wesentlich enger sei als die der Entscheidung des BAG zugrundeliegende tarifliche Regelung und weil die Interessenlage beider Tarifparteien in der Zeitarbeitsbranche gerade nicht auf die Erleichterung einer Inbezugnahme der tariflichen Regelung durch Außenseiter gerichtet sei. Einer am Wortlaut des § 1.2 MTV Zeitarbeit BZA/DGB orientierten Auslegung stehe außerdem entgegen, dass dann eine Inbezugnahme der tariflichen Regelungen durch nicht tarifgebundene Verleiher nicht möglich wäre. Für die Anwendung des § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG sei eine eigene branchenspezifische Bestimmung des Geltungsbereichs vorzunehmen. Nur eine solche Auslegung werde Sinn und Zweck der Norm gerecht, indem sie insbesondere die Inbezugnahme einheitlich und nachvollziehbar für alle bestehenden Tarifverträge ermögliche und weitergehende Auslegungsschwierigkeiten hinsichtlich anderer Tarifverträge, die zwischen einem betrieblichen und organisatorischen Geltungsbereich unterschieden, vermeide. Auch aus der in § 1.2 MTV Zeitarbeit BZA/DGB formulierten Bestimmung des fachlichen Geltungsbereichs auf die "tarifgebundenen Mitgliedsunternehmen (einschließlich ihrer Hilfs- und Nebenbetriebe)" ergebe sich, dass die Tarifparteien davon ausgingen, dass die Arbeitnehmerüberlassung bei den betroffenen Unternehmen die Hauptsache darstelle.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Hamburg vom 15. Oktober 2013 hinsichtlich der Auflage zu 2 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält die Ausführungen des Sozialgerichts für zutreffend und wiederholt und vertieft ihr bisheriges Vorbringen. Ergänzend trägt sie vor, für eine Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz reiche es gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 und § 9 Nr. 2 2. Alternative AÜG aus, dass das Arbeitsverhältnis von der normativen Wirkung eines für die Zeitarbeit einschlägigen Tarifvertrages umfasst werde. Dies sei hier der Fall. Unerheblich sei, ob die Klägerin dem fachlichen Geltungsbereich der TV Zeitarbeit BZA/DGB unterfalle. Der Gesetzgeber habe nicht beabsichtigt, den Begriff des "Geltungsbereichs" im Sinne von § 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 AÜG von den betroffenen Tarifvertragsparteien bestimmen zu lassen. Denn hierdurch würde er die Möglichkeit, auf einen Tarifvertrag Bezug zu nehmen, auf die Tarifvertragsparteien verlagern, und hierin läge ein Verstoß gegen die Koalitionsfreiheit. Die Auslegung der Klägerin werde auch durch die Gesetzesgeschichte insofern bestätigt, als die gesetzliche Tariföffnungsklausel erst im Vermittlungsausschuss auch auf die nicht tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erstreckt worden sei. Dabei habe sich der Gesetzgeber an anderen gesetzlichen Tariföffnungsklauseln orientiert, deren Sinn und Zweck es sei, den Tarifparteien im Rahmen der ihnen gewährten Tarifautonomie eine sachverständige Beurteilungskompetenz einzuräumen, um die gerechteste und zweckmäßigste Regelung unter Berücksichtigung der betroffenen Branche zu vereinbaren. Die Einschränkung auf den Geltungsbereich des jeweiligen Tarifvertrages habe nur das Ziel, die Einbeziehung branchenfremder Tarifverträge auszuschließen, weil für sie nicht mehr die Richtigkeitsgewähr der einschlägigen Tarifverträge gelte.

Während des Berufungsverfahrens hat die Beklagte mit Bescheiden vom 15. Mai 2014 und 26. Mai 2015 die Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis der Klägerin weiter jeweils um ein Jahr verlängert. Mit dem Bescheid vom 26. Mai 2015 hat sie außerdem die Erteilung einer unbefristeten Erlaubnis abgelehnt und weitere Beanstandungen erhoben. Über die gegen den am 20. Mai 2014 bekannt gegebenen Bescheid vom 15. Mai 2014 am 16. Juni 2014 und nach Angaben der Beklagten auch gegen den Bescheid vom 26. Mai 2015 eingelegten Widersprüche ist noch keine Entscheidung getroffen worden.

Der Senat hat die TV Zeitarbeit BZA/DGB einschließlich sämtlicher Änderungstarifverträge, insbesondere in der Fassung des Änderungstarifvertrages vom 9. März 2010 sowie die Satzung des BZA (Stand der Fassung vom 9. Juni 2009) beigezogen.

Zur Ergänzung des Sachverhalts wird auf den Inhalt der im Sitzungsprotokoll vom 23. September 2015 genannten Akten und Unterlagen Bezug genommen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung und der abschließenden Beratung des Senats gewesen sind.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung ist statthaft (§§ 143, 144 Sozialgerichtsgesetz (SGG)) und auch im Übrigen zulässig, insbesondere form- und fristgerecht (§ 151 SGG) eingelegt worden.

Sie ist jedoch nur zu einem geringen Teil begründet, im Übrigen aber unbegründet.

Streitgegenstand Gegenstand des Berufungsverfahrens ist allein der Bescheid der Beklagten vom Bescheid vom 7. Juni 2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 13. Dezember 2010, soweit die Beklagte mit ihm der Klägerin die hier allein noch streitige Auflage zu 2 erteilt hat. Über die Rechtmäßigkeit der Auflage zu 1 ist nicht mehr zu befinden, weil die Klägerin diese Auflage erfüllt und die gegen sie gerichtete Klage zurückgenommen hat. Auch die Rechtmäßigkeit der Auflage zu 3 steht nicht mehr im Streit, denn die Beklagte hat ihre Berufung, soweit sie sich gegen die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Auflage zu 3 durch das angefochtene Urteil des SG gerichtet hatte, im Verhandlungstermin am 23. September 2015 zurückgenommen.

Die während des Klage- und Berufungsverfahrens ergangenen Folgebescheide vom 10. Mai 2011, 16. Mai 2012, 17. Mai 2013, 15. Mai 2014 und 26. Mai 2015 sind nicht Gegenstand des Verfahrens geworden. Denn die hierfür nach § 96 Abs. 1 SGG erforderliche Voraussetzung, dass der neue Verwaltungsakt den angefochtenen abändern oder ersetzen muss, ist nicht erfüllt. Die Folgebescheide treffen jeweils – zum Teil auch unterschiedliche – Regelungen für andere Zeiträume als den hier in Rede stehenden Zeitraum vom 27. Mai 2010 bis 26. Mai 2011, ohne dass hierdurch die mit dem angefochtenen Bescheid getroffenen Regelungen abgeändert oder ersetzt worden wären.

Zulässige Klageart Die Klage ist entgegen der Auffassung des SG seit dem 27. Mai 2011 nicht mehr als Anfechtungsklage (§ 54 Abs. 1 SGG), sondern nur als in ihr als Minus enthaltene Fortsetzungsfeststellungsklage zulässig (§ 131 Abs. 1 Satz 3 SGG). Zwar ist im Zeitpunkt der Klageerhebung am 17. Januar 2011 noch eine Anfechtungsklage statthaft und auch sonst zulässig gewesen, nicht aber im Zeitpunkt der Entscheidung des SG am 15. Oktober 2013. Denn die Auflage zu 2 hat sich mit Ablauf der befristet erteilten Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis am 26. Mai 2011 und durch ihre mit Bescheid vom 10. Mai 2011 erfolgte erneute Erteilung mit Wirkung ab 27. Mai 2011 durch Zeitablauf erledigt (§ 39 Abs. 2 Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X)). Statthaft und zulässig ist im Hinblick auf die hierdurch verwirklichte Wiederholung der Auflage zu 2 ab dem 27. Mai 2011 allein eine Fortsetzungsfeststellungsklage, mit der die Feststellung erstrebt wird, dass die der Klägerin mit den angefochtenen Bescheiden erteilte Auflage zu 2 rechtswidrig gewesen ist. Weitere Sachurteilshindernisse bestehen nicht.

Rechtswidrigkeit der Auflage zu 2 Die danach allein statthafte und auch im Übrigen zulässige Fortsetzungsfeststellungsklage erweist sich hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Auflage zu 2 als begründet. Der Senat hat deshalb den Tenor der angefochtenen Entscheidung neu gefasst, mit dessen Inhalt über die Fortsetzungsfeststellungsklage entschieden und die Klage, soweit sie auf Anfechtung gerichtet gewesen ist, abgewiesen. Dementsprechend hat die Berufung der Beklagten, wenn auch nur zu einem geringen Teil, Erfolg; im Übrigen ist sie zurückzuweisen.

Nach § 2 Abs. 2 Sätze 1 und 2 AÜG in der hier anzuwendenden, bei Erlass des Widerspruchsbescheides vom 13. Dezember 2010 geltenden und am 1. Januar 2003 in Kraft getretenen Fassung des Ersten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23. Dezember 2002 (BGBl. I S. 4607) kann die Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis auch nach ihrer Erteilung mit Auflagen verbunden werden, um sicherzustellen, dass keine Tatsachen eintreten, die nach § 3 AÜG die Versagung der Erlaubnis rechtfertigen. Hinsichtlich der Auflage Nr. 2 ist die Beklagte in dem hier streitigen Zeitraum davon ausgegangen, es habe der keiner Tarifbindung unterliegenden Antragstellerin, wenn sie nicht gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 2 oder Nr. 3 AÜG einen Widerruf oder gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG eine Versagung der von ihr gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG benötigten Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung in Kauf nehmen wolle, grundsätzlich nicht, sondern nur unter den in der Auflage zu 2 bestimmten Voraussetzungen gestattet werden können, durch einzelvertragliche Bezugnahme auf die TV Zeitarbeit BZA/DGB die bei ihr beschäftigten Arbeitnehmer von dem in § 3 Abs. 1 Nr. 3 Halbsatz 1 AÜG gesetzlich fixierten Gleichstellungsgrundsatz (Equal Pay/Equal Treatment) auszunehmen. Zur Vermeidung der für die Antragstellerin gravierenderen Eingriffe in ihre wirtschaftliche Betätigungsfreiheit sei sie berechtigt gewesen, die der Antragstellerin erteilte befristete Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis nachträglich mit der Auflage zu 2 zu versehen. Von dieser Befugnis habe sie in Ausübung des ihr eingeräumten Ermessens Gebrauch machen dürfen. Hierzu enthielt der Widerspruchsbescheid vom 13. Dezember 2010 weitere Erwägungen.

§ 3 Abs. 1 AÜG lautet in seinen hier maßgeblichen Passagen wie folgt:

§ 3 Versagung

(1) Die Erlaubnis oder ihre Verlängerung ist zu versagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller

1 ...

2 ...

3 dem Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung an einen Entleiher die im Betrieb dieses Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts nicht gewährt, es sei denn, der Verleiher gewährt dem zuvor arbeitslosen Leiharbeitnehmer für die Überlassung an einen Entleiher für die Dauer von insgesamt höchstens sechs Wochen mindestens ein Nettoarbeitsentgelt in Höhe des Betrages, den der Leiharbeitnehmer zuletzt als Arbeitslosengeld erhalten hat; Letzteres gilt nicht, wenn mit demselben Verleiher bereits ein Leiharbeitsverhältnis bestanden hat. Ein Tarifvertrag kann abweichende Regelungen zulassen. Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen vereinbaren.

(2) (5)

Die Ausnahmetatbestände des § 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 2. Halbsatz und Satz 2 AÜG sind ersichtlich nicht einschlägig gewesen. Im Kern streiten die Beteiligten deshalb darum, ob Satz 3 der Vorschrift der Klägerin vorliegend eine Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz durch die arbeitsvertragliche Inbezugnahme der TV Zeitarbeit BZA/DGB erlaubt hat. Dies ist nach Auffassung des Senats der Fall. Entgegen der Auffassung der Beklagten hat sich die Klägerin in der hier streitigen Zeit "im Geltungsbereich" dieser Tarifverträge im Sinne der Norm befunden.

Es war und ist umstritten, wie dieses Tatbestandsmerkmal des § 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 AÜG auszulegen ist.

Als gesichert kann gelten, dass die Vorschrift Arbeitnehmer und Arbeitgeber nur vom Erfordernis der Tarifgebundenheit, nicht dagegen von sonstigen Erfordernissen der Tarifwirksamkeit befreit. In gleicher Weise wie tarifgebundenen soll auch tarifungebundenen Arbeitsvertragsparteien ermöglicht werden, "die Arbeitsbedingungen flexibel zu gestalten und die Leistungen für Zeiten des Verleihs und Nichtverleihs in einem Gesamtkonzept zu regeln" (vgl. BT-Drs. 15/25, S. 38), indem durch rechtswirksame tarifliche Regelungen auch zu Ungunsten der Leiharbeitnehmer vom Gleichstellungsgebot des § 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 1. Halbsatz AÜG abgewichen und einzelvertraglich die Anwendung eines bestimmten Tarifvertrags vereinbart wird, der nach seinen Regelungen einen eindeutigen Abweichungswillen vom gesetzlichen Gleichstellungsgebot beinhaltet und der gelten würde, wenn eine Tarifbindung bestünde. Angesprochen ist damit grundsätzlich der von den Tarifvertragsparteien bestimmte räumliche, fachliche, zeitliche, persönliche und ggf. betriebliche Geltungsbereich, so dass von einer arbeitsvertraglichen Einbeziehung jedenfalls "fremde" Tarifverträge, z.B. Haustarifverträge anderer Arbeitgeber oder in einem anderen Tarifgebiet geltende oder aufgehobene Tarifverträge ausgeschlossen sind (vgl. Sansone, Gleichstellung von Leiharbeitnehmern nach deutschem und Unionsrecht, Dissertation, Köln 2010, S. 330 bis 333, 377; Pelzner/Kock in Thüsing, AÜG, 3. Auflage 2012, Randnr. 105 zu § 3; Däubler, DB 2008, S. 1914). Andererseits schließt es der Gesetzeszweck, auch tarifungebundenen Arbeitsvertragsparteien die arbeitsvertragliche Anwendung einschlägiger Tarifverträge zu ermöglichen, aus, bei der Ermittlung des fachlichen Geltungsbereichs auf eine vom Tarifvertrag geforderte Mitgliedschaft in der tarifschließenden Arbeitgebervereinigung oder Gewerkschaft abzustellen (vgl. Sansone, a.a.O. S. 373; Pelzner/Kock in Thüsing, a.a.O.; Lembke in Boemke/Lembke, AÜG, 3. Auflage 2013, Randnr. 417 zu § 3; Schüren in Schüren/Hamann, AÜG, 4. Auflage 2010, Randnr. 101 zu § 9; aA Däubler, a.a.O., S. 1916); dies muss jedenfalls dann gelten, wenn einer solchen Mitgliedschaft keine rechtlichen, z.B. in der Satzung liegenden Hindernisse entgegenstehen.

Dies ist vorliegend in der hier streitigen Zeit der Fall gewesen. Der BAP hat auf Anfrage des Senats vom 14. August 2015 auf die Verbandssatzung verwiesen und mitgeteilt, dass auch Mischbetriebe, die im Besitz einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis seien und die übrigen satzungsmäßigen Voraussetzungen erfüllten, eine Mitgliedschaft mit und ohne Tarifbindung begründen könnten. Das gelte auch für Betriebe wie den der Klägerin, deren wesentlicher Geschäftszweck nicht die gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung sei und die nur in geringem Umfang und bei Bedarf von ihrer diesbezüglichen Erlaubnis Gebrauch machten. Der Verband habe tatsächlich derartige Firmen als Mitglieder. Diese Auskunft entspricht der Satzung des BZA in der am 9. Juni 2009 geänderten Fassung. Diese Satzung schloss in den Jahren 2010 und 2011 Mischbetriebe wie denjenigen der Klägerin nicht von einer Mitgliedschaft aus. § 3.1 und § 3.2 der BZA-Satzung bestimmten, dass in den Verband auf schriftlichen Aufnahmeantrag alle natürlichen und juristischen Personen sowie Handelsgesellschaften aufgenommen werden konnten, wenn sie nach ihrem Geschäftszweck in der Bundesrepublik Deutschland Zeitarbeit betrieben, sofern sie nicht einer Organisation angehörten, die in ihren Zielsetzungen dem satzungsgemäßen Verbandsinteresse als Unternehmens- und Arbeitgeberverband zuwiderlief. Nach § 3.3 jener Satzung war die Aufnahme davon abhängig, dass der Bewerber erklärte und nachwies, dass er

a) die Satzung des Verbandes und den BZA-Kodex in der jeweils gültigen Fassung anerkennt, b) die Erlaubnis nach § 1 AÜG besitzt, c) eine selbstständige Tätigkeit gemäß § 3.1 der Satzung ausübt und d) einen einwandfreien Ruf hinsichtlich seines Geschäftsgebarens und seiner Solvenz genießt.

Der Senat vermag keine Anhaltspunkte dafür zu erkennen, dass die Klägerin diese Aufnahmebedingungen nicht hätte erfüllen können. Auch die Beklagte hat dies nicht behauptet und ist den diesbezüglichen Feststellungen des Sozialgerichts nicht entgegengetreten.

Die Klägerin befand sich auch im Sinne von § 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 AÜG "im Geltungsbereich" eines Tarifvertrages (hier des MTV Zeitarbeit BZA/DGB), der zusammen mit dem ERTV und ETV Zeitarbeit BZA/DGB vom Gleichstellungsgebot abweichende Regelungen zuließ und es auch nicht tarifgebundenen Arbeitgebern wie der Klägerin gestattete, mit ihren Arbeitnehmern die Anwendung dieser tariflichen Regelungen zu vereinbaren.

Der von der Klägerin in ihren im Jahre 2010 verwendeten Arbeitsvertragsmustern u.a. in Bezug genommene MTV Zeitarbeit BZA/DGB galt nach seinem § 1.1 räumlich für die Bundesrepublik Deutschland, nach § 1.2 fachlich für die tarifgebundenen Mitgliedsunternehmen des BZA (einschließlich ihrer Hilfs- und Nebenbetriebe) und nach § 1.3 persönlich für die Arbeitnehmer (Mitarbeiter), die von dem Zeitarbeitsunternehmen (Arbeitgeber) einem Entleiher (Kundenbetrieb) im Rahmen des AÜG überlassen wurden und Mitglieder einer der vertragsschließenden Gewerkschaften waren. Nach diesen Bestimmungen richtete sich auch der jeweils in § 1 bestimmte Geltungsbereich des ERTV und des ETV BZA /DGB Zeitarbeit.

Danach hätte im Fall einer Tarifbindung der Klägerin der MTV Zeitarbeit BZA/DGB nach seinem § 1.1 räumlich und im Fall ihrer ordentlichen Mitgliedschaft mit Tarifbindung im BZA nach § 1.2 auch fachlich für sie gegolten. Hieraus kann allerdings entgegen der Auffassung des Sozialgerichts nicht abgeleitet werden, dass der MTV Zeitarbeit BZA/DGB seinen fachlichen Geltungsbereich allein nach der Mitgliedschaft im BZA bzw. im BAP bestimmt habe und allein deshalb die Annahme gerechtfertigt gewesen sei, dass sich der fachliche Geltungsbereich der TV Zeitarbeit BZA/DGB über die tatsächlichen Mitgliedsunternehmen hinaus auf alle Unternehmen erstreckt habe, die Mitglieder des betreffenden Arbeitgeberverbands werden konnten (vgl. BAG, Beschluss vom 22. März 2005 – 1 ABR 64/03, NZA 2006, S. 383 und juris mit weiteren Nachweisen). Aus dem Regelungszusammenhang des § 1.2 Satz 1 mit Satz 2 MTV Zeitarbeit BZA/DGB und mit § 3.1 der Satzung des BZA sowie der Anknüpfung des persönlichen Geltungsbereichs für die gewerkschaftlich organisierten Leiharbeitnehmer (§ 1.3 MTV Zeitarbeit BZA/DGB) an die Arbeitnehmerüberlassung durch das "Zeitarbeitsunternehmen" folgt vielmehr, dass die Klägerin dem Geltungsbereich des MTV Zeitarbeit BZA/DGB nur dann unterfiel, wenn sie im Sinne dieser Regelungen als Zeitarbeitsunternehmen anzusehen war. Der Geltungsbereich dieses Tarifvertrages war insofern nicht nur durch eine mögliche Mitgliedschaft der Klägerin im BZA

bzw. BAP, sondern auch branchenbezogen zu bestimmen.

Bei der Klägerin handelte es sich in diesem Sinn um ein Zeitarbeitsunternehmen mit der Folge, dass sie sich im Sinne von § 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 AÜG auch im fachlichen Geltungsbereich des ERTV- und des ETV Zeitarbeit BZA/DGB befand.

Zwar hat sie im hier streitigen Zeitraum von Mai 2010 bis Mai 2011 nur in sehr geringem Umfang Personaldienstleistungen in Form der Zeitarbeit erbracht. Nach ihren diesbezüglichen Angaben waren bei ihr im Februar 2011 163 Arbeitnehmer beschäftigt, von denen 5 Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung an Dritte überlassen waren. Im Übrigen diente ihr die Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis lediglich zur Wahrung der Möglichkeit, bei Bedarf weitere Arbeitnehmer an Dritte auszuleihen. In erster Linie betrieb sie indessen eine Event-Agentur, Künstler- und Hostessenvermittlung, Sicherheitsservice, Gebäudemanagement und Catering.

Es war und ist umstritten, ob auch derartige Betriebe (sog. Mischbetriebe) durch arbeitsvertraglich vereinbarte Anwendung bestimmter Tarifverträge der Zeitarbeit (wie hier der TV Zeitarbeit BZA/DGB) eine Befreiung vom Gleichstellungsgebot des § 3 Abs. 1 Nr. 3 1. Halbsatz AÜG erreichen können.

Nach der bisher überwiegend in der Literatur vertretenen und von der Beklagten in ihre Durchführungs- und Geschäftsanweisungen zum AÜG übernommenen Auffassung fallen Mischbetriebe nur dann unter den Geltungsbereich eines Tarifvertrages der Zeitarbeit, wenn sie überwiegend Arbeitnehmerüberlassung betreiben. Dieses ursprünglich aus dem Grundsatz der Tarifeinheit abgeleitete Überwiegensprinzip gewährleiste, dass nur ein Tarifvertrag zur Anwendung komme, der nach dem Grundsatz der Spezialität dem Betrieb räumlich, betrieblich, fachlich und persönlich am nächsten stehe und deshalb nach dem Willen der Tarifparteien den Eigenarten und Erfordernissen des Betriebes und der in ihm tätigen Arbeitnehmer am besten Rechnung trage. Auch nach der ausdrücklichen Aufgabe der Rechtsprechung zur Tarifeinheit durch das BAG (vgl. dazu BAG, Urteil vom 7. Juli 2010 – 4 AZR 549/08, NZA 2010, S. 1068 und juris) könne der Wille der Tarifparteien angenommen werden, dass sich die von ihnen vereinbarten Regelungen grundsätzlich nur auf die zur Zeitarbeitsbranche gehörenden Betriebe erstrecken sollten. Danach hänge bei sog. Mischbetrieben die unmittelbare Geltung ebenso wie die Möglichkeit einer vertraglichen Einbeziehung eines Tarifvertrages der Zeitarbeit bei fehlender Tarifbindung davon ab, mit welchen Tätigkeiten die Arbeitnehmer während ihrer Arbeitszeit im Kalenderjahr überwiegend beschäftigt würden. Liege der betriebliche Schwerpunkt nach diesen Kriterien nicht in der Überlassung von Arbeitskräften, komme die Anwendung eines Leiharbeitstarifvertrages nicht in Betracht (vgl. Ulber, AÜG, 4. Auflage 2010, Röller in Küttner, Personalbuch 2010, Randnr. 9 zum Stichwort Leiharbeitnehmer; Randnr. 310 zu § 9; Koch in Koch/Linck/Treber/Vogelsang, Arbeitsrechtshandbuch, 14. Auflage 2011, § 120 (Stichwort Arbeitnehmerüberlassung), Randnr. 57; Pelzner/Kock in Thüsing, AÜG, 3. Auflage 2012, Randnr. 97 f. zu § 3; Mengel in Thüsing, a.a.O., Randnr. 37 zu § 9; Wank in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 14. Auflage 2014, Randnr. 23b zu § 3; weitere Nachweise bei Sansone, a.a.O., S. 386 f; kritisch hierzu Nebeling/Gründel, BB 2009, S. 2366). Weitergehend wird vertreten, dass die Übernahme eines Flächentarifvertrags für Leiharbeitnehmer insbesondere für die Arbeitnehmer eines Mischbetriebs ausgeschlossen ist, die – wie im vorliegenden Fall – sowohl ausgeliehen als auch im eigenen Unternehmen eingesetzt werden (so Schüren in Schüren/Hamann, a.a.O., Randnr. 153 zu § 3 mit weiteren Nachweisen). Folgte man dieser Ansicht, hätte die Antragstellerin, die keiner Tarifbindung unterlag und ihre sonst im eigenen Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer nur in Ausnahmefällen an Dritte gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überließ, die für sie "branchenfremden" TV Zeitarbeit BZA/DGB nicht wirksam durch individualvertragliche Vereinbarung in Bezug nehmen können.

Demgegenüber vertritt die Gegenmeinung die Ansicht, die Auslegung des § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG und der Tarifverträge der Zeitarbeitsbranche ergebe, dass sie Mischbetriebe nicht von ihrem Geltungsbereich ausschlössen. Ein dahingehender Wille, der weder im Gesetz selbst noch in den Zeitarbeitstarifverträgen zum Ausdruck gekommen sei, könne den Tarifparteien nicht unterstellt werden. Diese Tarifverträge könnten damit fachliche Geltung für alle Unternehmen und Arbeitnehmer beanspruchen, die (überhaupt) Dienstleistungen in der Arbeitnehmerüberlassung erbringen; für sie seien die tariflichen Regelungen der Zeitarbeit, die den zur Leiharbeit überlassenen Arbeitnehmern aufgrund ihrer Richtigkeitsgewähr kraft sachverständiger Beurteilungskompetenz der Tarifparteien ein angemessenes Schutzniveau gewährleisteten, keine branchenfremden Tarifverträge. Der Zweck der gesetzlichen Tariföffnungsklausel, die Arbeitsbedingungen für Leiharbeitnehmer flexibel zu gestalten, gehe dem Grundsatz der Tarifeinheit vor. Dies müsse umso mehr gelten, als das Bundesarbeitsgericht inzwischen seine Rechtsprechung zum Grundsatz der Tarifeinheit zu Gunsten der Tarifpluralität aufgegeben habe (vgl. Lembke/Distler, Die Bezugnahme auf Tarifverträge der Zeitarbeitsbranche durch Unternehmen mit Mischbetrieben, NZA 2006, S. 952; Sansone, a.a.O, S. 388 ff.; Kalb in Henssler/Wilhelmsen/Kalb, Kommentar zum Arbeitsrecht, 5. Auflage 2012, Randnr. 38 zu § 3 AÜG; Sandmann/Marschall/Schneider, AÜG, Stand Oktober 2013, Randnr. 21 zu § 3; Bissels/Khalil, BB 2013, S. 315). Nach dieser Auffassung wäre die Antragstellerin berechtigt gewesen, in den Arbeitsverträgen mit ihren Leiharbeitnehmern die Geltung der TV Zeitarbeit BZA/DGB zu vereinbaren und damit vom Gleichstellungsgebot abzuweichen.

Der Senat hält die zuletzt genannte Auffassung für überzeugend.

Der Wortlaut des § 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 AÜG lässt allerdings offen, wie das Tatbestandsmerkmal "im Geltungsbereich" eines Tarifvertrags zu verstehen ist. Es bedarf deshalb der Auslegung. Diese ist unter Berücksichtigung der Gesetzesgeschichte, des Sinns und Zwecks der Vorschrift sowie anhand systematischer Überlegungen vorzunehmen.

§ 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG entspricht vergleichbaren tarifdispositiven Regelungen, wie sie etwa in § 622 Abs. 4 Satz 2 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) und §§ 12 Abs. 3 Satz 2, 13 Abs. 4 Satz 2 und 14 Abs. 4 Satz 2 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) enthalten sind. Sinn und Zweck derartiger Vorschriften ist es, den Besonderheiten einzelner Wirtschaftszweige und Beschäftigtengruppen Rechnung zu tragen und es sowohl tarifgebundenen als auch tarifungebundenen Arbeitsvertragsparteien zu ermöglichen, das Arbeitsverhältnis durch tarifvertragliche Regelungen zu gestalten, die die Vermutung in sich tragen, dass sie die Arbeitsbedingungen sachgerecht regeln, dabei den Interessen beider Seiten gerecht werden und keiner Seite ein unzumutbares Übergewicht vermitteln (Vermutung der Richtigkeitsgewähr, vgl. etwa zu § 622 Abs. 4 BGB BAG, Urteil vom 23. April 2008 – 2 AZR 21/07, NZA 2008, S. 960 und juris; Weth in Junker/Beckmann/Rüßmann, jurisPK BGB, 7. Auflage 2014, Randnr. 24, 32 zu § 622, und zu § 3 Abs. 1 AÜG statt vieler nur Pelzner/Kock in Thüsing, AÜG, a.a.O., Randnr. 90 zu § 3). Diese Zielsetzung lag auch der durch das Erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt erfolgten Neufassung des § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG zugrunde. Das folgt aus der Gesetzesgeschichte der Vorschrift. Deren Neufassung war von dem Willen des Gesetzgebers getragen, die seinerzeit bestehende Massenarbeitslosigkeit u.a. durch Erleichterungen der Zeitarbeit zu bekämpfen, und zugleich von der Erwartung an die Tarifparteien und Unternehmen der Zeitarbeitsbranche, die Leiharbeit zu einem allgemein anerkannten Bereich der

deutschen Wirtschaft zu entwickeln, der durch Qualität, Flexibilität und soziale Sicherheit Standards setze und zur Umwandlung von Überstundenarbeit in neue qualifizierte und sozial abgesicherte neue Arbeitsplätze und damit zum Abbau von Arbeitslosigkeit beitrage (so der Gesetzentwurf der damaligen Regierungsfraktionen vom 5. November 2002, BT-Drs. 15/25, S. 24). Die Möglichkeit für Verleiher, durch für sie geltende Tarifverträge vom Gleichstellungsgebot abzuweichen, sollte es den Tarifvertragsparteien ermöglichen, die Arbeitsbedingungen flexibel zu gestalten und beispielsweise Pauschalierungen beim Arbeitsentgelt zuzulassen und die Leistungen für Zeiten des Verleihs und Nichtverleihs in einem Gesamtkonzept zu regeln (BT-Drs. 15/25, S. 38). An dieser Zielsetzung hat sich im Lauf des Gesetzgebungsverfahrens nichts geändert (vgl. Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit vom 13. November 2002, BT-Drs. 15/77, S. 3; Bericht dieses Ausschusses vom 14. November 2002, BT-Drs. 15/91, S. 14; Anrufung des Vermittlungsausschusses durch den Bundesrat vom 29. November 2002, BR-Drs. 831/02, S. 2 f.) Die aus diesen und aus dem Vorgangsablauf im Dokumentations- und Informationssystem für Parlamentarische Vorgänge des Deutschen Bundestages (DIP) ersichtlichen kontroversen Auffassungen von Regierung, Opposition, einzelner Parlamentsausschüsse und der Mehrheit im Bundesrat vor allem hinsichtlich des Gleichstellungsgebots und der von ihm vorzusehenden Ausnahmen führten schließlich zu der nicht weiter begründeten Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses vom 17.12.2002 (BT-Drs. 15/201, S. 2), die daraufhin in das Gesetz übernommen wurde.

Den Gesetzesmaterialien zum Ersten AÜG-Änderungsgesetz vom 28. April 2011 ist darüber hinaus zu entnehmen, dass der Gesetzgeber die beschriebene Zielsetzung, in der er sich durch die tatsächliche Entwicklung bestätigt sah, weiter verfolgt hat, und dass er lediglich bestimmte missbräuchliche Gestaltungen der Arbeitnehmerüberlassung, die aber gerade nicht die hier streitige einzelvertragliche Inbezugnahme von Tarifverträgen betrafen, verhindern und außerdem die Vorgaben der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 (EG-Richtlinie 2008/104) umsetzen wollte (vgl. dazu Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 17. Februar 2011, BT-Drs. 17/4804, S. 1, 7 und 9). Hieran hat sich auch durch weitere Rechtsänderungen des AÜG nichts geändert.

Ein Wille des Gesetzgebers oder der Tarifparteien, dass in den Geltungsbereich der von ihnen ausgehandelten Tarifverträge nur solche Mischbetriebe fallen sollten, die arbeitszeitlich überwiegend Arbeitnehmerüberlassung betreiben, ist weder in den Regelungen des AÜG noch denen der TV Zeitarbeit BZA/DGB zum Ausdruck gekommen. Es gibt auch keinerlei tatsächliche Anhaltspunkte dafür, dass ein solcher Wille existiert hat oder existiert.

Eher trifft das Gegenteil zu. Hätte der Gesetzgeber im Interesse eines weitergehenden Schutzes der Leiharbeitnehmer Mischbetriebe wie denjenigen der Klägerin, die arbeitszeitlich nicht überwiegend Arbeitnehmerüberlassung betreiben, von der Möglichkeit der arbeitsvertraglichen Inbezugnahme von Zeitarbeitstarifverträgen ausschließen wollen, hätte es nahegelegen, deren Anwendung für nicht tarifgebundene Parteien entsprechend zu regeln. Dies ist jedoch nicht geschehen. Ein solches Regelungsmodell lag beispielsweise dem Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen bei grenzüberscheitenden Dienstleistungen (Arbeitnehmerentsendegesetz (AentG)) vom 24. September 1996 (BGBl. I S. 227) in der Fassung des Art.10 des Gesetzes zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte vom 19. Dezember 1998 (BGBl. I S. 3843 mit späteren Änderungen) zu Grunde. Der durch die Regelungen dieses Gesetzes aufgespannte Schutzschirm bestand darin, die Geltung bestimmter Mindestarbeitsbedingungen und Mindestentgeltsätze, die in Rechtsnormen von bundesweit geltenden, für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen des Baugewerbes oder in Rechtsnormen ihnen gleichgestellter Rechtsverordnungen enthalten waren, nach näherer Maßgabe der weiteren Bestimmungen des AEntG 1996/98 auch auf Arbeitsverhältnisse der aus dem Ausland entsandten Arbeitnehmer dieser Branche zu erstrecken, d.h. den Geltungsbereich derartiger Tarifverträge auch auf nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer auszuweiten. Für Leiharbeitnehmer, die von Entleihern mit Tätigkeiten beschäftigt waren, die in den Geltungsbereich eines derartigen Tarifvertrages fielen, war in § 1 Abs. 2 Buchstabe a AEntG 1996/98 bestimmt, dass ihnen der Verleiher zumindest das im Tarifvertrag oder der Rechtsverordnung beschriebene Mindestentgelt zu zahlen hatte. Eine Voraussetzung hierfür war allerdings nach § 1 Abs. 1 Satz 1 2. Halbsatz AEntG 1996/98, dass der Baubetrieb "überwiegend" Bauleistungen erbrachte. Dieses Regelungskonzept des AEntG hat bis heute Bestand. Durch spätere Gesetzesänderungen des AEentG 1996/98 und das Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (AEntG vom 20. April 2009 (BGBl. I S. 799) mit späteren Änderungen) ist der oben beschriebene Schutzschirm auf weitere allgemeine Arbeitsbedingungen, u.a. die Bedingungen für die Überlassung von Leiharbeitskräften, insbesondere durch Leiharbeitsunternehmen (§ 2 Nrn. 3-7 und Nr. 4 AEntG 2009) sowie weitere Branchen (§ 4 Nrn. 2-8 AentG 2009) erstreckt worden. Die fachliche Geltung der für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge oder der Vorschriften einer ihnen gleichgestellten ministeriellen Rechtsverordnung im Sinne von §§ 3 und 7 AEntG 2009 für die Arbeitsverhältnisse zwischen einem Arbeitgeber mit Sitz im Ausland und seinen im Inland beschäftigten Arbeitnehmern hängt seitdem weiterhin davon ab, dass der jeweilige "Betrieb oder die selbstständige Betriebsabteilung" die Dienstleistungen der jeweiligen Branche oder die in ihr üblicherweise anfallenden Arbeiten "überwiegend" erbringen. Demgegenüber fehlt es in § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG an einem derartigen normativen Anknüpfungspunkt, der einen entsprechenden Willen des Gesetzgebers hätte zum Ausdruck bringen können.

Gleiches gilt für den von der Gegenmeinung angenommenen Willen der Tarifvertragsparteien u.a. der TV Zeitarbeit BZA/DGB. Insbesondere dem MTV dieses Tarifwerks kann kein Anhaltspunkt entnommen werden, dass beide Tarifparteien die Absicht gehabt hätten, Mischbetriebe, deren Arbeitnehmer arbeitszeitlich nicht überwiegend im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung eingesetzt werden, im Falle ihrer Tarifbindung vom fachlichen Geltungsbereich der TV Zeitarbeit BZA/DGB auszunehmen. Dies folgt bereits daraus, dass der BZA die Klägerin, wie oben ausgeführt, bei einem entsprechenden Antrag als Mitglied mit Tarifbindung aufgenommen hätte. Hinzu kommt, dass bei der Auslegung von Tarifverträgen im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit der Wille der Tarifvertragsparteien nur dann berücksichtigt werden kann, wenn er in den tariflichen Normen unmittelbar einen Niederschlag gefunden hat. Die den Normen eines Tarifvertrags Unterworfenen müssen ohne weiteres erkennen können, welchen Regelungsgehalt die Normen haben. Zu dessen Ermittlung über den nicht zweifelhaften Wortlaut hinaus können sie nicht darauf verwiesen werden, sich Kenntnis über weitere Auslegungsmöglichkeiten zu verschaffen. Sie sind weder verpflichtet, Auskünfte ihrer Koalitionen einzuholen, noch etwaige Vorgängertarifverträge ausfindig zu machen (BAG, Urteil vom 21. März 2012 – 4 AZR 254/10, AP Nr. 229 zu § 1 TVG Auslegung und juris mit weiteren Nachweisen).

Soweit die Gegenmeinung mit der Überlegung begründet wird, die Vermutung der Richtigkeitsgewähr der für die Bedingungen der Leiharbeit vereinbarten Tarifnormen könne nicht greifen, wenn die betroffenen Arbeitnehmer überwiegend im Betrieb der Klägerin eingesetzt und nur zu einem eher geringen Teil ihrer Arbeitszeit ausgeliehen würden; ihnen werde damit ein eher branchenfremdes Tarifwerk übergestülpt, das zu den tatsächlichen betrieblichen Einsatzbedingungen nicht passe, vermag auch das nicht zu überzeugen. Eine solche Argumentation verkennt, dass das Gleichstellungsgebot des § 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 AÜG nur für die Zeit der Überlassung an einen

Entleiher gilt und deshalb die Arbeitsbedingungen der im Betrieb der Klägerin beschäftigten Arbeitnehmer nicht erfassen kann. Hieran müssen sich auch die Ausnahmeregelungen in den Sätzen 2 und 3 der Vorschrift orientieren. Dass ein für die besonderen Bedingungen der Zeitarbeitsbranche vereinbartes Tarifwerk zu den tatsächlichen betrieblichen Einsatzbedingungen im Betrieb der Klägerin nicht passt, beruht auf der insoweit durch die Bestimmungen des AÜG nicht eingeschränkten Vertragsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien, die Arbeitsbedingungen außerhalb der Arbeitnehmerüberlassung auch unter Anwendung an sich branchenfremder Tarifverträge zu gestalten. Auch aus dem Prinzip der Sachnähe lässt sich daher die Geltung des sog. Überwiegensprinzips nicht ableiten.

Dem in der früheren Rechtsprechung des BAG entwickelten und inzwischen von ihm aufgegebenen Grundsatz der Tarifeinheit (vgl. dazu nur BAG, Urteil vom 7. Juli 2010 – 4 AZR 549/08, NZA 2010, S. 1068 und juris mit umfangreichen Nachweisen) kommt vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen keine Bedeutung mehr zu. Nach diesem Grundsatz sollte in Fällen der Tarifkonkurrenz (beiderseitige Tarifbindung des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers an mehr als einen Tarifvertrag) oder der Tarifpluralität (Bindung des Arbeitgebers an mehr als einen Tarifvertrag, Bindung des Arbeitnehmers je nach Tarifgebundenheit an unterschiedliche Tarifverträge, an die auch der Arbeitgeber gebunden ist) nach dem Grundsatz der Spezialität der dem Betrieb räumlich, betrieblich, fachlich und persönlich am nächsten stehende und deshalb den Eigenarten und Erfordernissen des Betriebs und der darin tätigen Arbeitnehmer am besten Rechnung tragende Tarifvertrag den anderen Tarifvertrag verdrängen. Der Grundsatz der Tarifeinheit besage, dass in jedem Betrieb grundsätzlich für alle in diesem Betrieb begründeten Arbeitsverhältnisse nur ein Tarifvertrag anzuwenden sei.

Diese Rechtsprechung hat der 4. Senat des BAG nach vorheriger Zustimmung des 10. Senats des BAG (Beschluss vom 23. Juni 2010 – 10 AS 2/10, NZA 2010, S. 778) für die Fälle der Tarifpluralität mit folgender Begründung aufgegeben: Die Rechtsnormen eines Tarifvertrages, die den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen ordneten, gölten nach den §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG in den jeweiligen von seinem Geltungsbereich erfassten Arbeitsverhältnissen eines Betriebes unmittelbar und zwingend. Diese Bindung werde nicht dadurch verdrängt, dass für den Betrieb kraft Tarifgebundenheit des Arbeitgebers nach § 3 Abs. 1 TVG mehr als ein Tarifvertrag für Arbeitsverhältnisse derselben Art gelte, für die jeweiligen Arbeitsverhältnisse im Falle einer Tarifgebundenheit eines oder mehrerer ArbN allerdings jeweils nur ein Tarifvertrag. Eine durch unmittelbare Tarifgebundenheit eingetretene Tarifpluralität könne nicht nach dem Grundsatz der Tarifeinheit aufgelöst werden. Eine Verdrängung der nach § 4 Abs. 1 TVG in den jeweiligen Arbeitsverhältnissen geltenden tariflichen Normen sei weder aufgrund praktischer Schwierigkeiten noch wegen einer sonst erforderlichen Abgrenzung von Inhalts- und Betriebsnormen geboten. Die Voraussetzungen einer Rechtsfortbildung, die zur Verdrängung tariflicher Normen führe, seien nicht gegeben. Die Verdrängung eines Tarifvertrages sei auch mit dem Grundrecht der Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG nicht zu vereinbaren. Welcher Tarifvertrag in einem Betrieb der speziellere sei, könne deshalb dahinstehen (BAG, Urteil vom 7. Juli 2010 – 4 AZR 549/08, a.a.O.).

Für die hier vorzunehmende Auslegung des § 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 AÜG hat die Frage, ob eine Tarifkonkurrenz oder eine Tarifpluralität hinzunehmen oder nach dem Grundsatz der Tarifeinheit aufzulösen sei, keine Bedeutung. Denn für die bis heute tarifungebundene Klägerin stellt sich diese Frage ebenso wenig wie für jeden anderen tarifungebundenen Arbeitgeber, der von der ihm in § 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 AÜG eröffneten Möglichkeit Gebrauch machen will, arbeitsvertraglich mit den bei ihm beschäftigten Leiharbeitnehmern die Anwendung eines Zeitarbeitstarifwerks zu vereinbaren und dadurch dem Gleichstellungsgebot zu entgehen. Der Fall einer Tarifpluralität oder einer Tarifkonkurrenz, der der Auflösung durch eine tarifrechtliche Kollisionsregel bedarf, kann bei einem tarifungebundenen Arbeitgeber allein durch die bloße arbeitsvertragliche Bezugnahme auf einen oder mehrere Tarifverträge von vornherein nicht entstehen (vgl. BAG, Urteil vom 16. Mai 2012 – 4 AZR 290/10, AP Nr. 113 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag und juris). Es kann daher im vorliegenden Verfahren offenbleiben, wie eine tarifrechtliche Kollision im Falle einer Tarifpluralität oder Tarifkonkurrenz aufzulösen gewesen wäre. Hier dürfte nach der Rechtsprechung des BAG eine Tarifpluralität wohl hinzunehmen (Urteil vom 7. Juli 2010 – 4 AZR 549/08, a.a.O.) und eine Tarifkonkurrenz wohl nach wie vor nach dem Prinzip der Sachnähe oder Spezialität aufzulösen gewesen sein (vgl. BAG, Urteil vom 16. Mai 2012 – 4 AZR 290/10, a.a.O.). Soweit sich für die Zeit ab Inkrafttreten des Gesetzes zur Tarifeinheit (Tarifeinheitsgesetz) vom 3. Juli 2015 (BGBl. I S. 1130) am 10. Juli 2015 (Art. 3 Tarifeinheitsgesetz) durch dessen Bestimmungen, insbesondere die durch dieses Gesetz in das TVG eigefügte Kollisionsnorm des § 4a TVG, Änderungen ergeben sollten, konnte hierdurch die Rechtslage in dem hier streitigen Zeitraum von Mai 2010 bis Mai 2011 nicht beeinflusst werden; zudem bliebe abzuwarten, ob die Bestimmungen des Tarifeinheitsgesetzes verfassungsrechtlicher Prüfung standhalten.

Die hier vertretene Auffassung führt nicht dazu, dass die auch als Leiharbeitnehmer eingesetzten Arbeitnehmer der Klägerin durch Anwendung der TV Zeitarbeit BZA/DGB dessen Regelungen unbeschränkt unterworfen und deshalb insoweit schutzlos gewesen wären. Vielmehr ist seit jeher anerkannt, dass auch Tarifvertragsparteien keine tariflichen Regelungen vereinbaren dürfen, die gegen höherrangiges Recht verstoßen. Hierzu gehören insbesondere Verstöße gegen Grundrechte, gegen gesetzliche Verbote, gegen zwingende gesetzliche Mindestregelungen, gegen Unfallverhütungsvorschriften und anderes mehr (vgl. nur Pelzner/Kock in Thüsing, AÜG, a.a.O, Randnr. 90 zu § 3).

Soweit die Beklagte meint, dass das Tatbestandsmerkmal " im Geltungsbereich" eines Tarifvertrages in § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG ohne eine die Inbezugnahme von Zeitarbeitstarifverträgen einschränkende Bedeutung bliebe, wenn man der Auffassung der Klägerin folge, verkennt sie, dass die Vorschrift, wie bereits an anderer Stelle der vorliegenden Entscheidung ausgeführt worden ist, die Beteiligten nur von der Tarifbindung, nicht aber von den darüber hinausgehenden Anforderungen der Tarifwirksamkeit befreit und es deshalb nicht möglich ist, arbeitsvertraglich die Anwendung "fremder" Tarifverträge, z.B. Haustarifverträge anderer Arbeitgeber oder in einem anderen Tarifgebiet geltende oder aufgehobene Tarifverträge zu vereinbaren.

Der Hinweis auf die Entscheidungen des BAG vom 22. April 1987 (Az.: 4 AZR 496/86) und vom 16. Juni 2010 (Az.: 4 AZR 934/08) vermag die Auffassung der Beklagten, die Auflage zu 2 sei rechtmäßig erteilt worden, ebenfalls nicht zu stützen. Beiden Entscheidungen lagen allgemeinverbindliche Tarifverträge für das Baugewerbe zu Grunde, deren fachlicher bzw. betrieblicher Geltungsbereich, anders als der MTV Zeitarbeit BZA-BPA/DGB, ausdrücklich daran anknüpfte, dass die in ihnen definierten Bauleistungen überwiegend erbracht wurden und damit, anders als hier, einen normativen Anknüpfungspunkt für die Geltung des Überwiegensprinzips boten.

Ohne Erfolg macht die Beklagte in ihrer Berufungsbegründung weiter geltend, dass sich aus dem Urteil des BAG vom 22. März 2005 (Az.: 1 ABR 64/03), das sich mit dem Geltungsbereich von Tarifverträgen der TÜV-Tarifgemeinschaft befasst, keine Schlussfolgerungen für den hier zu beurteilenden Fall ableiten ließen. Wie ebenfalls bereits ausgeführt, teilt der Senat jedenfalls im Ergebnis die Auffassung der Beklagten, dass der fachliche Geltungsbereich des MTV Zeitarbeit BZA-BPA/DGB, anders als es in jener Entscheidung der Fall war, nicht ausschließlich

nach der potenziellen Mitgliedschaft der Klägerin richtete, sondern darüber hinaus branchenbezogen bestimmt war. Gleichwohl ergibt sich hieraus keine andere Beurteilung des vorliegenden Falles.

Auflage zu 2 auch nicht mit anderer Begründung rechtmäßig Die Auflage zu 2 kann auch nicht aus anderen als den von der Beklagten angeführten Gründen als rechtmäßig erteilte Auflage angesehen werden.

Allerdings könnten im streitigen Zeitraum sowohl die gesetzliche Ermächtigung des § 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 AÜG wegen unzureichender Umsetzung der Vorgaben der EG-Richtlinie 2008/104, die tariflichen Bestimmungen der TV Zeitarbeit BZA/DGB wegen fehlender Tarifzuständigkeit aller oder einzelner tarifschließender DGB-Gewerkschaften als auch einzelne Klauseln in den Arbeitsverträgen der Leiharbeitnehmer der Klägerin, mit denen die Anwendung der TV Zeitarbeit BZA/DGB auf deren Arbeitsverhältnisse vereinbart war, wegen fehlender Klarheit und Bestimmtheit (Transparenz) unwirksam gewesen sein.

Es ist bis heute umstritten, ob die Ermächtigung des § 3 Abs. 1 Nr. 3 Sätze 2 und 3 AÜG mit dem Gesamtschutz der Leiharbeitnehmer im Sinne von Nrn. 16 und 17 der Erwägungsgründe sowie des Art. 5 Abs. 4 der EG-Richtlinie 2008/104 vereinbar ist (dagegen Fuchs, NZA 2009, S. 57, der allerdings die durch das Erste AÜG-Änderungsgesetz vom 28. April 2011 vorgenommenen und spätere Rechtsänderungen noch nicht berücksichtigen konnte; Rödl/Ulber, NZA 2012, S. 841; Wank, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 14. Auflage 2014, Randnr. 23a zu § 3 AÜG; dafür unter Hinweis auf die mit dem genannten Gesetz vorgenommenen Rechtsänderungen und Nr. 19 der Erwägungsgründe Pelzner/Kock in Thüsing, AÜG, 3. Auflage 2012, Randnr. 92 zu § 3 und Mengel, a.a.O., Randnr. 36 zu § 9; Lembke in Boemke/Lembke, AÜG, 3. Auflage 2013, Randnr. 192 – 195 zu § 9). Käme es auf die Stichhaltigkeit dieser Bedenken an, wäre in Erwägung zu ziehen, an den EuGH ein entsprechend abgefasstes Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 Satz 2 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) zu richten.

Der Einbeziehung der tariflichen Regelungen der TV Zeitarbeit BZA/DGB in die Arbeitsverträge der Leiharbeitnehmer der Klägerin könnte außerdem entgegengestanden haben, dass diese Tarifnormen wegen fehlender Tarifzuständigkeit der tarifschließenden DGB-Gewerkschaften oder einzelner, der DGB-Tarifgemeinschaft Zeitarbeit angehörender Gewerkschaften unwirksam waren. Unter dem Begriff der Tarifzuständigkeit ist die Fähigkeit eines an sich tariffähigen Verbandes zu verstehen, Tarifverträge mit einem bestimmten Geltungsbereich innerhalb des von ihm in seiner Verbandssatzung festgelegten Organisationsbereichs abzuschließen. Hätte es in der hier streitigen Zeit an der Tarifzuständigkeit aller oder einzelner tarifschließender DGB-Gewerkschaften gefehlt, hätte sich die Klägerin schon aus diesem Grunde nicht im Sinne von § 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 AÜG "im Geltungsbereich" dieses Tarifwerks befinden können, weil die Tarifzuständigkeit beider Tarifparteien sowohl die Grundlage als auch die Grenze des Geltungsbereichs eines Tarifvertrages markiert (vgl. dazu nur Lembke in Boemke/Lembke, AÜG, 3. Auflage 2013, Randnrn. 341, 348 f. zu § 9). Es ist durchaus zweifelhaft, ob die Satzungen der tarifschließenden DGB-Gewerkschaften tatsächlich in jedem Fall eine ausreichende Grundlage für die in den TV Zeitarbeit BZA/DGB enthaltenen Regelungen der Arbeitsbedingungen der Leiharbeitnehmer in den Zeiten der Arbeitnehmerüberlassung und in den verleihfreien Zeiten enthalten haben. Denn teilweise fehlten in den betreffenden Satzungen der Einzelgewerkschaften spezifische Regelungen zur Tarifzuständigkeit für Leiharbeitnehmer ganz, und teilweise bezogen sie sich nur auf Leiharbeitnehmer, die in den Organisationsbereich der jeweiligen Gewerkschaft überlassen wurden (vgl. dazu die Nachweise bei Lembke in Boemke/Lembke, a.a.O., Randnrn. 362 bis 374 zu § 9).

Schließlich ist fraglich, ob die in den von der Klägerin im Jahre 2010 verwendeten Arbeitsvertragsmustern getroffenen Vereinbarungen zu einzelnen Vergütungsbestandteilen einer Inhaltskontrolle nach den §§ 305 - 309 BGB standgehalten hätten. Zweifel hieran ergeben sich zunächst daraus, dass die Formulierungen in §§ 5, 6, 8 und 15 der Arbeitsvertragsmuster 2010 den Anschein erweckt haben dürften, als wären die tariflichen Vergütungsregelungen der TV Zeitarbeit BZA/DGB vollständig und zutreffend eingearbeitet, was aber tatsächlich nur durch den Generalverweis in § 22 der Arbeitsvertragsmuster 2010 angenommen werden kann und teilweise auch nicht der Fall war. Hieraus könnte sich ergeben, dass die genannten Regelungen als intransparent und deshalb wegen unangemessener Benachteiligung der von ihnen betroffenen Leiharbeitnehmer als unwirksam im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB anzusehen waren. Zwar entsprechen arbeitsvertragliche Bezugnahmen auf tarifliche Regelwerke, insbesondere wenn sie, wie hier, dynamisch ausgestaltet sind, einer im Arbeitsrecht gebräuchlichen Regelungstechnik und dienen den Interessen beider Parteien eines auf die Zukunft gerichteten Arbeitsverhältnisses. Ihre Regelungen sind daher grundsätzlich als hinreichend bestimmbar anzusehen und führen deshalb für sich genommen noch nicht zur Intransparenz. Anders liegt es aber, wenn wegen Unklarheiten von Bezugnahmeklauseln die Gefahr besteht, dass Arbeitnehmer ihre Rechte nicht wahrnehmen; gerade dies will das Bestimmtheitsgebot verhindern (vgl. BAG, Urteil vom 13. März 2013 – 5 AZR 954/11, NZA 2013, S. 680 und juris). So könnte es sich vorliegend verhalten haben. Die genannten Vergütungsvorschriften bargen zunächst die Gefahr in sich, dass die in der Leiharbeit eingesetzten Arbeitnehmer der Klägerin ihre Vergütungsansprüche als abschließend im Arbeitsvertrag geregelt ansahen und sie deshalb nicht vollständig geltend machen konnten, weil sie hierzu erst durch ein genaueres Studium der tariflichen Regelungen einschließlich der jeweiligen Änderungstarifverträge in der Lage gewesen wären. Erst aus ihnen ergab sich etwa ein möglicher Anspruch auf einen einsatzbezogenen Zuschlag nach § 4 des ETV Zeitarbeit BZA/DGB in der Fassung des am 1. Juli 2006 in Kraft getretenen Änderungstarifvertrags vom 30. Mai 2006, der in den Arbeitsvertragsmustern 2010 keine Erwähnung gefunden hat. Die Formulierung in § 15 der Arbeitsvertragsmuster 2010 ist zudem nicht der am 1. Januar 2005 in Kraft getretenen Fassung des § 14 Abs. 4 MTV BZA/BPA/DGB in der Fassung des Änderungstarifvertrages vom 22. Dezember 2004 angepasst worden. Darüber hinaus könnten weitere Unstimmigkeiten bestanden haben. Außerdem könnten die Klauseln, die auf die TV Zeitarbeit BZA/DGB Bezug nahmen, in Ermangelung einer Kollisionsregelung intransparent gewesen ein, aus der sich ergeben musste, welche von mehreren tariflichen Regelungen eines sog. mehrgliedrigen Tarifvertrages (zur Definition dieses Begriffs s. BAG, Urteil vom 8. November 2006 – 4 AZR 590/05, NZA 2007, S. 576 und juris) bei sich widersprechenden Regelungen eines dieser Tarifverträge den Vorrang haben sollten. Auch hier könnte wegen Unklarheiten der Bezugnahmeklauseln die mit dem Bestimmtheitsgebot unvereinbare Gefahr bestanden haben, dass Arbeitnehmer ihre Rechte nicht wahrnehmen (kritisch zur Frage der Mehrgliedrigkeit des Tarifwerks Zeitarbeit BZA/BPA/DGB Lembke und weitere Autoren, NZA 2013, S. 948; Bissels, BB 2013, S. 1659; Bayreuther, DB 2014, S. 717).

Indessen kommt es für die Beurteilung des vorliegenden Streitfalls nicht auf die Beantwortung der aufgeworfenen Fragen an. Je nachdem, wie sie zu beantworten wären, hätten sich zwar bestimmte Auswirkungen auf die Arbeitsverhältnisse der als Leiharbeiter eingesetzten Mitarbeiter der Klägerin ergeben können, die hier nicht genauer beschrieben werden müssen. Dies vorausgesetzt, hätten aber sowohl die Formulierung als auch die Begründung einer hierzu passenden Auflage nach vorheriger Anhörung der Klägerin diese Auswirkungen beschreiben und ihr auf diese bezogen und nach entsprechender Ermessensausübung ein bestimmtes anderes Tun oder Unterlassen vorschreiben müssen als das mit der Auflage zu 2 beschriebene. Entweder hätte die Klägerin zur rechtskonformen Anpassung ihrer mit den

Leiharbeitnehmern abgeschlossenen bzw. abzuschließenden Arbeitsverträge verpflichtet werden müssen, oder ihr hätte die einzelvertragliche Inbezugnahme der TV Zeitarbeit BZA/DGB überhaupt nicht gestattet und insbesondere nicht auf besonderen Antrag und unter den in Abs. 2 der Auflage zu 2 genannten Voraussetzungen erlaubt werden dürfen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

Der Senat hat die Revision gegen seine Entscheidung wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache (§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG) zugelassen. Die Rechtsfrage, ob Mischbetriebe wie derjenige der Klägerin gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 AÜG befugt sind, mit ihren überwiegend im eigenen Betrieb, bei Bedarf aber auch in der Leiharbeit eingesetzten Arbeitnehmern die Anwendung der tariflichen Regeln von Zeitarbeitstarifverträgen zu vereinbaren, bedarf höchstrichterlicher Klärung, die durch ein Revisionsverfahren beim BSG erreicht werden kann.
Rechtskraft
Aus
Login
HAM
Saved
2015-11-16