

## B 11 AL 6/15 R

Land  
Bundesrepublik Deutschland  
Sozialgericht  
Bundessozialgericht  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung

4  
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  
B 11 AL 6/15 R  
Datum  
12.10.2016  
Kategorie  
Urteil  
Leitsätze

Die Bundesagentur für Arbeit darf einem Mischunternehmen ohne überwiegende Arbeitnehmerüberlassung die Möglichkeit der arbeitsvertraglichen Bezugnahme auf Tarifverträge der Zeitarbeit nicht in einer Auflage untersagen.

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landessozialgerichts Hamburg vom 23. September 2015 wird zurückgewiesen. Die Beklagte trägt die Kosten des Revisionsverfahrens. Der Streitwert wird endgültig auf 5000 Euro festgesetzt.

Gründe:

I

1

Im Streit steht die Rechtswidrigkeit einer nachträglich erteilten und auf die Zeit vom 7.6.2010 bis 26.5.2011 befristeten Auflage zur Erlaubnis der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung.

2

Die Klägerin ist eine nicht tarifgebundene GmbH, deren Unternehmensgegenstand auch die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung umfasst. Sie betreibt eine Eventagentur im Bereich der Planung, Organisation und Durchführung von Veranstaltungen, eine Vermittlung von Künstlern und Hostessen, Catering, Gebäudemanagement sowie einen Wach- und Sicherheitservice. Seit dem 27.5.2003 ist sie im Besitz einer Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung (Bescheid der Beklagten vom 19.5.2003), die jeweils befristet für ein Jahr verlängert wurde. Die Arbeitnehmerüberlassung betrieb die Klägerin im streitigen Zeitraum in geringem zeitlichen und zahlenmäßigen Umfang mit der temporären Überlassung von in ihrem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern. Eine organisatorisch eigenständige Betriebseinheit oder -abteilung zur Durchführung der Arbeitnehmerüberlassung bestand nicht.

3

Das von der Klägerin verwendete Arbeitsvertragsmuster sieht in dessen § 22 die Anwendung der Tarifverträge der Zeitarbeitsbranche in ihrer jeweils gültigen Fassung vor, soweit im Arbeitsvertrag nichts anderes vereinbart ist. Die in Bezug genommenen Tarifverträge waren der Manteltarifvertrag Zeitarbeit, der Entgelttarifvertrag Zeitarbeit, der Entgelttarifvertrag Zeitarbeit der Tarifgemeinschaft der Mitgliedsgewerkschaften des DGB (IG BCE, NCG, IG Metall, GEW, ver.di, IG Bau, TRANSNET und GdP) und dem BZA (Bundesverband Zeitarbeit Personal-Dienstleistungen e.V.; im Folgenden als MTV Zeitarbeit BZA/DGB; ERTV Zeitarbeit BZA/DGB und ETV Zeitarbeit BZA/DGB bezeichnet).

4

§ 1 MTV Zeitarbeit BZA/DGB, auf den ERTV Zeitarbeit BZA/DGB und ETV Zeitarbeit BZA/DGB für deren Geltungsbereich verweisen (jeweils idF vom 22.7.2003, geändert durch Änderungstarifverträge vom 22.12.2004, 30.5.2006 und 9.3.2010 mit Wirkung vom 1.7.2010) bestimmt seinen Geltungsbereich wie folgt:

5

"Dieser Tarifvertrag gilt § 1.1 räumlich: für die Bundesrepublik Deutschland; § 1.2 fachlich: für die tarifgebundenen Mitgliedsunternehmen des Bundesverbandes Zeitarbeit Personal-Dienstleistungen e.V. (einschließlich ihrer Hilfs- und Nebenbetriebe). § 1.3 persönlich: für die Arbeitnehmer (Mitarbeiter), die von dem Zeitarbeitsunternehmen (Arbeitgeber) einem Entleiher (Kundenbetrieb) im Rahmen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) überlassen werden und Mitglieder einer der vertragsschließenden Gewerkschaften sind. Einzelvertraglich können von den Regelungen dieses Tarifvertrages abweichende Vereinbarungen getroffen werden mit Mitarbeitern, die außertariflich beschäftigt sind, wenn ihr Jahresverdienst den tariflichen Jahresverdienst der höchsten tariflichen Entgeltgruppe übersteigt."

6

Auf Antrag verlängerte die Beklagte die bis zum 26.5.2010 befristete Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung bis 26.5.2011 (Bescheid vom 10.5.2010). Nachträglich erließ sie dazu Auflagen, die sie bis 26.5.2011 befristete (Auflagenbescheid 7.6.2010). Die maßgebliche Auflage 2 lautete:

7

"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 zB dadurch erbracht werden, dass die Gründung einer eigenen Betriebsabteilung für Mitarbeiter, die arbeitszeitlich überwiegend verliehen werden sollen, nachgewiesen wird."

8

Zur Begründung führte die Beklagte aus, die Klägerin befinde sich nicht im Geltungsbereich eines Tarifvertrages der Zeitarbeitsbranche, da sie neben den 96 Beschäftigten keine Leiharbeitnehmer beschäftige und seit der letzten Antragstellung lediglich eine Leiharbeitnehmerin verliehen habe. Bei solchen Mischbetrieben gelte das Überwiegensprinzip, wonach es für die anwendbaren Tarifregelungen auf die arbeitszeitlich überwiegende Tätigkeit im Betrieb ankomme. Im Betrieb der Klägerin überwögen andere Tätigkeiten die Arbeitnehmerüberlassung deutlich. Die Beklagte sehe sich gehalten, durch die Auflage dafür Sorge zu tragen, dass keine Verhältnisse einträten, die einen Widerruf der Erlaubnis erforderlich machten. In der Folgezeit hat die Beklagte die Erlaubnis weiter verlängert (zB Bescheid vom 10.5.2011) und dies wiederum jeweils mit einer entsprechenden Auflage verbunden. Der Widerspruch der Klägerin blieb ohne Erfolg (Widerspruchsbescheid vom 13.12.2010).

9

Die Klägerin hat Klage vor dem SG erhoben, wo sie zuletzt noch die Aufhebung der Auflage 2 sowie Feststellung der Rechtswidrigkeit einer weiteren Auflage beantragt hat. Das SG hat die Rechtswidrigkeit der Auflage 2 festgestellt. Der Geltungsbereich der Tarifverträge Zeitarbeit BZA/DGB knüpfe allein an die (mögliche) Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband an. Für das von der Beklagten geforderte Überwiegen der Arbeitnehmerüberlassung im Unternehmen der Klägerin sei kein Raum (Urteil vom 15.10.2013).

10

Die Berufung der Beklagten, die sich zuletzt nur noch gegen die Aufhebung der Auflage 2 gerichtet hat, ist ohne Erfolg geblieben (Urteil des LSG vom 23.9.2015). Die Klägerin unterfalle dem Geltungsbereich der in Bezug genommenen Tarifverträge, weil der BZA die Zulässigkeit einer Mitgliedschaft der Klägerin bestätigt habe und dessen Satzung dem nicht entgegenstehe; es bestehe auch die für die Tarifgeltung vorausgesetzte Branchenzugehörigkeit. Weder Sinn und Zweck noch der Gesetzeshistorie des AÜG, das mehr Flexibilität bei der Arbeitnehmerüberlassung bezwecke, sei der Ausschluss von Mischbetrieben mit nicht überwiegender Arbeitnehmerüberlassung zu entnehmen. Im Umkehrschluss zum AEntG, das ausdrücklich auf ein "Überwiegen" abstelle, sei eine Geltung für Mischbetriebe im AÜG nicht ausgeschlossen. Die Richtigkeitsgewähr von Tarifverträgen verlange nicht die Anwendung des Überwiegensprinzips, ebenso wenig wie der Grundsatz der Tarifeinheit. Ein Wille der Tarifvertragsparteien zur Anwendung des Überwiegensprinzips habe auch keinen Niederschlag in den Tarifverträgen gefunden.

11

Mit ihrer Revision hält die Beklagte an ihrer Ansicht fest, dass Mischbetriebe ohne ein Überwiegen der Arbeitnehmerüberlassung nicht in den Geltungsbereich eines Tarifvertrages im Sinne des AÜG fielen. Das Überwiegensprinzip, das auch im AEntG Anwendung finde, schütze vor der Anwendung von Tarifverträgen, die nicht der Eigenart und den besonderen Bedürfnissen des Betriebs entsprechen. Zweck des AÜG sei neben einer Flexibilisierung für die Arbeitgeber gerade auch der Schutz der Leiharbeitnehmer.

12

Die Beklagte beantragt, die Urteile des Landessozialgerichts Hamburg vom 23. September 2015 und des Sozialgerichts Hamburg vom 15. Oktober 2013 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

13

Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

14

Die Klägerin rügt, die Revisionsbegründung genüge schon nicht den gesetzlichen Anforderungen. In der Sache macht sie geltend, zur Auslegung des Begriffs "Geltungsbereich" in [§ 3 AÜG](#) könne nicht auf das TVG zurückgegriffen werden. Die Möglichkeit, auf einen Tarifvertrag Bezug zu nehmen, könne nicht auf die Tarifvertragsparteien begrenzt werden, weil dies gegen die Koalitionsfreiheit verstieße.

15

Das LSG hat die aufschiebende Wirkung der Klage gegen die streitige Auflage 2 bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens angeordnet und der Klägerin aufgegeben, die überlassenen Arbeitnehmer schriftlich auf den anhängigen Rechtsstreit und auf möglicherweise gegen die Klägerin bestehende arbeitsrechtliche Ansprüche hinzuweisen (Beschluss vom 18.5.2011).

II

16

Die zulässige Revision der Beklagten ist unbegründet ([§ 170 Abs 1 S 1 SGG](#)). Das Berufungsurteil beruht nicht auf einer Verletzung von Bundesrecht ([§ 162 SGG](#)). Das LSG hat zu Recht festgestellt, dass die angefochtene Auflage rechtswidrig gewesen ist.

17

Gegenstand des Revisionsverfahrens ist das Berufungsurteil des LSG vom 23.9.2015, das das Urteil des SG bestätigt und damit die Rechtswidrigkeit der Auflage 2 im Bescheid vom 7.6.2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 13.12.2010 festgestellt hat.

18

1. Die Revision der Beklagten, die form- und fristgemäß eingelegt und begründet worden ist, ist zulässig ([§ 160 Abs 1](#), [§ 164 Abs 1](#), [Abs 2 SGG](#)).

19

Die Revisionsbegründung muss zumindest kurz auf die Gründe der Vorinstanz eingehen sowie erkennen lassen, inwieweit eine andere Auslegung der angewandten Rechtsvorschriften vertreten wird. Es bedarf der Darlegung, in welchen Punkten und aus welchen Gründen die angefochtene Entscheidung angegriffen wird (vgl. BSG vom 23.7.2015 - [B 5 R 32/14 R](#) - juris).

20

Entgegen der Ansicht der Klägerin wahrt die Revisionsbegründung die gesetzlichen Anforderungen des [§ 164 Abs 2 S 3 SGG](#). Ihr Vorwurf, die Beklagte setze sich nicht mit der Entscheidung des LSG auseinander, trifft nicht zu. Die Revisionsbegründung hat sich mit den Gründen des angefochtenen Urteils auseinandergesetzt. Sie nimmt Bezug auf die wesentlichen Ausführungen des LSG und tritt dessen Rechtsansicht entgegen, der Geltungsbereich der fraglichen Tarifverträge sei für die Klägerin als Mischbetrieb eröffnet, weil das LSG das Überwiegensprinzip als allgemeine Auslegungsregel nicht beachtet habe.

21

2. Die Revision der Beklagten ist jedoch unbegründet, denn das LSG hat zu Recht festgestellt, dass die noch umstrittene Auflage rechtswidrig gewesen ist.

22

a) Die Klägerin kann ihr Begehren mit der statthaften Fortsetzungsfeststellungsklage verfolgen ([§ 131 Abs 1 S 3 SGG](#)). Durch Befristung sowohl der Auflage als auch der Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung hat sich die Auflage am 27.5.2011, also nach Klageerhebung, erledigt ([§ 43 Abs 2](#), [§ 36 Abs 2 Nr 1 VwVfG](#)). Seitdem ist nicht mehr die Anfechtungs-, sondern die Fortsetzungsfeststellungsklage statthaft.

23

Die Klägerin hat auch ein berechtigtes Interesse an der Feststellung, dass die Auflage rechtswidrig gewesen ist, dh ein durch die Sachlage vernünftigerweise gerechtfertigtes Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Natur (zu den Anforderungen: Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 11. Aufl 2014, § 131 RdNr 10a mwN), denn es besteht konkrete Wiederholungsgefahr. Eine solche ist gegeben, wenn die nicht entfernt liegende Möglichkeit eines wiederholten Auftretens der Rechtsfrage zwischen den Beteiligten besteht, etwa, wenn sich konkret abzeichnet, dass unter im Wesentlichen unveränderten tatsächlichen oder rechtlichen Umständen ein gleichartiges Leistungsbegehren wieder auftreten kann (BSG vom 25.10.2012 - [B 9 SB 1/12 R](#) - SozR 4-3250 § 145 Nr 4 RdNr 22; Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 11. Aufl 2014, § 131 RdNr 10b mwN). Die Gefahr der wiederholten Auflagenerteilung ist vorliegend schon im Hinblick auf die in späteren Zeiträumen erfolgte erneute Auflagenerteilung gegeben.

24

b) Die Auflage ist rechtswidrig gewesen, denn die Voraussetzungen für deren Erteilung ([§ 2 Abs 2 AÜG](#) iVm [§ 3 Abs 1 Nr 3 S 3 AÜG](#)) haben nicht vorgelegen.

25

Gemäß [§ 1 Abs 1 S 1 AÜG](#) (idF des Art 63 Nr 3 Buchst a des Gesetzes vom 24.3.1997, [BGBl I 594](#) mWv 1.4.1997) bedürfen Arbeitgeber, die

als Verleiher Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeiter) gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen wollen, der Erlaubnis, die auf ein Jahr zu befristen ist ([§ 2 Abs 4 S 1 AÜG](#)). Die Erlaubnis kann - auch nachträglich - mit Auflagen verbunden werden, um sicherzustellen, dass keine Tatsachen eintreten, die nach [§ 3 AÜG](#) die Versagung der Erlaubnis rechtfertigen ([§ 2 Abs 2 S 1, 2 AÜG](#)). Gemäß [§ 3 Abs 1 Nr 3 AÜG](#) (idF des Art 6 Nr 3 Buchst a des Ersten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23.12.2002 [BGBl I 4607](#) mWv 1.1.2003) ist die Erlaubnis oder ihre Verlängerung zu versagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller dem Leiharbeiter 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 ( ). Ein Tarifvertrag kann abweichende Regelungen zulassen. Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen vereinbaren. [§ 9 Nr 2 AÜG](#) aF regelt ergänzend die zivilrechtliche Unwirksamkeit der dem Gleichstellungsgebot widersprechenden Vereinbarungen.

26

Zwar bedurfte die Klägerin einer Erlaubnis zur gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des AÜG durch die Beklagte ([§ 17 AÜG](#)), jedoch ist die erteilte Auflage nicht notwendig gewesen, um sicherzustellen, dass keine Tatsachen eintreten, die eine Versagung oder den Widerruf der Erlaubnis rechtfertigen. Durch die in ihren Musterarbeitsverträgen vorgesehene Bezugnahme auf die Tarifverträge Zeitarbeit BZA/DGB hat die Klägerin den Versagungsgrund nach [§ 3 Abs 1 Nr 3 S 1 AÜG](#) nicht verwirklicht.

27

aa) Die Klägerin ist als Mischunternehmen ohne überwiegende Arbeitnehmerüberlassung von der Möglichkeit der arbeitsvertraglichen Bezugnahme auf Tarifverträge gemäß [§ 3 Abs 1 Nr 3 S 3 AÜG](#) nicht ausgeschlossen.

28

Entgegen der Auffassung der Beklagten setzt [§ 3 Abs 1 Nr 3 S 3 AÜG](#) für die Bezugnahme auf einen Tarifvertrag der Zeitarbeit zur Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz kein Überwiegen der Arbeitnehmerüberlassung in einem Unternehmen voraus. Auch Mischunternehmen ohne überwiegende Arbeitnehmerüberlassung ist eine Bezugnahme auf Tarifverträge der Zeitarbeit nicht verwehrt. Vielmehr können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer "im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages" die Anwendung der tariflichen Regelungen vereinbaren. Dies folgt aus einer an Wortlaut, Sinn und Zweck, der Entstehungsgeschichte und systematischen Erwägungen orientierten Auslegung des [§ 3 Abs 1 Nr 3 S 3 AÜG](#).

29

Gegen die Annahme, dass im Rahmen des [§ 3 Abs 1 Nr 3 S 3 AÜG](#) das Überwiegensprinzip gilt, spricht zunächst der Wortlaut der Norm, der eine solche Voraussetzung - anders als [§ 6 AEntG](#) - nicht enthält. Dafür, dass es für die Bezugnahme (allein) auf den Geltungsbereich des in Bezug genommenen Tarifvertrages ankommt, spricht die in [§ 3 Abs 1 Nr 3 S 3 AÜG](#) gewählte Formulierung "im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages". Die Regelung verweist damit auf [§ 3 Abs 1 Nr 3 S 2 AÜG](#), wonach ein Tarifvertrag abweichende Regelungen zulassen kann. Weil die Wirkung solcher abweichender tariflicher Regelungen nach [§ 4 Abs 1 S 1 TVG](#) für die Tarifgebundenen das Unterfallen unter den Geltungsbereich des Tarifvertrages voraussetzt, den die Tarifvertragsparteien selbst festlegen, dh dem fachlichen, räumlichen und zeitlichen Geltungsbereich des jeweiligen Tarifvertrages, gilt Gleiches für die arbeitsvertragliche Übernahme eines Tarifvertrages nach [§ 3 Abs 1 Nr 3 S 3 AÜG](#) (vgl Schüren in Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl 2010, § 9 RdNr 151; Lembke in Boemke/Lembke, AÜG, 3. Aufl 2013, § 9 RdNr 416 mwN).

30

Dies wird durch eine an Sinn und Zweck und der Gesetzeshistorie orientierten Auslegung der Vorschrift bestätigt. Das AÜG macht für die nicht tarifgebundenen Mischunternehmen die Bezugnahme auf einen Tarifvertrag nicht zusätzlich von einem Überwiegen der Arbeitnehmerüberlassung abhängig, sondern stellt auf den Geltungsbereich des in Bezug genommenen Tarifvertrages ab. Weder der Zweck der Tariföffnungs- und Bezugnahme Klausel noch der Zweck eines verbesserten Leiharbeitnehmerschutzes gebieten die Anwendung des Überwiegensprinzips für Mischunternehmen, die nicht tarifgebunden sind (ebenso Lembke/Distel, NZA 2006, 952, 955; aA Wank in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16. Aufl 2016, [§ 3 AÜG](#) RdNr 23b). Die auf Empfehlung des Vermittlungsausschusses eingefügte Bezugnahme Klausel soll gerade die Gleichstellung der nicht tarifgebundenen mit den tarifgebundenen Zeitarbeitsfirmen ermöglichen. Die einem Tarifvertrag zukommende Richtigkeitsgewähr rechtfertigt eine Abweichung vom gesetzlichen Gleichbehandlungsgebot für tarifgebundene wie für nicht tarifgebundene Unternehmen in gleicher Weise. Die Bezugnahme soll auch ermöglichen, die Arbeitsbedingungen flexibel zu gestalten und zu regeln ([BT-Drucks 15/25 S 38](#) zu [§ 3 Buchst a AÜG](#); zur Richtigkeitsgewähr der Tarifverträge vgl [BT-Drucks 17/4804, S 9](#) zu Nr 5; Thüsing in Thüsing/Braun, Tarifrecht, 2. Aufl 2016, Kap 1 RdNr 56 f; BAG vom 24.9.2008 - [6 AZR 76/07 - BAGE 128, 73](#) RdNr 49).

31

Entgegen der Revisionsbegründung der Beklagten kann in systematischer Hinsicht nicht das AEntG herangezogen werden, um eine Geltung eines Überwiegensprinzips im AÜG zu begründen. Anders als das AÜG knüpft das AEntG ausdrücklich an das Überwiegen der branchenbezogenen Tätigkeit in einem Betrieb oder selbständigen Betriebsteil an, um den gesamten Betrieb bzw Betriebsteil und nicht nur die Bereiche, in denen die überwiegende Tätigkeit erbracht wird, von einem Tarifvertrag zu erfassen ([§ 6 AEntG](#); vgl zur Geltung des Überwiegensprinzips nach Sinn und Zweck der MindestlohnVO: BAG vom 13.5.2015 - [10 AZR 495/14 - BAGE 151, 331](#) - juris RdNr 21; Sittard in Henssler/Moll/Bepler, Der Tarifvertrag, 2. Aufl 2016, Teil 7 RdNr 143; vgl zur Unterscheidung des Geltungsbereichs des AEntG vom fachlichen Geltungsbereich der Tarifverträge Löwisch/Rieble, TVG, 3. Aufl 2012, § 4 RdNr 184). Anders als das AEntG bezweckt das AÜG die Erstreckung auf den gesamten Betrieb gerade nicht. Das AÜG will bezogen auf einen Verleiher/Arbeitgeber nur den Bereich der Arbeitnehmerüberlassung regeln.

32

Auch andere gesetzliche Regelungen stellen für die Zulässigkeit von Bezugnahme- und Tariföffnungsklauseln auf einen in dem Tarifvertrag bestimmten sachlichen, räumlichen und persönlichen Geltungsbereich ab, ohne dass gesetzliche Bezugnahmeklauseln ein Überwiegen der branchenbezogenen Tätigkeit verlangen (§ 622 Abs 4 S 2 BGB; § 21a Abs 2 JArbSchG; § 4 Abs 4 EFZG; § 13 Abs 1 S 2 BUrlG; § 7 Abs 3 ArbZG; § 12 Abs 3, 13 Abs 4, 14 Abs 2 S 3 TzBfG; hierzu Weth in jurisPK BGB, 8. Aufl 2017, § 622 BGB RdNr 24; vgl zu § 4 EFZG Reinhard in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Aufl 2017, § 4 EFZG RdNr 28; vgl zu § 7 Abs 3 ArbZG Wank in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16. Aufl 2016 § 7 ArbZG, RdNr 19; Preis in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Aufl 2017, § 13 TzBfG RdNr 14; vgl allgemein zum tarifdispositiven Gesetzesrecht Thüsing in Thüsing/Braun, Tarifrecht, 2. Aufl 2016, Kap 1 RdNr 52 ff).

33

bb) Auch der Geltungsbereich der Tarifverträge Zeitarbeit BZA/DGB ist für die Klägerin eröffnet.

34

Dies ergibt sich aus einer Auslegung des Geltungsbereichs der Tarifverträge, mit dem Tarifvertragsparteien im Rahmen ihrer autonomen Zwecksetzung selbst festlegen, für welchen räumlichen, branchenmäßigen, zeitlichen und persönlichen Geltungsbereich die Tarifnormen gelten sollen, dh auf welche Betriebe bzw Unternehmen oder Arbeitnehmergruppe ein Tarifvertrag Anwendung finden soll (vgl Wißmann in Thüsing/Braun, Tarifrecht, 2. Aufl 2016, Kap 4 RdNr 171, 173; vgl zur uneinheitlichen terminologischen Bezeichnung Stamer in Henssler/Moll/Bepler, Der Tarifvertrag, 2. Aufl 2016, Teil 8 RdNr 7 ff). Die Auslegung des normativen Teils eines Tarifvertrages folgt nach ständiger Rechtsprechung des BAG den für die Auslegung von Gesetzen geltenden Regeln. Danach ist zunächst vom Wortlaut des Tarifvertrages auszugehen. Lässt sich ein zweifelsfreies Auslegungsergebnis nicht erzielen, können die Gerichte weitere Kriterien, wie die Entstehungsgeschichte des Tarifvertrages, ggf auch die praktische Tarifübung ergänzend heranziehen. Im Zweifel gebührt derjenigen Tarifauslegung der Vorzug, die zu einer vernünftigen, sachgerechten, zweckorientierten und praktisch brauchbaren Regelung führt (stRspr des BAG, vgl nur BAG vom 14.7.2015 - 3 AZR 903/13 - juris RdNr 17).

35

Der Anwendung des Tarifvertrages auf die Klägerin steht § 1.2 MTV Zeitarbeit BZA/DGB nicht entgegen. Zwar gilt der Tarifvertrag danach für die tarifgebundenen Mitgliedsunternehmen des BZA (einschließlich ihrer Hilfs- und Nebenbetriebe), während die Klägerin nicht dessen Mitglied ist. § 3 Abs 1 Nr 3 S 3 AÜG bewirkt insoweit die Überwindung sowohl einer fehlenden Tarifbindung als auch einer mitgliedschaftlichen Voraussetzung (vgl Löwisch/Rieble, TVG, 3. Aufl 2012, § 4 RdNr 244; Klebeck, Organisatorischer Geltungsbereich, SAE 2007, 271, 283; Mengel in Thüsing, AÜG, 3. Aufl 2012, § 9 RdNr 37; Wank in Wiedemann, TVG, 7. Aufl 2007, § 4 TVG RdNr 149a; zur Auslegung eines mitgliedschaftlich bestimmten Geltungsbereichs: BAG vom 21.1.2015 - 4 AZR 802/13 - juris RdNr 65; BAG vom 22.3.2005 - 1 ABR 64/03 - BAGE 114, 162, 172 ff - juris RdNr 51 ff; BAG vom 23.3.2005 - 4 AZR 203/04 - BAGE 114, 186, 191 - juris RdNr 20; zur Unwirksamkeit der Beschränkung des Geltungsbereichs auf Verbandsmitglieder: Ulber, AÜG, 4. Aufl 2011, § 9 RdNr 310; Schüren in Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl 2010, § 9 RdNr 152). Deshalb ist hier ausreichend, dass die Klägerin als Mischunternehmen, welches nicht überwiegend Arbeitnehmerüberlassung betreibt, Mitglied der BZA werden könnte.

36

Die Voraussetzungen des "persönlichen" Geltungsbereichs (§ 1.3 MTV Zeitarbeit BZA/DGB) sind vorliegend ebenfalls erfüllt. Danach gilt der Tarifvertrag "für die Arbeitnehmer (Mitarbeiter), die von dem Zeitarbeitsunternehmen (Arbeitgeber) einem Entleiher (Kundenbetrieb) im Rahmen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) überlassen werden und Mitglieder einer der vertragsschließenden Gewerkschaften sind".

37

Dem in § 1.3 MTV Zeitarbeit BZA/DGB verwendeten Begriff "Zeitarbeitsunternehmen" kann kein Anknüpfungspunkt für eine betriebliche Geltungsbereichsbestimmung entnommen werden. Gegen die Annahme eines betrieblichen Geltungsbereichs spricht schon, dass der Wortlaut des § 1.3 MTV Zeitarbeit BZA/DGB nicht ausdrücklich auf die Zeitarbeitsbranche abstellt, sondern an die Arbeitnehmerüberlassung anknüpft. Welcher fachlichen Ausrichtung ein Betrieb oder Unternehmen entsprechen muss, um unter den Geltungsbereich des Tarifvertrages zu fallen, bestimmen die Tarifvertragsparteien frei durch Anknüpfung etwa an den Betrieb oder selbständige Betriebsabteilung, Unternehmen etc, oder aber auch durch Anknüpfung nur an bestimmte Tätigkeiten in einem Unternehmen; in letzterem Fall sind dann auch Tätigkeiten in branchenfremden Unternehmen erfasst (Löwisch/Rieble, TVG, 3. Aufl 2012, § 4 RdNr 179). Überdies deutet das Abstellen auf die Mitgliedschaft im persönlichen und fachlichen Geltungsbereich darauf hin, dass zugleich auf anderweitige Beschränkungen des Geltungsbereichs verzichtet wird, um Schwierigkeiten bei Mischbetrieben und bei Herauswachsen eines Unternehmens aus einer Branche zu vermeiden (vgl Bissels/Khalil, BB 2013, 315, 318; Lembke/Distler, NZA 2006, 952, 955; Löwisch/Rieble, TVG, 3. Aufl 2012, § 4 RdNr 173, 238; Stamer in Henssler/Moll/Bepler, Der Tarifvertrag, 2. Aufl 2016, Teil 8 RdNr 50; zum Zweck des Kriteriums der Mitgliedschaft vgl auch BAG vom 22.3.2005 - 1 ABR 64/03 - BAGE 114, 162, 173 f - juris RdNr 54).

38

Dass die Tarifvertragsparteien das Überwiegensprinzip nicht vereinbart haben, ergibt sich auch aus dem tariflichen Gesamtzusammenhang. Denn mit der Verweisung in § 1.3 MTV Zeitarbeit BZA/DGB auf die Arbeitnehmerüberlassung "iRd AÜG" knüpft der Geltungsbereich des Tarifvertrages an die Arbeitnehmerüberlassungstatbestände des AÜG an. Dessen Tatbestand der Arbeitnehmerüberlassung und der Begriff des Verleihers verlangen aber gerade kein Überwiegen der Arbeitnehmerüberlassung im Unternehmen (ebenso Reineke/Beck in Dornbusch/Fischermeier/Löwisch, AR, 8. Aufl 2016, § 3 AÜG RdNr 34; Lembke in Boemke/Lembke, AÜG, 3. Aufl 2013, § 9 RdNr 422).

39

Auch aus dem Umstand, dass die DGB-Mitgliedsgewerkschaften Tarifvertragsparteien sind, kann ein Wille der Tarifvertragsparteien zur Geltung des Überwiegensprinzips für Mischunternehmen nicht entnommen werden (Sandmann/Marschall/Schneider, AÜG, Stand Oktober 2016, Art 1 § 3 RdNr 21v; Schüren in Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl 2010, § 9 RdNr 153; aA Ulber, AÜG, 4. Aufl 2011, § 9 RdNr 121, 310; Koch in Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 16. Aufl 2015, § 120 RdNr 57; Pelzner/Kock in Thüsing, AÜG, 3. Aufl 2012, § 3 RdNr 98, 105). Nur vor dem Hintergrund der Organisation nach dem Industrieverbandsprinzip hat das BAG für die im Rahmen der Tarifgeltung zu bestimmende Branchenzuordnung von Mischbetrieben auf das sog Überwiegensprinzip abgestellt (vgl BAG vom 17.1.1996 - [10 AZR 138/95](#) - juris RdNr 22; Löwisch/Rieble, TVG, 3. Aufl 2012, § 4 RdNr 204a; zum Überwiegensprinzip als Auslegungsgrundsatz und nicht als Rechtssatz Wißmann in Thüsing/Braun, Tarifrecht, 2. Aufl 2016, Kap 4 RdNr 189). Ob das Überwiegensprinzip als Auslegungsgrundsatz nach Aufgabe der Rechtsprechung zum Grundsatz der Tarifeinheit bei Tarifpluralität im Betrieb noch heranzuziehen ist, ist umstritten, kann hier jedoch dahinstehen (bejahend Stamer in Henssler/Moll/Bepler, Der Tarifvertrag, 2. Aufl 2016, Teil 8 RdNr 53; Boemke/Sachadae, BB 2011, 1973, 1975; LAG Baden-Württemberg vom 23.1.2013 - [4 Sa 58/12](#) - juris RdNr 83; ablehnend Popp in Böhm/Hennig/Popp, Zeitarbeit, 3. Aufl 2013, RdNr 1167; Bissels/Khalil, BB 2013, 315, 318; Sansone, Gleichstellung von Leiharbeitnehmern nach deutschem und Unionsrecht, 2011, 390, 391; Urban-Crell/Hurst in Urban-Crell/Germakowski/Bissels/Hurst, AÜG, 2. Aufl 2013, § 3 RdNr 140; Röller in Küttner, Personalbuch 2016, 23. Aufl, Equal Pay, RdNr 9; vgl zur Aufgabe des Prinzips der Tarifeinheit BAG vom 7.7.2010 - [4 AZR 549/08](#) - [BAGE 135, 80](#) sowie BAG vom 23.6.2010 - [10 AS 3/10](#)). Denn wenn einem Tarifvertrag das Industrieverbandsprinzip nicht zugrunde liegt, kann nicht angenommen werden, dass er auf den gesamten Betrieb Anwendung finden soll. Soll der Tarifvertrag lediglich für bestimmte Arbeitsverhältnisse gelten, ist für das Überwiegensprinzip kein Raum (Deinert in Däubler, TVG, 3. Aufl 2012, § 4 RdNr 282; Bissels/Khalil, BB 2013, 315, 318). So liegt der Fall hier.

40

Es ist nicht ersichtlich, dass den Tarifverträgen Zeitarbeit BZA/DGB das Industrieverbandsprinzip bzw das Prinzip "ein Betrieb - eine Gewerkschaft" zugrunde liegt. Vielmehr haben die DGB-Mitgliedsgewerkschaften als Tarifgemeinschaft die Tarifverträge "Zeitarbeit" geschlossen. Schon hieran wird deutlich, dass es sich nicht um Tarifverträge handelt, die nach Maßgabe des Industrieverbandsprinzips in einem Betrieb für alle Beschäftigten gelten sollen. Die Tarifvertragsparteien wollen in den Tarifverträgen nur die Leiharbeitsverhältnisse regeln, nicht dagegen die Arbeitsbedingungen der übrigen Stammebelegschaft des Verleihunternehmens (vgl § 1.3 des MTV Zeitarbeit BZA/DGB). Beanspruchen die Tarifverträge Zeitarbeit BZA/DGB aber keine Geltung für den gesamten Betrieb, kommt es auf den Hauptzweck des Unternehmens im Sinne des Überwiegensprinzips nicht an (ebenso Urban-Crell/Hurst in Urban-Crell/Germakowski/Bissels/Hurst, AÜG, 2. Aufl 2013, § 3 RdNr 140; Sansone, Gleichstellung von Leiharbeitnehmern nach deutschem und Unionsrecht, 2011, 389).

41

Gegen dieses Auslegungsergebnis kann auch nicht der von der Beklagten geltend gemachte Schutz der Leiharbeitnehmer und der Schutz vor Anwendung fremder Tarifverträge angeführt werden. Weder wird in Mischunternehmen mit nicht überwiegender Arbeitnehmerüberlassung der Schutz der Leiharbeitnehmer gegenüber Leiharbeitnehmern in Betrieben mit überwiegender Arbeitnehmerüberlassung reduziert noch greifen die weiteren in der Revisionsbegründung der Beklagten vorgebrachten Bedenken durch, dass die Leiharbeitnehmer vor Anwendung eines fremden Tarifvertrages, dem keine Richtigkeitsgewähr zukommt, geschützt werden müssten. Es handelt sich gerade nicht um einen "fremden" Tarifvertrag.

42

Nach alledem ist die Bezugnahme auf die Tarifverträge Zeitarbeit BZA/DGB in deren Geltungsbereich erfolgt und zulässig gewesen.

43

3. Da weder die Klägerin noch die Beklagte zu den in [§ 183 SGG](#) genannten Personen gehören, insbesondere die Klägerin als Adressat einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis und Auflage im Bereich des AÜG nicht Leistungsempfängerin ist, beruht die Kostenentscheidung auf [§ 197a Abs 1 SGG](#) iVm [§ 154 Abs 2 VwGO](#) analog.

44

Die Streitwertfestsetzung beruht auf [§ 197a Abs 1 SGG](#) iVm [§ 52 Abs 2 GKG](#).

Rechtskraft

Aus

Login

BRD

Saved

2017-05-12