

VI. Fazit

Das neue PräVG hat die Grundkoordinaten des auch bisher schon gepflegten Präventionsgeists im Rahmen des auf Arbeitsschutz ausgerichteten betrieblichen Gesundheitsmanagements nicht verschoben. Es wurden lediglich einige neue Akzente gesetzt. Der Präventionsgedanke erfasst nun auch typische Volkskrankheiten, nicht nur Spezial-effekte wie etwa Stress und Sucht. Institutionell ist es zu einer Vernetzung der bisherigen Träger und Betreiber des betrieblichen Gesundheitsmanagements mit den Krankenkassen gekommen. Wie sich Mitarbeiter nun auch stärker selbst einbringen können und sollen ist im Detail nicht völlig klar ersichtlich. Jedenfalls dürfte aber das Bewusstsein für erforderliche Gesundheitsprävention im Rahmen der Lebenswelt Arbeit, aber mit Wirkung für sämtliche Lebenswelten eines jeden Mitarbeiters, künftig deutlich stärker werden.

Prof. Dr. Kai Litschen, Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Kiel. Professor für Wirtschaftsprivatrecht mit dem Schwerpunkt Arbeitsrecht sowie Sozialrecht in Wolfenbüttel, Ostfalia – Hochschule für angewandte Wissenschaften, Fakultät Recht – Brunswick European Law School (BELS).



Dr. Michael Hippeli, LL.M., MBA (MDX), Studium der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften an den Universitäten Frankfurt am Main, Jena und Hagen sowie an der Middlesex University, London. Referent im Übernahmeferat der BaFin in Frankfurt. Dr. Hippeli ist zudem Lehrbeauftragter an zwei Hochschulen. Er legt ausschließlich seine persönlichen Auffassungen dar.



BAG: Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags bei Arbeitnehmerüberlassung ohne Genehmigung

BAG, Urteil vom 20.1.2016 – 7 AZR 535/13
ECLI:DE:BAG:2016:200116.U.7AZR535.13.0

Volltext des Urteils: **BB-ONLINE BBL2016-1588-3**
unter www.betriebs-berater.de

ORIENTIERUNGSSÄTZE

Der Arbeitsvertrag zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer ist nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam, wenn der Verleiher nicht über die nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG erforderliche Erlaubnis verfügt. Die Rechtsfolge der Unwirksamkeit tritt nicht schon aufgrund der Vereinbarungen der Beteiligten über eine beabsichtigte Überlassung des Arbeitnehmers an einen Entleiher, sondern erst dann ein, wenn der Arbeitnehmer einem Entleiher tatsächlich zur Arbeitsleistung überlassen wird.

AÜG § 1 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, § 9 Nr. 1, § 10 Abs. 1; GG Art. 12 Abs. 1

SACHVERHALT

Die Parteien streiten darüber, ob das Arbeitsverhältnis zwischen ihnen durch eine von der Beklagten ausgesprochene außerordentliche Kündigung mit Auslaufrfrist zum 31. Dezember 2011 beendet worden ist oder ob es bis zum 31. Dezember 2012 fortbestanden hat.

Die Klägerin arbeitete auf der Grundlage eines Arbeitsvertrags vom 8. Juli 2005 seit dem 16. Juli 2005 bei der Beklagten bzw. bei deren Rechtsvorgängerin, der B M C AG (BMC), als persönliche Sekretärin des ehemaligen Vorstandsvorsitzenden H. Sie erhielt zuletzt eine Monatsvergütung iHv. 5.705,90 Euro brutto.

Am 28. Oktober 2008 schlossen die Parteien folgende Ergänzungsvereinbarung zu dem Arbeitsvertrag vom 8. Juli 2005:

„Dieser Anstellungsvertrag ist bis zum 31. Dezember 2012 fest geschlossen und verlängert sich jeweils automatisch um ein Jahr, wenn er nicht 3 Monate vor Ablauf des jeweiligen Kalenderjahres gekündigt wird.“

Herr H war von Juli 2004 bis September 2006 Aufsichtsratsmitglied der Beklagten sowie von Oktober 2006 bis Mai 2009 deren Vorstandsvorsitzender und zugleich Geschäftsführer der M H GmbH. Die M H GmbH schloss mit der Beklagten am 1. August/7. September 2009 einen Dienstleistungsvertrag, der ua. folgende Regelungen enthält:

„Präambel

Frau B ist bei der BMC als kaufmännische Angestellte beschäftigt. Nachdem der bisherige Arbeitsbereich von Frau B entfallen ist und damit Verwaltungskapazitäten frei werden, erbringt die BMC zukünftig Büroservice und sonstige Dienstleistungen gegenüber der MH.

§ 1 Vertragsgegenstand/Leistungen

Die BMC erbringt gegenüber der MH Büroservice-, Sekretariats- und sonstige Dienstleistungen. Die Dienstleistungen werden ausschließlich durch Frau B erbracht. ...

§ 4 Vertragslaufzeit/Kündigung

Der Vertrag beginnt am 1. August 2009 und wird auf unbestimmte Zeit geschlossen. Er kann von beiden Seiten unter Einhaltung einer Frist von 1 Monat zum Monatsende gekündigt werden, erstmals zum 31.12.2009. Die Kündigung bedarf der Schriftform.“

Die Beklagte besaß keine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung. Zwischen der Beklagten und der M H GmbH gab es keinen Beherrschungsvertrag.

Ab 1. August 2009 erbrachte die Klägerin Sekretariatsarbeiten auf der Grundlage des Dienstleistungsvertrags vom 1. August/7. September 2009 für die M H GmbH. Vom Büro der Beklagten war ein Teil für die M H GmbH abgetrennt. Die Klägerin war Herrn H als Geschäftsführer der M H GmbH weisungsunterworfen. Die Beklagte stellte der M H GmbH, die keine weiteren Arbeitnehmer beschäftigte, für die Tätigkeit der Klägerin monatlich 6.646,59 Euro zuzüglich Mehrwertsteuer in Rechnung.

Mit E-Mail vom 23. November 2011 kündigte die M H GmbH den Dienstleistungsvertrag durch ihren Geschäftsführer H zum 31. Dezember 2011.

Auf die Bitte der Klägerin fand am 1. Dezember 2011 ein Gespräch zwischen ihr und den damaligen Vorstandsmitgliedern der Beklagten Z und Ho statt. Die Beklagte führte zum Zeitpunkt dieses Gesprächs eine gerichtliche Auseinandersetzung mit ihrem vormaligen Vorstandsvorsitzenden H. Ob die Klägerin in dem Gespräch Auskunft über Vorgänge betreffend Herrn H aus der Zeit seiner Tätigkeit für die Beklagte verweigerte, ist streitig. Auf diesen Vorwurf gestützt kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis jedenfalls mit Schreiben vom 12. Dezember 2011 außerordentlich mit einer sozialen Auslauffrist zum 31. Dezember 2011. Das Kündigungsschreiben ging der Klägerin am 13. Dezember 2011 zu. Durch Beschluss vom 15. August 2012 wies das Amtsgericht Stuttgart den Insolvenzantrag der M H GmbH mangels Masse ab.

Mit der am 21. Dezember 2011 beim Arbeitsgericht eingegangenen Kündigungsschutzklage hat die Klägerin die Auffassung vertreten, die außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses sei unwirksam. Sie sei nicht durch einen wichtigen Grund gerechtfertigt. Im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung habe mit der Beklagten noch ein Arbeitsverhältnis bestanden. Das mit ihr begründete Arbeitsverhältnis habe nicht mit dem 1. Dezember 2011 wegen einer fehlenden Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung geendet. Weder lägen die Voraussetzungen einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung vor noch habe sie einem Arbeitgeberwechsel von der Beklagten zu der M H GmbH zugestimmt.

Die Klägerin hat beantragt festzustellen, dass die von der Beklagten mit datiertem Schreiben vom 12. Dezember 2011 erklärte Kündigung des Arbeitsverhältnisses unwirksam ist und das Arbeitsverhältnis über den 31. Dezember 2011 hinaus zu unveränderten Bedingungen unverändert fortbesteht.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat zuletzt die Auffassung vertreten, dass die Kündigungsschutzklage schon deshalb keinen Erfolg haben könne, weil zwischen den Parteien zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung kein Arbeitsverhältnis mehr bestanden habe. Der ursprünglich mit ihr bestehende Arbeitsvertrag sei aufgrund der Überlassung der Klägerin an die M H GmbH nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam geworden, weil sie nicht über die nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG erforderliche Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung verfügt habe. Stattdessen gelte nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis mit der M H GmbH als zustande gekommen. Jedenfalls sei ein mit ihr – der Beklagten – bestehendes Arbeitsverhältnis wirksam zum 31. Dezember 2011 gekündigt worden. Die Klägerin habe durch ihre Verweigerungshaltung im Gespräch am 1. Dezember 2011 einen irreparablen Vertrauensverlust verursacht, indem sie Herrn H als potentiellen Prozessgegner geschützt habe.

Das Arbeitsgericht hat festgestellt, dass die außerordentliche Kündigung der Beklagten unwirksam sei, diese aber in eine ordentliche Kündigung zum 31. Dezember 2012 umzudeuten sei, die das Arbeitsverhältnis zum 31. Dezember 2012 beendet habe. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht das Urteil des Arbeitsgerichts abgeändert und die Klage insgesamt abgewiesen. Mit der Revision wendet sich die Klägerin gegen die Abweisung der Klage hinsichtlich der außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses zum 31. Dezember 2011. Die Beklagte begehrt die Zurückweisung der Revision.

AUS DEN GRÜNDEN

- 13 Die Revision der Klägerin ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung kann die noch anhängige Klage nicht abgewiesen werden.

A. Das Landesarbeitsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass der Erfolg der rechtzeitig nach § 4 Satz 1 KSchG erhobenen Kündigungsschutzklage ua. das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung am 13. Dezember 2011 voraussetzt.

Kündigungsschutzklage setzt Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt der Kündigung voraus

I. Streitgegenstand einer Kündigungsschutzklage nach § 4 Satz 1 KSchG ist, ob das Arbeitsverhältnis der Parteien aus Anlass einer bestimmten Kündigung zu dem von dem Arbeitgeber vorgesehenen Termin aufgelöst worden ist. Die begehrte Feststellung erfordert nach dem Wortlaut der gesetzlichen Bestimmung eine Entscheidung über das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses im Zeitpunkt der Kündigung. Mit der Rechtskraft des Urteils im Kündigungsschutzprozess steht fest, dass das Arbeitsverhältnis bis zu dem vorgesehenen Auflösungsstermin auch nicht durch mögliche andere Beendigungstatbestände aufgelöst worden ist. Die Rechtskraft schließt gemäß § 322 ZPO im Verhältnis der Parteien zueinander eine hiervon abweichende gerichtliche Feststellung in einem späteren Verfahren aus (BAG 26. März 2015 – 2 AZR 783/13 – Rn. 18 [BB 2015, 1595]; 18. Dezember 2014 – 2 AZR 163/14 – Rn. 22, BAGE 150, 234; 27. Januar 2011 – 2 AZR 826/09 – Rn. 13).

Bestand eines Arbeitsverhältnisses fraglich

II. Damit ist Gegenstand der noch anhängigen, gegen die Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund der außerordentlichen Kündigung zum 31. Dezember 2011 gerichteten Kündigungsschutzklage auch die Frage, ob im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung am 13. Dezember 2011 zwischen den Parteien noch ein Arbeitsverhältnis bestand. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses bis zum 31. Dezember 2012 nicht rechtskräftig durch das Urteil des Arbeitsgerichts festgestellt. Vielmehr hat die Beklagte gegen dieses Urteil Berufung eingelegt. Das Bestehen des Arbeitsverhältnisses zum Zeitpunkt der außerordentlichen Kündigung ist damit weiterhin Vorfrage für deren Wirksamkeit.

Feststellungen reichen nicht für Senatsentscheidung

B. Aufgrund der bislang getroffenen Feststellungen kann der Senat nicht abschließend beurteilen, ob zwischen den Parteien zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung am 13. Dezember 2011 noch ein Arbeitsverhältnis bestand.

LAG verneinte Bestand eines Arbeitsverhältnisses

I. Nach Auffassung des Landesarbeitsgerichts war das Arbeitsverhältnis der Parteien bereits vor dem 13. Dezember 2011 beendet. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der Dienstleistungsvertrag zwischen der Beklagten und der M H GmbH vom 1. August/7. September 2009 sei rechtlich als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zu qualifizieren und der Beklagten habe die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung gefehlt. Damit seien der zwischen der Beklagten und der M H GmbH geschlossene Überlassungsvertrag sowie der mit der Klägerin geschlossene Arbeitsvertrag nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam geworden. Kraft gesetzlicher Fiktion gelte zugleich ein Arbeitsverhältnis zwischen der M H GmbH (Entleiherin) und der Klägerin (Leiharbeiterin) nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG als zustande gekommen.

Arbeitgeberwechsel nur bei Vollzug der (verbotenen) Überlassung

II. Diese Begründung des Landesarbeitsgerichts hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nur teilweise stand. Der gesetzliche Arbeitgeberwech-

sel nach § 9 Nr. 1, § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG tritt entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts nicht allein deshalb ein, weil die Beklagte nicht über die nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG erforderliche Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung verfügt hat. Die in § 9 Nr. 1, § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG angeordneten Rechtsfolgen sind nur dann eingetreten, wenn die Klägerin ab dem 1. Dezember 2011 tatsächlich an die M H GmbH überlassen worden ist. Dazu hat das Landesarbeitsgericht bislang keine Feststellungen getroffen.

Keine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis vorhanden

- 20 1. Zutreffend ist das Landesarbeitsgericht davon ausgegangen, dass die Beklagte ab Inkrafttreten der Änderung des § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG am 1. Dezember 2011 für die Überlassung der Klägerin an die M H GmbH eine Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG benötigte. Hierüber verfügte die Beklagte nicht. Weder sind Ausnahmen von der Erlaubnispflicht nach § 1 Abs. 3 Nr. 1, Nr. 2 und Nr. 2a AÜG gegeben noch findet der Rechtsgedanke des § 2 Abs. 4 Satz 4 AÜG im vorliegenden Fall Anwendung.

Erlaubnis grds. erforderlich

- 21 a) Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG (in der ab 1. Dezember 2011 geltenden Fassung) bedürfen Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeiter) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen wollen, einer Erlaubnis.

Gesetz seit 1.12.2011 anwendbar

- 22 aa) Diese Vorschrift findet seit ihrem Inkrafttreten am 1. Dezember 2011 auf die Rechtsbeziehungen der Klägerin, der Beklagten und der M H GmbH Anwendung. Das Erste Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung vom 28. April 2011 (BGBl. I S. 642) enthält bezüglich des neu gefassten § 1 AÜG keine Übergangsregelung für Altfälle. Hierfür sah der Gesetzgeber ua. deshalb keine Veranlassung, weil durch das Inkrafttreten des Gesetzes am 1. Dezember 2011 und die Verkündung bereits im Bundesgesetzblatt vom 29. April 2011 den Verleihern und Entleihern ausreichend Zeit zur Verfügung stand, ihre vertraglichen Vereinbarungen und sonstige Regelungen bei Bedarf an die neue Rechtslage anzupassen (BT-Drs. 17/4804 S. 11).

Beklagte hat Arbeitnehmer verliehen

- 23 bb) Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, die Beklagte habe durch den Dienstleistungsvertrag vom 1. August/7. September 2009 als Verleiherin die Klägerin einem Dritten, der M H GmbH als Entleiherin, zur Arbeitsleistung überlassen, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

Überlassung zur Arbeitsleistung muss vorliegen

- 24 (1) Eine Überlassung zur Arbeitsleistung iSd. § 1 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 AÜG liegt vor, wenn einem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt werden, die in dessen Betrieb eingegliedert sind und ihre Arbeit allein nach Weisungen des Entleihers und in dessen Interesse ausführen (BAG 15. April 2014 – 3 AZR 395/11 – Rn. 20; 18. Januar 2012 – 7 AZR 723/10 – Rn. 26).

Kein Dienst- oder Werkvertrag

- 25 (2) Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts erbrachte die Klägerin ab dem 1. August 2009 ihre Sekretariatsarbeiten für Herrn H als Geschäftsführer der M H GmbH. Sie war ihm gegenüber weisungsgebunden und nicht gegenüber der Beklagten. Die M H GmbH unterhielt einen ei-

genständigen Betrieb. Ihr Geschäftszweck bestand nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts im Erwerb und der Verwaltung von Beteiligungen an Industrie- und Handelsunternehmen im In- und Ausland. Wie das Landesarbeitsgericht zutreffend angenommen hat, steht dem Vorliegen eines Betriebs nicht entgegen, dass die M H GmbH nur über eine Büroausstattung für ihren Geschäftsführer und die Klägerin verfügte. Anhaltspunkte dafür, dass es sich bei dem Vertrag zwischen der M H GmbH und der Beklagten um einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag gehandelt haben könnte, liegen nicht vor.

Überlassung auch im Rahmen der wirtschaftlichen Tätigkeit

cc) Die Überlassung der Klägerin erfolgte im Rahmen der wirtschaftlichen Tätigkeit der Beklagten.

Der Gesetzgeber wollte mit der Änderung von § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG die Vorgaben der Richtlinie 2008/104/EG vom 19. November 2008 über Leiharbeit erfüllen (BT-Drs. 17/4804 S. 8). Dementsprechend ist der in § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG verwendete Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit unionsrechtskonform auszulegen. Darunter versteht der Gerichtshof der Europäischen Union jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter und Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten (zB EuGH 1. Juli 2008 – C-49/07 – [MOTOE] Rn. 22, Slg. 2008, I-4863 [EWS 2009, 488 Ls]). Auch wenn die Auslegung des Begriffs der „wirtschaftlichen Tätigkeit“ unter Beachtung des Art. 1 Abs. 2 RL 2008/104/EG im Einzelnen nicht abschließend geklärt ist, besteht an dessen Vorliegen hier jedenfalls kein Zweifel, da es sich bei der Beklagten nicht um einen gemeinnützigen Rechtsträger handelt (vgl. dazu BAG 17. März 2015 – 1 ABR 62/12 (A) –). Unerheblich ist, dass die Beklagte Arbeitnehmerüberlassung neben anderen Tätigkeiten betreibt. Die Erlaubnispflicht nach dem AÜG entsteht – bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen – auch dann, wenn es sich bei der Arbeitnehmerüberlassung um eine von mehreren Aktivitäten des Arbeitgebers handelt. Andernfalls wäre der Schutzzweck des Gesetzes nicht erreicht (BAG 8. November 1978 – 5 AZR 261/77 – zu II 2 a der Gründe, BAGE 31, 135; ErfK/Wank 16. Aufl. § 1 AÜG Rn. 26; Hamann EuZA 2009, 287, 297 ff.; ders. ZESAR 2012, 103, 104 f.).

„Vorübergehende“ Überlassung nicht ausschlaggebend

dd) Soweit das Landesarbeitsgericht angenommen hat, es liege auch eine vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung vor, weil der Dienstleistungsvertrag bereits zum Jahresende 2009 erstmals kündbar war, kommt es darauf nicht an. Denn die Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags nach § 9 Nr. 1 AÜG tritt ungeachtet des Vorliegens bzw. Nichtvorliegens des Merkmals „vorübergehend“ ein. Zwar verbietet § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG die mehr als nur vorübergehende Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher (BAG 10. Juli 2013 – 7 ABR 91/11 – Rn. 32, BAGE 145, 355 [BB 2013, 3071]). Die nur vorübergehende Überlassung ist daher eine Zulässigkeitsvoraussetzung für die Arbeitnehmerüberlassung. Die Rechtsfolge der Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags kann aber nicht dadurch umgangen werden, dass die Arbeitnehmerüberlassung gesetzeswidrig dauerhaft erfolgt. Dies wäre mit dem Schutzzweck des AÜG nicht in Einklang zu bringen. Vielmehr findet § 9 Nr. 1 AÜG auch auf die gesetzeswidrig nicht vorübergehende und ohne Erlaubnis betriebene Arbeitnehmerüberlassung Anwendung.

Kein Ausnahmetatbestand gegeben

b) Der Ausnahmetatbestand des § 1 Abs. 3 AÜG von der Erlaubnispflicht ist vorliegend nicht gegeben.

- 30 Nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 AÜG ist das AÜG nicht anzuwenden auf die Arbeitnehmerüberlassung zwischen Arbeitgebern desselben Wirtschaftszweigs zur Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen, wenn ein für den Entleiher und Verleiher geltender Tarifvertrag dies vorsieht. Ob die Überlassung der Klägerin an die M H GmbH einer möglichen betriebsbedingten Kündigung der Klägerin entgegengewirkt hat – wofür die Präambel in dem Dienstleistungsvertrag vom 1. August/7. September 2009 sprechen könnte –, kann dahinstehen. § 1 Abs. 3 Nr. 1 AÜG setzt neben der Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen das Vorhandensein eines Tarifvertrags voraus, der für den Verleiher und den Entleiher desselben Wirtschaftszweigs gilt. Hieran fehlt es vorliegend.

Keine erlaubte Konzernüberlassung

- 31 c) Auch entfällt die Erlaubnispflicht nicht nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG.
- 32 Nach dieser Vorschrift bedarf die Arbeitnehmerüberlassung keiner Erlaubnis, wenn sie zwischen Konzernunternehmen iSd. § 18 AktG erfolgt und wenn der Arbeitnehmer nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt oder beschäftigt wird. Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Nach § 18 Abs. 1 Satz 1 AktG bilden ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen einen sog. Unterordnungskonzern, wenn sie unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst sind. Von einem abhängigen Unternehmen wird nach § 18 Abs. 1 Satz 3 AktG vermutet, dass es mit dem herrschenden Unternehmen einen Konzern bildet (BAG 11. Februar 2015 – 7 ABR 98/12 – Rn. 23). Nach § 18 Abs. 2 AktG können auch selbständige Unternehmen einen Konzern bilden, ohne dass das eine Unternehmen von dem anderen abhängig ist. Das Landesarbeitsgericht hat das Vorliegen eines Konzerns hier ua. verneint, weil die Beklagte und die M H GmbH keiner einheitlichen Leitung unterstanden. Dies ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Bei Inkrafttreten des geänderten § 1 Abs. 1 AÜG am 1. Dezember 2011 war Herr H nicht mehr Vorstandsvorsitzender der Beklagten, sodass jedenfalls zu diesem Zeitpunkt keine einheitliche Leitung mehr bestand.

Keine nur gelegentliche Überlassung

- 33 d) Der Ausnahmetatbestand des § 1 Abs. 3 Nr. 2a AÜG liegt ebenfalls nicht vor. Danach findet das Gesetz keine Anwendung, wenn die Überlassung nur gelegentlich erfolgt und der Arbeitnehmer nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird. Vor dem Hintergrund des Ausnahmecharakters, aber auch im Hinblick auf den Schutzzweck der Norm sind an das Erfordernis einer nur gelegentlichen Überlassung strenge Anforderungen zu stellen. Mit der Ausnahmenvorschrift sollen in Bezug sowohl auf den Arbeitnehmer als auch auf das überlassende Unternehmen gelegentlich auftretende Überlassungsfälle ausgeklammert werden, wie zum Beispiel die Abdeckung eines kurzfristigen Spitzenbedarfs eines anderen Unternehmens (BT-Drs. 17/4804 S. 8).
- 34 Von einer nur gelegentlichen Überlassung der Klägerin an die M H GmbH kann schon angesichts der Überlassungsdauer von August 2009 bis Dezember 2011 nicht ausgegangen werden. Nach dem Dienstleistungsvertrag vom 1. August/7. September 2009 sollte die Klägerin auch nicht lediglich Bedarfsspitzen abdecken, sondern auf unbestimmte Zeit im Umfang ihrer vollen Arbeitskraft bei der M H GmbH eingesetzt werden. Tatsächlich war sie ab dem 1. August 2009 nur noch für die M H GmbH tätig und wurde somit ab diesem Zeitpunkt „zum Zwecke der Überlassung“ beschäftigt.

Keine Erlaubnisfiktion nach § 2 Abs. 4 Satz 4 AÜG

- e) Die Arbeitnehmerüberlassung gilt auch nicht entsprechend § 2 Abs. 4 Satz 4 AÜG als erlaubt.

Abwicklung für Übergang u.U. erlaubt

- aa) Nach § 2 Abs. 4 Satz 4 AÜG gilt die Erlaubnis für die Abwicklung der nach § 1 Abs. 1 AÜG erlaubt abgeschlossenen Verträge für längstens zwölf Monate als fortbestehend, wenn die Behörde die beantragte Verlängerung der Erlaubnis ablehnt. Dadurch soll die Tätigkeit aufgrund fingierter Erlaubnis zu Abwicklungszwecken für längstens zwölf Monate fortgeführt werden können, wenn sie vorher erlaubt war und sich der Verleiher vergeblich um eine weitere Erlaubnis bemüht hat. Das Fehlen einer Erlaubnis soll der Abwicklung bestehender rechtmäßig im Rahmen erlaubter Arbeitnehmerüberlassung geschlossener Verträge dann nicht entgegenstehen (BAG 23. Juli 2014 – 7 AZR 853/12 – Rn. 32). Zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen hat der Senat den dieser Vorschrift zugrunde liegenden Rechtsgedanken auch auf die Situation übertragen, in der erstmals durch die gesetzliche Neuregelung des AÜG eine Erlaubnispflicht entstanden ist. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Verleiher eine Erlaubnis beantragt hat (BAG 23. Juli 2014 – 7 AZR 853/12 – Rn. 33). Auf den Rechtsgedanken des § 2 Abs. 4 Satz 4 AÜG kann sich ein Verleiher auch dann berufen, wenn er vor der Gesetzesänderung keine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung benötigte und eine solche nicht beantragt hat, weil eine derartige Erlaubnis nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG nicht hätte erteilt werden können (BAG 23. Juli 2014 – 7 AZR 853/12 – Rn. 35).

Keine Anwendbarkeit des § 2 Abs. 4 Satz 4 AÜG

- bb) Im vorliegenden Fall findet § 2 Abs. 4 Satz 4 AÜG danach weder unmittelbar noch entsprechende Anwendung.

- (1) Für die Zeit vor dem 1. Dezember 2011 bedurfte die Überlassung der Klägerin an die M H GmbH zwar nicht der Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG. Nach der bis zu diesem Zeitpunkt geltenden Gesetzesfassung (Bekanntmachung vom 3. Februar 1995, BGBl. I S. 158) benötigten lediglich Arbeitgeber, die „gewerbsmäßig“ Arbeitnehmerüberlassung betrieben, dazu eine Erlaubnis. Gewerbsmäßig iSd. § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG war nach der ständigen Rechtsprechung des Senats jede nicht nur gelegentliche, sondern auf eine gewisse Dauer angelegte und auf die Erzielung unmittelbarer oder mittelbarer wirtschaftlicher Vorteile gerichtete selbständige Tätigkeit. Entscheidendes Kriterium war die Gewinnerzielungsabsicht. Dabei kam es nicht darauf an, ob tatsächlich ein Gewinn erzielt wurde. An einer Gewinnerzielungsabsicht fehlte es aber, wenn die Überlassung lediglich gegen Erstattung der Personalkosten erfolgen sollte und dem Verleiher dadurch auch mittelbar keine wirtschaftlichen Vorteile erwachsen (BAG 2. Juni 2010 – 7 AZR 946/08 – Rn. 19; 25. Januar 2005 – 1 ABR 61/03 – zu B II 4 b bb (2) der Gründe, BAGE 113, 218 [BB 2005, 2189]; zu mittelbaren wirtschaftlichen Vorteilen bei konzerninterner Arbeitnehmerüberlassung BAG 18. Juli 2012 – 7 AZR 451/11 – Rn. 23). Nach dem Vorbringen der Klägerin wurden der M H GmbH jeweils nur die Personalkosten in Rechnung gestellt und von dieser bezahlt, sodass für eine Gewinnerzielungsabsicht kein Anhaltspunkt besteht.

Beklagte beantragte keine Erlaubnis

- (2) Dennoch kommt eine entsprechende Anwendung von § 2 Abs. 4 Satz 4 AÜG im vorliegenden Fall nicht in Betracht. Die Beklagte hat sich trotz Verkündung des Ersten Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung am 29. April 2011 nicht um die Erteilung einer Erlaubnis nach § 1

AÜG bemüht. Es sind keine Gründe ersichtlich, warum der Beklagten die Erlaubnis nach § 3 AÜG hätte versagt werden sollen.

- 40 Eine entsprechende Anwendung von § 2 Abs. 4 Satz 4 AÜG ist auch nicht deshalb in Erwägung zu ziehen, weil eine Überlassung der Klägerin nur noch bis zum 31. Dezember 2011 erfolgen sollte. Denn nicht die Beklagte, sondern die M H GmbH hatte den Dienstleistungsvertrag vom 1. August/7. September 2009 vor dem Inkrafttreten der Gesetzesänderung mit Schreiben vom 23. November 2011 zum 31. Dezember 2011 gekündigt. Die Kündigung ist damit nicht auf Veranlassung der Beklagten erfolgt, um eine ordnungsgemäße Abwicklung bestehender Verträge zu ermöglichen.

Tatsächliche Überlassung ausschlaggebend

- 41 2. Das Landesarbeitsgericht hat jedoch zu Unrecht angenommen, allein das Fehlen der erforderlichen Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung habe zur Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags der Parteien nach § 9 Nr. 1 AÜG und damit zur Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses geführt. Der Arbeitsvertrag zwischen der Beklagten und der Klägerin wäre nur dann nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam geworden, wenn die Klägerin ab dem Zeitpunkt der Erlaubnispflicht der Arbeitnehmerüberlassung am 1. Dezember 2011 tatsächlich an die M H GmbH überlassen worden wäre. Dazu müsste sie auch in der Zeit ab dem 1. Dezember 2011 in den Betrieb der M H GmbH eingegliedert gewesen sein und für diese Arbeitsleistungen erbracht haben. Hierzu hat das Landesarbeitsgericht bislang keine Feststellungen getroffen. Allein der Fortbestand des Dienstleistungsvertrags zwischen der Beklagten und der M H GmbH bis zum 31. Dezember 2011 reicht für den Eintritt der Rechtsfolge des § 9 Nr. 1 AÜG nicht aus. Dies hat das Landesarbeitsgericht nicht berücksichtigt.

Vollzug der Überlassung erforderlich

- 42 a) § 9 Nr. 1 AÜG setzt voraus, dass der Arbeitnehmer einem Dritten zur Arbeitsleistung tatsächlich überlassen wird. Dies ergibt die Auslegung der Vorschrift.

Wortlaut gibt keinen Aufschluss

- 43 aa) Dem Wortlaut des § 9 Nr. 1 AÜG, der für eine Arbeitnehmerüberlassung ohne die erforderliche Erlaubnis die Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags mit dem Verleiher anordnet, kann zwar nicht unmittelbar entnommen werden, ob der Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Arbeitnehmer von vornherein unwirksam ist oder zum Zeitpunkt der zwischen dem Verleiher und dem Entleiher vereinbarten Arbeitsaufnahme unwirksam wird oder ob der Arbeitsvertrag erst dann unwirksam wird, wenn der Arbeitnehmer dem Entleiher tatsächlich überlassen wird, der Arbeitnehmer also Arbeitsleistungen für den Entleiher erbringt. § 9 Nr. 1 AÜG bestimmt lediglich die Unwirksamkeit des Vertrags, wenn der Verleiher nicht die nach § 1 AÜG erforderliche Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung hat, ohne den Zeitpunkt festzulegen, zu dem die Unwirksamkeit des Vertrags eintritt.

Systematische Auslegung gibt Klarheit

- 44 bb) Aus dem systematischen Zusammenhang zwischen § 9 Nr. 1 AÜG und § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ergibt sich allerdings, dass die Unwirksamkeit des Vertrags zwischen dem Verleiher und dem Arbeitnehmer und die Entstehung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher zu demselben Zeitpunkt eintreten.
- 45 Nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG gilt im Falle der Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags zwischen dem Verleiher und dem Arbeitnehmer nach § 9 Nr. 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Arbeitneh-

mer als zustande gekommen. Die Fiktion des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG setzt die Unwirksamkeit des Vertrags zwischen dem Verleiher und dem Arbeitnehmer nach § 9 Nr. 1 AÜG voraus und ist für den Arbeitnehmer ein Ausgleich dafür, dass der mit dem Verleiher geschlossene Arbeitsvertrag aufgrund der Überlassung ohne die erforderliche Erlaubnis unwirksam ist. Daraus ist zu schließen, dass beide Rechtsfolgen zu demselben Zeitpunkt eintreten.

„Neuer“ Arbeitsvertrag kommt erst mit Beginn der Tätigkeit zustande

cc) Nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG gilt das Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Arbeitnehmer zu dem Zeitpunkt als zustande gekommen, der zwischen dem Verleiher und dem Entleiher für den Beginn der Tätigkeit vorgesehen ist. Tritt die Unwirksamkeit des Vertrags zwischen dem Verleiher und dem Arbeitnehmer nach § 9 Nr. 1 AÜG erst nach der Aufnahme der Tätigkeit beim Entleiher ein, gilt das Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Arbeitnehmer mit dem Eintritt der Unwirksamkeit als zustande gekommen.

Der Wortlaut des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG könnte zwar dafür sprechen, dass die Fiktion des Arbeitsverhältnisses zwischen dem Entleiher und dem Arbeitnehmer – und damit auch die Unwirksamkeit des Vertrags zwischen dem Verleiher und dem Arbeitnehmer – im Zeitpunkt der zwischen dem Verleiher und dem Entleiher vereinbarten Arbeitsaufnahme bei dem Entleiher – im Falle der erst späteren Unwirksamkeit des Vertrags zwischen dem Verleiher und dem Arbeitnehmer mit der Unwirksamkeit – eintreten, unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer ab diesem Zeitpunkt tatsächlich Leistungen für den Entleiher erbringt (so für die Fiktion des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG etwa Sandmann/Marschall/Schneider AÜG Stand Dezember 2015 AÜG Art. 1 § 10 Anm. 4; ErfK/Wank 16. Aufl. § 10 AÜG Rn. 3). Ein derartig enges Verständnis des Gesetzeswortlauts würde aber dem systematischen Verhältnis der § 9 Nr. 1, § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG zu § 1 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 AÜG nicht gerecht. Nach § 1 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 AÜG kommt es für die Erlaubnispflicht darauf an, dass einem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt werden, die in dessen Betrieb eingegliedert sind und ihre Arbeit allein nach Weisungen des Entleihers und in dessen Interesse ausführen (BAG 15. April 2014 – 3 AZR 395/11 – Rn. 20; 18. Januar 2012 – 7 AZR 723/10 – Rn. 26). Es wäre nicht konsequent, für die Erlaubnispflicht der Arbeitnehmerüberlassung die tatsächliche Eingliederung in den Entleiherbetrieb vorauszusetzen, für die Rechtsfolgen bei fehlender Erlaubnis aber ausschließlich auf die Vereinbarungen der Beteiligten abzustellen. Nur ein Verständnis, bei dem auch für den Eintritt der Rechtsfolgen die tatsächliche Beschäftigung des Arbeitnehmers bei dem Entleiher maßgeblich ist, vermeidet zudem praktisch nicht handhabbare, vom Schutzzweck der Normen nicht gebotene Ergebnisse. Kann beispielsweise ein nach dem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag vorgesehener Arbeitnehmer seine Arbeit im Entleiherbetrieb nicht aufnehmen und entsendet der Verleiher für diesen eine Ersatzkraft, würden – wollte man allein auf die Vereinbarungen zwischen dem Entleiher und dem Verleiher abstellen – zwei Arbeitsverhältnisse mit dem Entleiher fingiert, nämlich zum einen mit dem Arbeitnehmer, der vereinbarungsgemäß die Arbeitsleistung beim Entleiher hätte antreten sollen und zum anderen mit dem Leiharbeiter, der an seiner Stelle die Arbeit aufgenommen hat. Dieses Ergebnis entspricht ersichtlich nicht dem gesetzgeberischen Regelungskonzept (vgl. auch Schüren in Schüren/Hamann AÜG 4. Aufl. § 10 Rn. 47; Lembke in Boemke/Lembke AÜG 3. Aufl. § 10 Rn. 26 ff.). Daraus ergibt sich, dass die Rechtsfolgen des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG – und damit auch des § 9 Nr. 1 AÜG – an die tatsächliche Überlassung des Arbeitneh-

mers an den Entleiher und damit an die Erbringung von Arbeitsleistungen für den Entleiher anknüpfen (so für § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG auch Schüren in Schüren/Hamann AÜG 4. Aufl. § 10 Rn. 35).

Schutzzweck des Arbeitnehmers gebietet Auslegung

- 48 dd) Dieses Verständnis entspricht auch dem Zweck der Regelungen in § 9 Nr. 1 AÜG und § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG. § 9 Nr. 1 AÜG ergänzt die Vorschrift des § 1 AÜG. Die in § 1 AÜG normierte Erlaubnispflicht für die Arbeitnehmerüberlassung dient dazu, sicherzustellen, dass Arbeitnehmerüberlassung nur von zuverlässigen Verleihern betrieben wird, die auch den sozialen Schutz der Leiharbeiter gewährleisten (BT-Drs. VI/2303 S. 9). Die Sanktion der Unwirksamkeit des Vertrags zwischen dem Verleiher und dem Arbeitnehmer soll die Verleiher zu einem gesetzmäßigen Verhalten veranlassen (BT-Drs. VI/2303 S. 13). Die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG dient dem Schutz des Arbeitnehmers, dessen Arbeitsvertrag mit dem Verleiher nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam ist (BT-Drs. VI/2303 S. 13f.). Mit diesem Regelungsgefüge soll ein gerechter Interessenausgleich zwischen den Beteiligten geschaffen werden. Dabei ist nach der Gesetzesbegründung auch berücksichtigt, dass sowohl der Arbeitnehmer als auch der Entleiher diese Rechtsfolgen vermeiden können, indem sie sich vergewissern, ob der Verleiher die Erlaubnis nach § 1 AÜG besitzt, was durch die schriftlichen Erklärungen des Verleihers nach § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AÜG und § 12 Abs. 1 Satz 2 AÜG sowie die Mitteilungspflicht nach § 12 Abs. 2 AÜG erleichtert wird (BT-Drs. VI/2303 S. 14). Zu vermeiden sind die Rechtsfolgen allerdings nur dann, wenn tatsächlich keine Überlassung stattfindet, dh. wenn der Arbeitnehmer die Arbeit bei dem Entleiher nicht aufnimmt bzw. – im Falle der später eintretenden Unwirksamkeit des Vertrags mit dem Verleiher – für den Entleiher keine Arbeitsleistungen mehr erbringt.

LAG berücksichtigt diese Frage nicht

- 49 b) Nach diesen Grundsätzen sind die Rechtsfolgen der § 9 Nr. 1, § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG im vorliegenden Fall nur eingetreten, wenn die Klägerin ab dem Zeitpunkt des Fehlens der erforderlichen Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung, dh. ab dem 1. Dezember 2011, noch Arbeitsleistungen für die M H GmbH erbracht hat. Dies hat das Landesarbeitsgericht bei seiner Entscheidung nicht berücksichtigt.

Keine Feststellungen zu tatsächlicher Beschäftigung beim Entleiher

- 50 C. Da das Landesarbeitsgericht zu einer tatsächlichen Beschäftigung der Klägerin bei der M H GmbH ab dem 1. Dezember 2011 keine Feststellun-

gen getroffen hat, ist das Urteil des Landesarbeitsgerichts aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Im Rahmen der neuen Verhandlung wird das Landesarbeitsgericht zu- 51 nächst zu prüfen haben, ob die Klägerin ab dem 1. Dezember 2011 noch für die M H GmbH gearbeitet hat.

Keine verbotene Überlassung ohne Arbeitsleistung

I. Sollte die Klägerin ab dem 1. Dezember 2011 keine Arbeitsleistun- 52 gen mehr für die M H GmbH erbracht haben, wäre der Arbeitsvertrag mit der Beklagten nicht nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam geworden, sodass zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung der Beklagten am 13. Dezember 2011 noch ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien bestanden hätte. Das Landesarbeitsgericht wird in diesem Fall das Vorliegen eines wichtigen Grundes nach § 626 Abs. 1 BGB für die Kündigung zu prüfen haben.

II. Sollte die neue Verhandlung ergeben, dass die Klägerin ab dem 1. 53 Dezember 2011 noch Arbeitsleistungen für die M H GmbH erbracht hat, wäre der Arbeitsvertrag der Parteien nach § 9 Nr. 1 AÜG zu diesem Zeitpunkt unwirksam geworden. Nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG wäre gleichzeitig ein Arbeitsverhältnis mit der M H GmbH zustande gekommen. Die Beklagte wäre daher nicht mehr befugt gewesen, das Arbeitsverhältnis am 13. Dezember 2011 zu kündigen. Es hätte bereits zuvor am 1. Dezember 2011 geendet. Allerdings konnten die Rechtsfolgen der § 9 Nr. 1, § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG nur eintreten, wenn diese Regelungen verfassungskonform sind, was von der Klägerin in Zweifel gezogen wird. Es wird daher ggf. zu prüfen sein, ob die in § 9 Nr. 1, § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG angeordneten Rechtsfolgen mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar sind, obwohl dem Arbeitnehmer nicht die Möglichkeit eingeräumt ist, dem Arbeitgeberwechsel zu widersprechen (vgl. zu einem gesetzlich angeordneten Arbeitgeberwechsel im Zusammenhang mit der Privatisierung öffentlicher Einrichtungen BVerfG 25. Januar 2011 – 1 BvR 1741/09 – BVerfGE 128, 157 [BB 2011, 2108 m. BB-Komm. Ubber]). In diesem Zusammenhang wird das Landesarbeitsgericht ggf. sämtliche Möglichkeiten einer verfassungskonformen Auslegung in Betracht zu ziehen haben. Dabei könnte zu erwägen sein, ob den Anforderungen des Art. 12 Abs. 1 GG dadurch Rechnung getragen werden kann, dass der Arbeitnehmer die in § 9 Nr. 1, § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG angeordneten Rechtsfolgen durch Ausübung eines Leistungsverweigerungsrechts bis zur Erfüllung der Informations- und Nachweispflichten des Verleihers nach § 11 Abs. 1 und Abs. 2 AÜG verhindern kann.

BB-Kommentar

„Berechtigte Zweifel an der Verfassungskonformität der Rechtsfolgen der §§ 9 Nr. 1 u. 10 Abs. 1 S. 1 AÜG“

PROBLEM

In seinem Urteil beschäftigt sich das BAG mit der Auswirkung der §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 S. 1 AÜG. Hierbei hatte die Klägerin mit der Beklagten BMC einen Arbeitsvertrag. Letztere schloss mit der M H GmbH im Jahre 2009 einen Dienstleistungsvertrag, wonach die Klägerin ab 1.8.2009 bei der M H GmbH Sekretariatsarbeiten verrichten sollte. Am 23.11.2011 kündigte die M H GmbH den Dienstleistungsvertrag zum 31.12.2011. Die Beklagte kündigte ihrerseits das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin am 12.12.2011 außerordentlich. Daraufhin erhob die Klägerin Kündigungsschutzklage.

Die Beklagte beantragte Klageabweisung. Zwischen den Parteien habe zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung kein Arbeitsverhältnis mehr bestanden, weil der ursprüngliche Arbeitsvertrag aufgrund der Überlassung der Klägerin an die M H GmbH wegen Fehlens der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis bei der Beklagten unwirksam geworden sei. Dadurch sei über § 9 Nr. 1 AÜG und § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis zwischen der Klägerin und der M H GmbH zustande gekommen.

Das AG entschied, dass die außerordentliche Kündigung der Beklagten unwirksam sei und in eine ordentliche Kündigung zum 31.12.2012 umzuwandeln sei. Auf die Berufung der Beklagten hat das LAG die Klage abgewiesen. Inzwischen wurde die M H GmbH insolvent. Gegen das Urteil des LAG hat die Klägerin Revision eingelegt.

ZUSAMMENFASSUNG

Bei Wiedergabe der Entscheidungsgründe wird nur auf die Ausführungen des BAG zu den Rechtsfolgen der §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 S. 1 AÜG und deren Verhältnis zueinander abgestellt. Hierbei stellte das BAG heraus, dass § 9 Nr. 1 AÜG nicht unmittelbar entnommen werden kann, zu welchem Zeitpunkt die Unwirksamkeit eintritt. Dabei skizziert das BAG drei Möglichkeiten: Der Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Arbeitnehmer könnte von vornherein unwirksam sein. Er könnte zum Zeitpunkt der zwischen dem Verleiher und dem Entleiher vereinbarten Arbeitsaufnahme unwirksam werden oder zum Zeitpunkt, zu dem der Arbeitnehmer dem Entleiher tatsächlich überlassen wird.

Aufgrund des Zusammenwirkens der Regelung des § 9 Nr. 1 AÜG mit § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG entschied sich das BAG für die dritte Alternative. Da sich nach Auffassung des BAG aus dem Urteil des LAG nicht ergab, ob die Klägerin ab dem 1.12.2011 tatsächlich bei der M H GmbH tätig war, wurde dem LAG aufgegeben zu prüfen, ob das der Fall war. Soweit das nicht der Fall wäre, wäre der Arbeitsvertrag der Beklagten nicht nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam geworden und habe zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung der Beklagten am 13.12.2011 noch ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien bestanden. In diesem Falle würde das LAG das Vorliegen eines wichtigen Grundes nach § 626 Abs. 1 BGB für die Kündigung zu prüfen haben und über die Klage zu entscheiden.

Das Besondere für die neue Verhandlung beim LAG ergibt sich dann, wenn die Klägerin tatsächlich ab dem 1.12.2011 noch Arbeitsleistungen für die M H GmbH erbracht hat. Dann wäre der Arbeitsvertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten nach § 9 Nr. 1 AÜG zu diesem Zeitpunkt unwirksam geworden, und es wäre nach § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG gleichzeitig ein Arbeitsverhältnis mit der M H GmbH zustande gekommen. Dadurch wäre die Beklagte nicht mehr befugt gewesen, das Arbeitsverhältnis am 13.12.2011 zu kündigen. Es hätte bereits zuvor am 1.12.2011 geendet.

Nunmehr führt das BAG aus, dass die Rechtsfolgen der §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 S. 1 AÜG nur dann eintreten, wenn diese Regelungen verfassungs-

konform sind. Es sei daher gegebenenfalls zu prüfen, ob diese Rechtsfolgen mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar sind, obwohl dem Arbeitnehmer nicht die Möglichkeit eingeräumt gewesen sei, dem Arbeitgeberwechsel zu widersprechen. In diesem Zusammenhang werde das LAG sämtliche Möglichkeiten einer verfassungskonformen Auslegung in Betracht zu ziehen haben. Hierzu verweist das BAG auf die Prüfung der Möglichkeit eines Leistungsverweigerungsrechts der Klägerin.

PRAXISFOLGEN

Der vorliegende Fall hat drei maßgebliche Auswirkungen für die Praxis. Zum einen geht es darum, dass das BAG nunmehr genau festgelegt hat, ab welchem Zeitpunkt die Unwirksamkeit eines Arbeitsvertrags bei Verleih ohne Verleihererlaubnis eintritt. Des Weiteren spricht das BAG zutreffend von einem Regelungsgefüge der §§ 9 Nr. 1 u. 10 Abs. 1 S. 1 AÜG, wonach die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Verleiher im gleichen Zeitpunkt eintritt wie das Zustandekommen des Arbeitsverhältnisses zwischen dem Entleiher und dem Arbeitnehmer.

Als Drittes hat das BAG nunmehr, nachdem insoweit bereits geäußerten Überlegungen des Hessischen LAG im Urteil vom 6.3.2001 – 2/9 Sa 1246/00 – herausgestellt, dass die Rechtsfolgen der §§ 9 Nr. 1 u. 10 Abs. 1 S. 1 AÜG nur eintreten können, „wenn diese Regelungen verfassungskonform sind, was von der Klägerin in Zweifel gezogen wird“. Diese Zweifel sind berechtigt (vgl. hierzu Tuengerthal/Geißler/Hennecke, Zur Verfassungswidrigkeit der bisherigen §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Schriftenreihe Nr. 168 der Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit (AWZ), Mannheim 2015, siehe dazu BB-ONLINE BBL2016-1856-3 unter www.betriebs-berater.de). Die Problematik spielt überall dort eine Rolle, wo gegenwärtig noch Verfahren laufen, bei denen u. a. Verstöße nach §§ 266a StGB, 10, 11 SchwarzArbG oder nach § 404 SGB III geltend gemacht werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass in Altfällen illegaler Ausländerbeschäftigung, bei denen Arbeitnehmer wieder in ihr Heimatland zurückkehren mussten, eine verfassungskonforme Auslegung nachträglich nicht helfen kann und deshalb im Zweifel keine andere Möglichkeit bleibt, als die Frage der Verfassungswidrigkeit dem Bundesverfassungsgericht vorzulegen. Aufgrund der Schlussfolgerung des BAG, die Rechtsfolgen der §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 S. 1 AÜG als Regelungsgefüge zusammen zu sehen und zu behandeln, sind die Ausführungen von *Brors*, NZA 2016, 672, 673, zurückzuweisen, die darauf abstellt, dass es beim Verleiher bei illegaler Überlassung keinen Arbeitsplatz mehr gäbe. Dementsprechend gäbe es auch keine Wahlmöglichkeit des Zeitarbeiters.

Der vorliegende Fall zeigt demgegenüber deutlich die verfassungsrechtliche Problematik, die sich für die Klägerin als Arbeitnehmerin ergibt, deren Recht auf freie Arbeitsplatzwahl durch das Regelungsgefüge der §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 S. 1 AÜG maßgeblich beeinträchtigt ist. Sofern sie tatsächlich am 1.12.2011 bei der M H GmbH tätig war, steht sie wegen der inzwischen eingetretenen Insolvenz der M H GmbH jedenfalls finanziell zunächst vor dem Nichts.

Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal, RA, Vorsitzender der Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit (AWZ), Mannheim, Of-Counsel der Kanzlei Prof. Dr. Tuengerthal, Andorfer, Greulich & Prochaska. Er berät Unternehmen zu allen Fragen des Fremdpersonaleinsatzes.

Christian Andorfer, RA, Geschäftsführer der Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit (AWZ) und Partner der Kanzlei Prof. Dr. Tuengerthal, Andorfer, Greulich & Prochaska in Mannheim. Er berät Unternehmen zu allen Fragen des Fremdpersonaleinsatzes.