

Bundesarbeitsgericht
Siebter Senat

Urteil vom 20. Januar 2016
- 7 AZR 535/13 -
ECLI:DE:BAG:2016:200116.U.7AZR535.13.0

I. Arbeitsgericht Stuttgart

Urteil vom 30. August 2012
- 17 Ca 10091/11 -

II. Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg

Urteil vom 9. April 2013
- 6 Sa 105/12 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Arbeitnehmerüberlassung - fehlende Erlaubnis - Unwirksamkeit des
Arbeitsvertrags mit dem Verleiher

Bestimmungen:

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

BUNDESARBEITSGERICHT



7 AZR 535/13

6 Sa 105/12

Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
20. Januar 2016

URTEIL

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20. Januar 2016 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Gräfl, den Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Kiel und die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Rennpferdt sowie die ehrenamtlichen Richter Glock und Auhuber für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 9. April 2013 - 6 Sa 105/12 - aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob das Arbeitsverhältnis zwischen ihnen 1
durch eine von der Beklagten ausgesprochene außerordentliche Kündigung mit
Auslauffrist 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 2
8. Juli 2005 seit dem 16. Juli 2005 bei der Beklagten bzw. bei deren Rechtsvor-
gängerin, 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 Ergänzungsver- 3
einbarung 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 jewei-
ligen Kalenderjahres gekündigt wird.“

Herr H war von Juli 2004 bis September 2006 Aufsichtsratsmitglied der 4
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. 5

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. 6

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 7

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 Auslaufrist 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. 8

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. 9

Die Klägerin hat beantragt 10
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 Arbeitnehmerüber- 11

lassung 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.

12

Entscheidungsgründe

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.

13

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.

14

- 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 Auflösungstermin 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; 18. Dezember 2014 - 2 AZR 163/14 - Rn. 22, BAGE 150, 234; 27. Januar 2011 - 2 AZR 826/09 - Rn. 13*). 15
- 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. 16
- 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. 17
- 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 Arbeit- 18

nehmerüberlassungsvertrag 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 (Leiharbeitnehmerin) nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG als zustande gekommen.

II. Diese Begründung des Landesarbeitsgerichts hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nur teilweise stand. Der gesetzliche Arbeitgeberwechsel 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. 19

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. 20

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

aa) Diese Vorschrift findet seit ihrem Inkrafttreten am 1. Dezember 2011 auf die Rechtsbeziehungen der Klägerin, der Beklagten und der M H GmbH An- 22

wendung. Das Erste Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes - Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung vom 28. April 2011 (*BGBI. 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*).

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. 23

(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*). 24

(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 eigenständigen 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. 25

cc) Die Überlassung der Klägerin erfolgte im Rahmen der wirtschaftlichen Tätigkeit der Beklagten. 26

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*). 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.*). 27

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*). Die nur vorübergehende Überlassung ist daher eine Zulässigkeitsvoraussetzung für die Arbeitnehmerüberlassung. Die Rechtsfolge 28

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.

b) Der Ausnahmetatbestand des § 1 Abs. 3 AÜG von der Erlaubnispflicht ist vorliegend nicht gegeben. 29

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. 30

c) Auch entfällt die Erlaubnispflicht nicht nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG. 31

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 32

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.

d) Der Ausnahmetatbestand des § 1 Abs. 3 Nr. 2a AÜG liegt ebenfalls 33
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 Ausnahmegvorschrift 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*).

Von einer nur gelegentlichen Überlassung der Klägerin an die M H 34
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.

e) Die Arbeitnehmerüberlassung gilt auch nicht entsprechend § 2 Abs. 4 35
Satz 4 AÜG als erlaubt.

aa) Nach § 2 Abs. 4 Satz 4 AÜG gilt die Erlaubnis für die Abwicklung der 36
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*).

bb) Im vorliegenden Fall findet § 2 Abs. 4 Satz 4 AÜG danach weder unmittelbare noch entsprechende Anwendung. 37

(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 38

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; 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.

(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. 39

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. 40

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 41

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.

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

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. 43

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. 44

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 Arbeitnehmer als zustande gekommen. Die Fiktion des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG setzt die Unwirk- 45

samkeit 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.

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. 46

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 kon- 47

sequent, 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 Leiharbeitnehmer, 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 Arbeitnehmers 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*).

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 Leiharbeitnehmer 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

48

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. 13 f.*). 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.

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. 49

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

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

I. Sollte die Klägerin ab dem 1. Dezember 2011 keine Arbeitsleistungen 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. 52

II. Sollte die neue Verhandlung ergeben, dass die Klägerin ab dem 1. 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*). 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 53

Nachweispflichten des Verleihers nach § 11 Abs. 1 und Abs. 2 AÜG verhindern kann.

Gräfl

M. Rennpferdt

Kiel

Auhuber

Glock