

BUNDESGERICHTSHOF



7 AZR 853/12

15 Sa 336/12

Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
23. Juli 2014

URTEIL

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 23. Juli 2014 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Linsenmaier, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Zwanziger und Prof. Dr. Kiel sowie die ehrenamtlichen Richter Busch und Kley für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 26. Juli 2012 - 15 Sa 336/12 - aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Mit seiner Befristungskontrollklage wendet sich der Kläger gegen die 1
Befristung seines letzten mit der Beklagten geschlossenen Arbeitsvertrags. Zudem macht er einen Weiterbeschäftigungsanspruch geltend.

Die Beklagte ist eine gemeinnützige Gesellschaft, deren Gesellschafter 2
zu gleichen Teilen der Kreis V und die „Wirtschaftsförderungsgesellschaft für den Kreis V mbH“ sind. An der Wirtschaftsförderungsgesellschaft ist der Kreis seinerseits zu 95,93 % beteiligt. Die Beklagte erzielt als gemeinnützige Gesellschaft keine Gewinne. Ihre vorrangige Aufgabenstellung ist die Betreuung und gegebenenfalls Vermittlung von Langzeitarbeitslosen. Diese Aufgabenstellung wird aus Fördermaßnahmen für Langzeitarbeitslose und andere Zielgruppen des jeweiligen Zuwendungsgebers finanziert. Seit Mitte 2005 betreibt die Beklagte zudem auch Personalgestellung im Zusammenhang mit der Grundsicherung für Arbeitsuchende. Die Beklagte verfügt nicht über eine Erlaubnis nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz.

Der Personaleinsatz im Rahmen der Personalgestellung erfolgte zu- 3
nächst bei der Arbeitsgemeinschaft (künftig: ARGE) Kreis V. Gesetzliche Grundlage der ARGE n war die Ursprungsfassung des SGB II (*Gesetz vom 24. Dezember 2003, BGBl. I S. 2954*), die zunächst insoweit in wesentlichen Punkten unverändert blieb. Später erfolgte der Einsatz in der Gemeinsamen Einrichtung zwischen dem Kreis V und der Bundesagentur für Arbeit nach § 44b

SGB II, wie er mit Wirkung zum 1. Januar 2011 durch das Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisation zur Grundsicherung für Arbeitsuchende (*künftig: Organisationsweiterentwicklungsgesetz, Gesetz vom 3. August 2010, verkündet am 10. August 2010, BGBl. I S. 1112*) geschaffen wurde.

Im Rahmen der Personalgestellung durch die Beklagte war auch der Kläger als Fachassistent im „Bearbeitungsservice Leistungen SGB II“ eingesetzt. Dem lagen folgende Verträge zugrunde: Aufgrund Vertrags vom 27. Juni 2007 wurde der Kläger zum 1. Juli 2007 bis zum 30. Juni 2008 sachgrundlos befristet eingestellt. Aufgrund Vertrags vom 28. März 2008 wurde er befristet weiterbeschäftigt ab dem 1. Juli 2008 bis zum 31. Dezember 2009. Ein Änderungsvertrag vom 22. April 2009 sah eine befristete Weiterbeschäftigung ab dem 1. Januar 2010 bis zum 31. Dezember 2010 vor. Mit weiterem Änderungsvertrag vom 31. August 2010 wurde in entsprechender Weise eine befristete Weiterbeschäftigung ab dem 1. Januar 2011 bis zum 31. Dezember 2011 vereinbart.

Die Personalgestellungen der Beklagten an die ARGE Kreis V hatten ihre vertragliche Grundlage in Vereinbarungen zwischen der ARGE und der Beklagten. Anwendbar war zunächst die Vereinbarung vom 31. August 2007, verlängert am 26. Februar 2008, dann vom 19. November 2008, verlängert aufgrund weiterer gemeinsamer Erklärung vom 10. Juni 2010 bis 31. Dezember 2011. Die der Beklagten entstandenen Personalkosten wurden zuzüglich Verwaltungskosten und gesetzlicher Umsatzsteuer von der ARGE an die Beklagte gezahlt. Die gemeinsame Erklärung vom 10. Juni 2010 lautet wie folgt:

„Auf der Basis der bislang vorliegenden Gesetzentwürfe und Informationen ist die Meinungsbildung des Kreises V darüber, ob ein Optionsantrag gestellt oder die Zusammenarbeit mit der Agentur für Arbeit im künftigen ‚Jobcenter‘ fortgesetzt wird, noch nicht abgeschlossen. Mit einer Entscheidung durch den Kreistag ist erst in der Sitzung am 30.09.2010 zu rechnen.

Ein Optionsantrag könnte bis zum 31.12.2010 mit Wirkung zum 01.01.2012 gestellt werden. Damit kann die Personalgestellung der G Kreis V an die ARGE Kreis V in jedem Fall noch für das Jahr 2011 unverändert beibehalten werden. Sie ist insbesondere auch aus Gründen der Stabili-

sierung der Personalsituation und zur Sicherstellung der ordnungsgemäßen Durchführung des SGB II über den 31.12.2010 hinaus dringend geboten.

Vor diesem Hintergrund verlängern die Unterzeichner ... die Vertragsdauer bis 31.12.2011.

...“

Die in diesem Schreiben angesprochenen Gesetzesentwürfe beruhten darauf, dass das Bundesverfassungsgericht mit Entscheidung vom 20. Dezember 2007 (- 2 BvR 2433/04 ua. - BVerfGE 119, 331) die ursprüngliche Konzeption der Bildung von ARGE n nach dem SGB II für mit dem Grundgesetz unvereinbar erklärt und dem Gesetzgeber eine Frist zur Neuregelung bis zum 31. Dezember 2010 gesetzt hatte.

6

Zeitgleich mit dem damit erforderlich gewordenen Gesetzgebungsprozess informierte der Geschäftsführer der Beklagten die im Wege der Gestellung tätigen Arbeitnehmer mit einer Mitarbeiterinformation vom 8. Juni 2010. Darin teilte er mit, die Meinungsbildung des Kreises V, ob im Wege eines „Optionsantrages“ der Kreis V die Grundsicherung für Arbeitsuchende selbst durchführen wolle oder ob die Zusammenarbeit mit der Bundesagentur für Arbeit in einem Jobcenter fortgesetzt werde, dauere noch an. Die Kreisverwaltung sehe zur Zeit in dem Modell eines optimierten Jobcenters die größeren Vorteile. Mit einer Entscheidung durch den Kreistag sei gleichwohl erst Ende September des Jahres 2010 zu rechnen. Ein Optionsantrag könne bis zum 31. Dezember 2010 mit Wirkung zum 1. Januar 2012 gestellt werden. Deshalb könne die Personalgestellung durch die Beklagte für das Jahr 2011 noch unverändert beibehalten werden. Er, der Geschäftsführer, habe sich mit der ARGE-Geschäftsführung darüber verständigt, die Vereinbarung über die Personalgestellung „in einem ersten Schritt“ bis zum 31. Dezember 2011 zu verlängern.

7

Am 30. September 2010 beschloss der Kreistag des Kreises V Folgendes:

8

„Der Kreis V übernimmt zum 01.01.2011 die in den Beschäftigungs- und Leistungszentren im Kreisgebiet bislang mit Aufgaben der ARGE Kreis V betrauten Bediensteten der kreisangehörigen Städte und Gemeinden im Rahmen

der arbeits- und beamtenrechtlichen Vorschriften als Kreispersonal; im Stellenplan ab dem Jahr 2011 sind die entsprechenden Stellen einzurichten. Der zwischen der ARGE und der G Kreis V gGmbH bestehende Personalgestellungsvertrag soll auf den Kreis V übergeleitet werden.“

Damit hatte sich der Kreistag gegen das Optionsmodell entschieden und beschlossen, es solle in den Personalgestellungsvertrag der Beklagten mit der ARGE eingetreten werden. In Umsetzung des Kreistagsbeschlusses schlossen die Beklagte, der Kreis V und die ARGE für den Kreis V am 23./28. Dezember 2010 einen „Vertrag zur Überleitung der Vereinbarung über die Personalgestellung zur Wahrnehmung von Aufgaben nach Kapitel 3 des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch II“. In der Präambel dieser Vereinbarung war festgestellt, dass der Landkreis V und die Bundesagentur für Arbeit eine Gemeinsame Einrichtung nach dem SGB II bilden wollten, der Landkreis V aber nicht über ausreichend eigenes Personal verfüge, um der Gemeinsamen Einrichtung genug Personen zur Durchführung ihrer Aufgaben zuzuweisen. Es werde deshalb die befristete Fortsetzung der Personalgestellungsvereinbarung zwischen der ARGE und der Beklagten ab dem 1. Januar 2011 bis zum 30. Juni 2012 vereinbart. Der Personalgestellungsvertrag lautet weiter auszugsweise:

„§ 1

Der Kreis V tritt an Stelle der ARGE mit Wirkung zum 01. Januar 2011 als Vertragspartei in das Vertragsverhältnis ein, das durch Vereinbarung über die Personalgestellung zur Wahrnehmung von Aufgaben nach Kapitel 3 des Zweiten Buchs SGB II zwischen der ARGE und der G vom 19. November 2008 begründet worden ist.

§ 2

Der Kreis V und die G vereinbaren zugleich folgende Änderungen und Ergänzungen der Vereinbarung über die Personalgestellung:

- (1) Gegenstand der Personalgestellung sind die im Zeitpunkt des Abschlusses dieses Vertrages bei der G angestellten und bei der ARGE eingesetzten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.

9

- (2) Die Personalgestellung nach Abs. 1 endet spätestens mit dem 30. Juni 2012. Das Recht zur ordentlichen und/oder außerordentlichen Kündigung des Personalgestellungsvertrags bleibt für beide Seiten unberührt.
- (3) Im Fall der vorzeitigen Beendigung eines Arbeitsverhältnisses der G mit einem der gestellten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer endet die diese Arbeitnehmerin und diesen Arbeitnehmer betreffende Gestellung ohne Weiteres und ersatzlos. Eine Gestellung von Ersatzpersonal ist ausgeschlossen.“

Mit Schreiben vom 8. Februar 2011 teilte der Kreis V der Beklagten mit, die Personalgestellung werde in der bisherigen Form nur noch bis zum 30. Juni 2012 fortgeführt. Danach werde er nur noch in reduzierter Form auf eine Personalgestellung seitens der Beklagten zurückgreifen und sich auf einschlägig ausgebildetes und universell einsetzbares Personal beschränken. Es heißt dann weiter:

10

„Ab 01.07.2012 möchte ich nur noch folgendes Personal im Wege der Personalgestellung beschäftigen:

- 6 Personen mit abgeschlossenem Studium der Sozialpädagogik, Familienpädagogik, Sozialwissenschaften oder Sozialarbeit
- 3 Personen mit abgeschlossenem Studium der Rechtswissenschaften
- 5 Personen mit abgeschlossener Ausbildung, die im öffentlichen Dienst absolviert wurde
- 9 Personen mit abgeschlossener Ausbildung im kaufmännischen oder freiberuflichen Bereich“

Mit seiner beim Arbeitsgericht am 16. November 2011 eingegangenen und der Beklagten am 22. November 2011 zugestellten Befristungskontrollklage hat der Kläger die Unwirksamkeit der Befristung seines letzten Arbeitsvertrags geltend gemacht. Zudem hat er seine Weiterbeschäftigung erstrebt. Er hat geltend gemacht, ein Sachgrund für seine Befristung liege nicht vor. Das Arbeitsverhältnis zur Beklagten habe auch nicht nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz geendet.

11

Der Kläger hat beantragt

12

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen ihm und der Beklagten nicht aufgrund der Befristung zum 31. Dezember 2011 beendet wird,
2. die Beklagte zu verurteilen, ihn über den 31. Dezember 2011 hinaus als Fachassistent im Beschäftigungs- und Leistungszentrum zu den Bedingungen des Arbeitsvertrags vom 27. Juni 2007 in der Form des Änderungsvertrags vom 31. August 2010 weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

13

Sie hat geltend gemacht, für die Befristung des letzten Arbeitsvertrags der Parteien bestehe ein sachlicher Grund. Dazu hat sie behauptet, aufgrund der seinerzeit vorliegenden Referentenentwürfe zur Neuorganisation der Verwaltung nach dem SGB II habe sich der Kreis V, vertreten durch den Kreisdirektor, bereits in einer Verwaltungskonferenz am 11. Mai 2010 dafür entschieden, die Aufgaben des kommunalen Trägers in der Gemeinsamen Einrichtung „Jobcenter“ auch zukünftig als eigene Aufgabe mit eigenem Personal zu erledigen. Nachdem die endgültigen Gesetzesentwürfe die Möglichkeit einer Gestellung durch den kommunalen Träger vorgesehen hätten, habe ein weiteres Gespräch am 13. Juli 2010 stattgefunden. An diesem Gespräch habe auch der Geschäftsführer der Beklagten teilgenommen. Dabei habe der Kreis V, vertreten durch den Kreisdirektor, entschieden, dass die Beklagte wieder auf ihre Kernaufgaben, nämlich Trägerschaft von verschiedenen Arbeitsmarktprogrammen des Bundes und des Landes, zurückgeführt werde. Der Kreis V, vertreten durch den Kreisdirektor, habe unmissverständlich erklärt, dass vor diesem Hintergrund die Personalgestellung nur noch bis zum 31. Dezember 2011 fortgeführt werde. Die Aufgaben im Jobcenter würden ab dem 1. Januar 2012 nur noch mit eigenem Personal des Kreises durchgeführt werden. Am 19. Juli 2010 habe es eine entsprechende Abstimmung zwischen dem Geschäftsführer der Beklagten und der Agentur für Arbeit K als weiterem Träger der Gemeinsamen Einrichtung gegeben. Die verbindliche Mitteilung des Kreisdirektors vom 13. Juli 2010 habe zur letzten Befristung geführt. An deren Rechtswirksamkeit ändere sich auch nicht

14

dadurch etwas, dass sich die Übernahme des qualifizierten Personals im Laufe des Jahres 2011 verzögert habe und der Personalgestellungsvertrag noch bis Ende Juni 2012 fortgesetzt worden sei.

Im Übrigen bestehe zwischen ihr und dem Kläger aufgrund der Regelungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes ohnehin kein Arbeitsverhältnis mehr. 15

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat das arbeitsgerichtliche Urteil auf die Berufung der Beklagten abgeändert und die Klage abgewiesen. Mit seiner Revision verfolgt der Kläger seine ursprünglichen Klageanträge weiter. Die Beklagte begehrt die Zurückweisung der Revision. 16

Entscheidungsgründe

Die Revision ist zulässig und begründet. Sie führt zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landesarbeitsgericht. 17

A. Gegen die Zulässigkeit der Revision bestehen keine durchgreifenden Bedenken. Entgegen der Ansicht der Beklagten genügt die Revisionsbegründung den gesetzlichen Anforderungen (§ 72 Abs. 5 ArbGG iVm. § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ZPO). Sie ist geeignet, die Entscheidung umfassend in Frage zu stellen (vgl. BAG 16. Dezember 2010 - 2 AZR 963/08 - Rn. 18). 18

Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung darauf gestützt, wegen einer fehlenden Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis sei nach § 9 Nr. 1 iVm. § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG das Arbeitsverhältnis des Klägers zur Beklagten beendet und ein Arbeitsverhältnis zum Kreis V als Entleiher begründet worden. Dieser Rechtsfolge stehe nicht entgegen, dass es sich bei der Beklagten um einen Mischbetrieb handle, der auch andere Tätigkeiten als Arbeitnehmerüberlassung entfalte. Auch im letzten Arbeitsvertrag des Klägers sei ausdrücklich 19

ein Einsatz im Wege der Personalgestellung für und bei der ARGE Kreis V vorgesehen und so später im Jobcenter fortgesetzt worden.

Hinsichtlich der letzten tragenden Erwägung hat der Kläger in der Revisionsbegründung darauf hingewiesen, nach seinen bereits in das Verfahren eingeführten Verträgen sei auch ein anderweitiger Einsatz durch Bezugnahme auf den TVöD zulässig gewesen. Ein solcher sei bei der Beklagten auch der Sache nach möglich. Damit hat der Kläger die angefochtene Entscheidung in einem Punkt angegriffen, dessen andere Beurteilung nach dem Begründungszusammenhang des Berufungsurteils auch zu einem anderen Ergebnis führen würde. Da das Landesarbeitsgericht mit seiner Begründung sowohl die Befristungskontrollklage als auch den Beschäftigungsanspruch abgelehnt hat, richtet sich die Begründung des Klägers auch auf beide Streitgegenstände (*vgl. BAG 27. September 2012 - 2 AZR 811/11 - Rn. 12*). 20

B. Die Revision ist begründet. Der Rechtsstreit ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen. 21

I. Die Begründung des Landesarbeitsgerichts ist rechtsfehlerhaft. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Kläger seine vor dem 1. Dezember 2011 erhobene Befristungskontrollklage trotz einer zu diesem Zeitpunkt etwa nach § 9 Nr. 1 AÜG eingetretenen Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags sowie der damit ggf. gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 AÜG verbundenen Entstehung eines Arbeitsverhältnisses zum Kreis V wegen § 265 Abs. 1, § 325 Abs. 1 ZPO gegen die Beklagte hätte fortführen können. Denn entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts ist der Arbeitsvertrag der Parteien nicht am 1. Dezember 2011 nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam geworden. Es kommt deshalb darauf an, ob die streitbefangene Befristung wirksam ist; insoweit bedarf es weiterer Feststellungen des Landesarbeitsgerichts. 22

1. Die Begründung des Landesarbeitsgerichts, die Befristungskontrollklage sei bereits deshalb abzuweisen, weil nach den Vorschriften des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes zum Zeitpunkt des Ablaufes der vereinbarten Ver- 23

tragsdauer kein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien mehr bestanden habe, ist rechtsfehlerhaft.

- a) Es kann dahinstehen, ob der Kläger seine Befristungskontrollklage gegen die Beklagte unabhängig davon fortführen konnte, ob sein Arbeitsvertrag mit der Beklagten nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam wurde und zu diesem Zeitpunkt nach § 10 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 AÜG ein Arbeitsverhältnis zum Kreis V entstand. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (*vgl. etwa BAG 24. Oktober 2013 - 6 AZR 854/11 - Rn. 14 mwN*) bleibt der seinen Betrieb veräußernde Arbeitgeber, der das Arbeitsverhältnis vor dem Betriebsübergang gekündigt hat, für die gerichtliche Klärung der sozialen Rechtfertigung der Kündigung auch nach dem Betriebsübergang passiv legitimiert; §§ 265, 325 ZPO sind in einem solchen Fall entsprechend anzuwenden. Für eine zulässigerweise bereits vor dem vereinbarten Fristende erhobene Befristungskontrollklage dürfte insoweit nichts anderes gelten. Ob die zum Betriebsübergang entwickelten Grundsätze auch dann anzuwenden sind, wenn nach Erhebung einer Befristungskontrollklage und vor dem durch diese streitbefangenen Beendigungszeitpunkt der Vertrag zwischen einem Verleiher und einem Arbeitnehmer nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam wird und gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 AÜG mit dem Eintritt der Unwirksamkeit ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher als zustande gekommen gilt, bedarf vorliegend keiner Entscheidung. 24
- b) Allerdings ist das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zum Zeitpunkt des streitbefangenen Beendigungstermins grundsätzlich Voraussetzung für den Erfolg einer Befristungskontrollklage, denn der in § 17 Satz 1 TzBfG vorgesehene Klageantrag richtet sich auf die Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis durch die Befristung nicht beendet ist. Vorliegend wurde aber entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts der Arbeitsvertrag der Parteien zum 1. Dezember 2011 nicht nach § 9 Nr. 1 AÜG wegen Fehlens der nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG erforderlichen Erlaubnis unwirksam. 25
- aa) Vor dem 1. Dezember 2011 bedurfte die Beklagte keiner Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG. Nach der vor diesem Zeitpunkt geltenden Fassung von § 1 AÜG (*Bekanntmachung vom 3. Februar* 26

1995, *BGBI. I S. 158*) bedurften lediglich Arbeitgeber, die „gewerbsmäßig“ Arbeitnehmerüberlassung betrieben, einer Erlaubnis. Das setzte voraus, dass der Verleiher eine Gewinnerzielungsabsicht hatte (*dazu BAG 2. Juni 2010 - 7 AZR 946/08 - Rn. 19 ff.*). Die Parteien haben nicht vorgetragen, die gemeinnützige Beklagte habe eine derartige Absicht gehabt.

bb) Ab dem 1. Dezember 2011 dürfte zwar die von der Beklagten betriebene Arbeitnehmerüberlassung erlaubnispflichtig gewesen sein. Jedoch galt die Beklagte nach dem Rechtsgedanken von § 2 Abs. 4 Satz 4 AÜG jedenfalls im Dezember 2011 und damit auch zum streitbefangenen Beendigungszeitpunkt noch als im Besitz der erforderlichen Erlaubnis. 27

(1) Mit Wirkung zum 1. Dezember 2011 wurde durch das Erste Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes - Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung - vom 28. April 2011 (*BGBI. I S. 642; künftig: Missbrauchsverhinderungsgesetz*) die in § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG geregelte Erlaubnispflicht auf alle Arbeitgeber erstreckt, die „im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit“ Arbeitnehmerüberlassung betreiben (*Art. 1 Nr. 2 Buchst. a), aa), Art. 2 Abs. 1 dieses Gesetzes; zur gezielten Änderung der Rechtslage: BT-Drs. 17/4804 S. 8*). Das spricht dafür, dass die Beklagte ab diesem Zeitpunkt trotz ihrer nicht auf Gewinn ausgerichteten Tätigkeit wegen deren Entgeltlichkeit einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis bedurfte (*zu dem nicht Gesetz gewordenen Vorschlag des Bundesrates, bestimmte gemeinnützige Einrichtungen vom Geltungsbereich des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes auszunehmen: BT-Drs. 17/4804 S. 13; vgl. einerseits Leuchten NZA 2011, 608, 609, andererseits Hamann RdA 2011, 321, 323*). Die Beklagte war nicht im Besitz einer derartigen Erlaubnis. 28

(2) Auch wenn hiernach mit dem Landesarbeitsgericht davon ausgegangen wird, dass die Beklagte ab dem 1. Dezember 2011 einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis bedurfte, so galt diese jedenfalls im Dezember 2011 als bestehend. Das folgt aus dem Rechtsgedanken von § 2 Abs. 4 Satz 4 AÜG. 29

(aa) Nach § 2 Abs. 4 AÜG ist die Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis auf ein Jahr zu befristen, der Antrag auf Verlängerung spätestens drei Monate vor Ablauf des Jahres zu stellen und es verlängert sich die Erlaubnis um ein weiteres Jahr, wenn die Erlaubnisbehörde die Verlängerung nicht vor Ablauf des Jahres ablehnt. Lehnt die Behörde die beantragte Erlaubnis ab, so gilt die Erlaubnis für die Abwicklung der erlaubt abgeschlossenen Verträge als fortbestehend, jedoch nicht länger als zwölf Monate. 30

In ihrem unmittelbaren Anwendungsbereich regelt die Bestimmung danach die Situation, dass ein Verleiher legal, weil erlaubt, Arbeitnehmerüberlassung betreibt, eine weitere Erlaubnis beantragt und aufgrund deren Versagung eine erlaubte Arbeitnehmerüberlassung nicht mehr möglich ist. In diesem Fall soll für längstens ein Jahr die Abwicklung der bestehenden Verträge ermöglicht werden. Dafür wird das Bestehen der Erlaubnis fingiert. 31

Der Regelung liegt deshalb der Rechtsgedanke zugrunde, dass im Interesse aller Beteiligten die an sich erlaubnispflichtige Tätigkeit auch ohne Erlaubnis aufgrund fingierter Erlaubnis zu Abwicklungszwecken für längstens zwölf Monate fortgeführt werden kann, soweit sie vorher erlaubt war und sich der Entleiher vergeblich um eine Erlaubnis bemüht. Das Fehlen einer Erlaubnis soll der Abwicklung bestehender rechtmäßig im Rahmen erlaubter Arbeitnehmerüberlassung geschlossener Verträge dann nicht entgegenstehen. 32

(bb) Zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen ist der dieser Vorschrift zugrunde liegende Rechtsgedanke auch auf die Situation zu übertragen, in der - wie hier - die Pflicht zur Einholung einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis nicht deshalb entstand, weil die alte Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis abzulaufen drohte, sondern weil erstmals durch die gesetzliche Neuregelung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes mit dem Missbrauchsverhinderungsgesetz eine Erlaubnispflicht entstand. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Verleiher - hier nicht in Betracht kommend - eine solche Erlaubnis beantragt hat und diese abgelehnt wurde oder ein diesem Tatbestand vergleichbarer Fall vorliegt. Denn ebenso wie im unmittelbaren Anwendungsbereich von § 2 Abs. 4 AÜG handelt es sich um eine Konstellation, in der der Verleiher bislang legal 33

Arbeitnehmerüberlassung betrieb und es ihm nunmehr erstmals an der erforderlichen Erlaubnis fehlt. Auch in einem solchen Fall kann mangels einer Erteilung der Erlaubnis die Abwicklung bestehender Verträge gefährdet sein.

Gesetzgeberische Entscheidungen stehen der Anwendung des Rechtsgedankens des § 2 Abs. 4 Satz 4 AÜG nicht entgegen. Der Gesetzgeber des Missbrauchsverhinderungsgesetzes hat diese Situation (*entgegen Arbeitsgericht Krefeld vom 15. Mai 2012 - 1 Ca 2551/11 - zu I 5 der Gründe; zust. Hamann jurisPR-ArbR 39/2012 Anm. 2*) durch das Missbrauchsverhinderungsgesetz nicht abschließend geregelt. Allerdings wurde dieses Gesetz bereits am 29. April 2011 verkündet und es trat die hier maßgebliche Änderung nach seinem Art. 2 Abs. 1 erst am 1. Dezember 2011 in Kraft. Dadurch sollte den Verleihern und Entleihern ausreichend Zeit gegeben werden, ihre vertraglichen Vereinbarungen und sonstigen Regelungen bei Bedarf an die neue Rechtslage anzupassen (*BT-Drs. 17/4804 S. 11; dazu BAG 10. Juli 2013 - 7 ABR 91/11 - Rn. 37*). Ihnen war damit auch die Möglichkeit eröffnet, die erforderliche Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis zu beantragen. Das Missbrauchsverhinderungsgesetz regelte jedoch nicht die Fälle, in denen auch bei Beantragung einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis deren Erteilung von vornherein nicht in Betracht kam.

34

(cc) Die Beklagte als Verleiher hat keine Erlaubnis nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz beantragt. Demzufolge ist eine solche auch nicht abgelehnt worden. Es liegt jedoch eine mit der Ablehnung einer beantragten Erlaubnis vergleichbare Situation vor. Ein Antrag der Beklagten wäre lediglich eine unnötige Förmerei gewesen, weil eine derartige Erlaubnis nicht hätte erteilt werden können. Dem hätte nämlich § 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG entgegengestanden.

35

Nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG ist eine Erlaubnis zu versagen, wenn der Antragsteller die für die Ausübung der Tätigkeit nach § 1 erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt, insbesondere weil er die dort im Einzelnen genannten Vorschriften nicht einhält. Das Gesetz sieht hiernach die Versagung der Erlaubnis in den Fällen zwingend vor, in denen der Verleiher sich mit seiner Tätigkeit als Verleiher außerhalb des gesetzlichen Rahmens bewegt. Dies war bei der Be-

36

klagen der Fall. Die von ihr betriebene Personalgestellung für einen Einsatz beim Jobcenter Kreis V als Gemeinsamer Einrichtung des Kreises V und der Bundesagentur für Arbeit war von vornherein gesetzwidrig, weil eine Zuweisung von Tätigkeiten bei der Gemeinsamen Einrichtung lediglich durch deren Träger - also die Bundesagentur für Arbeit und die kreisfreien Städte und Kreise (§ 6 Abs. 1 Satz 1 SGB II) - sowie die nach § 6 Abs. 2 Satz 1 SGB II herangezogenen Gemeinden und Gemeindeverbände zulässig ist. Es folgt dies aus dem SGB II in der durch das Organisationsweiterentwicklungsgesetz geschaffenen ab dem 1. Januar 2011 geltenden Fassung. Das zeigt insbesondere die Systematik und Entstehungsgeschichte des Gesetzes:

Nach § 44b Abs. 1 Satz 4 SGB II werden die Aufgaben der Gemeinsamen Einrichtung von Beamten und Arbeitnehmern wahrgenommen, denen entsprechende Tätigkeiten „zugewiesen“ sind. Die „Zuweisung von Tätigkeiten“ bei der Gemeinsamen Einrichtung ist ihrerseits in § 44g SGB II geregelt. Absatz 1 dieser Vorschrift betrifft die Zuweisung von Beamten und Arbeitnehmern der „Träger und der nach § 6 Absatz 2 Satz 1 herangezogenen Gemeinden und Gemeindeverbände“ in der Übergangssituation des Inkrafttretens des Organisationsweiterentwicklungsgesetzes. § 44g Abs. 2 SGB II regelt, dass spätere Zuweisungen nach den tarif- und beamtenrechtlichen Regelungen erfolgen. § 44g Abs. 4 SGB II bestimmt dann, dass die mit der Bundesagentur, dem kommunalen Träger oder einer nach § 6 Abs. 2 Satz 1 SGB II herangezogenen Gemeinde oder einem Gemeindeverband bestehenden Arbeitsverhältnisse unberührt bleiben. Diese Bestimmungen stehen in einem inneren Zusammenhang. Sie erlauben nur solche Zuweisungen, wie sie im Grundsatz bereits in § 44g Abs. 1 SGB II erfasst werden, also solche von Beamten und Arbeitnehmern der Träger und der herangezogenen Gemeinden und Gemeindeverbände.

37

Das entspricht dem Willen des historischen Gesetzgebers. Danach werden die Aufgaben der Gemeinsamen Einrichtung durch Beschäftigte der jeweiligen Träger wahrgenommen (*BT-Drs. 17/1555 S. 16*). Er ist zudem davon ausgegangen, dass für die Beschäftigten der Gemeinsamen Einrichtungen ein einheitlicher Tarifvertrag durch eine Tarifgemeinschaft der Bundesagentur und der kommunalen Träger geschaffen werden könnte, die mit den zuständigen

38

Gewerkschaften für alle Gemeinsamen Einrichtungen einen einheitlichen Tarifvertrag aushandeln (*BT-Drs. 17/1555 S. 28*).

Nach diesem vom Gesetzgeber beabsichtigten in sich geschlossenen System ist ein Einsatz von Arbeitnehmern, die mit anderen Arbeitgebern - hier der Beklagten - einen Arbeitsvertrag geschlossen haben, nicht mit dem SGB II vereinbar. 39

(dd) Demnach war die hier lediglich noch im Dezember vorgesehene Abwicklung der vor Inkrafttreten des Missbrauchsverhinderungsgesetzes abgeschlossenen und ab dessen Inkrafttreten möglicherweise der Erlaubnispflicht unterliegenden Arbeitnehmerüberlassungsverträge eine Abwicklung bestehender Verträge, für die nach dem Rechtsgedanken des § 2 Abs. 4 AÜG die Erlaubnis als bestehend gilt. Das gilt selbst dann, wenn man die dort vorgesehene Zwölfmonatsfrist schon ab dem frühestmöglichen Zeitpunkt, nämlich der Verkündung des Missbrauchsverhinderungsgesetzes am 29. April 2011, beginnen lassen wollte. 40

2. Das angefochtene Urteil war daher aufzuheben und der Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Aufgrund der bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts kommt eine eigene Sachentscheidung des Senats nicht in Betracht (§ 563 Abs. 3 ZPO). Das Landesarbeitsgericht hat keine ausdrücklichen Feststellungen getroffen, anhand derer die Wirksamkeit der Befristungsabrede überprüft werden könnte. 41

Die Überprüfung der Rechtswirksamkeit der Befristung ist nicht deshalb entbehrlich, weil die Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge und die am 18. März 1999 geschlossene Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge im Anhang dieser Richtlinie (*ABl. EG L 175 vom 10. Juli 1999 S. 43*) nicht für Leiharbeitnehmer gilt (*EuGH 11. April 2013 - C-290/12 - [Della Rocca]*). Das Teilzeit- und Befristungsgesetz enthält insoweit keine Ausnahmen für Leiharbeitnehmer (*vgl. BAG 15. Mai 2013 - 7 AZR 525/11 - Rn. 19*). 42

Da die Arbeitsverhältnisse der Parteien insgesamt länger als zwei Jahre gedauert haben, kommt eine sachgrundlose Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG nicht in Betracht. Ersichtlich liegen auch die Voraussetzungen von § 14 Abs. 2a oder § 14 Abs. 3 TzBfG nicht vor. Daher bedarf die Befristung des Arbeitsverhältnisses der Parteien eines sachlichen Grundes nach § 14 Abs. 1 TzBfG. In Betracht kommt der Sachgrund des vorübergehenden Bedarfs nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG. Das Landesarbeitsgericht wird insoweit die vom Senat entwickelten Grundsätze (*vgl. nur BAG 19. März 2014 - 7 AZR 718/12 - Rn. 25 ff.*) anzuwenden haben. Dabei wird es insbesondere zu prüfen haben, welche Bedeutung dem erst am 30. September 2010 gefassten, endgültigen Beschluss des Kreistags des Kreises V über die Organisation der Grundsicherung für Arbeitslose zukommt. Das Landesarbeitsgericht wird weiter zu berücksichtigen haben, dass ein vorübergehender Bedarf des Arbeitgebers, der sich aus der Planung eines Betriebsübergangs ergibt, keinen Sachgrund für eine Befristung darstellt (*BAG 30. Oktober 2008 - 8 AZR 855/07 - Rn. 40 mit Nachweisen*). Von weiteren Hinweisen sieht der Senat ab.

43

II. Die Zurückverweisung erfasst auch den Weiterbeschäftigungsantrag.

44

Linsenmaier

Kiel

Zwanziger

Busch

Kley