

Bundesarbeitsgericht
Neunter Senat

Urteil vom 17. Januar 2017
- 9 AZR 76/16 -
ECLI:DE:BAG:2017:170117.U.9AZR76.16.0

I. Arbeitsgericht
Kiel

Urteil vom 11. November 2014
- 5 Ca 760 c/14 -

II. Landesarbeitsgericht
Schleswig-Holstein

Urteil vom 1. Dezember 2015
- 1 Sa 439 b/14 -

Entscheidungsstichworte:

Arbeitnehmerstatus - GmbH-Geschäftsführer - Überlassung

Leitsätze:

1. Die Überlassung des Alleingeschafters und alleinigen Geschäftsführers einer Verleiher-GmbH unterliegt nicht dem Anwendungsbereich des AÜG.
2. Liegt eine Verleiherlaubnis vor und überlässt der Verleiher dem Entleiher auf der Grundlage eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags Arbeitskräfte, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zu ihm stehen, ist regelmäßig das Innenverhältnis zwischen dem Verleiher und der überlassenen Arbeitskraft, nicht aber das Außenverhältnis zum Entleiher betroffen. Bei Verstößen gegen die gesetzlichen Voraussetzungen für eine erlaubte Arbeitnehmerüberlassung müssen Rechtsfolgen grundsätzlich im Innenverhältnis eintreten.
3. Die auf einer selbstbestimmten und autonomen Auswahlentscheidung der Verleiher-GmbH beruhende „Selbstüberlassung“ ihres Alleingeschafters und alleinigen Geschäftsführers zur weisungsgebundenen Arbeitsleistung an einen Entleiher begründet ohne Hinzutreten weiterer Umstände jedenfalls dann kein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher, wenn die GmbH über eine Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 AÜG verfügt und als Verleiherin Dritten auch Leiharbeiter im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlässt.

BUNDESGERICHTSHOF



9 AZR 76/16

1 Sa 439 b/14

Landesarbeitsgericht
Schleswig-Holstein

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
17. Januar 2017

URTEIL

Brüne, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 17. Januar 2017 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Brühler, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Suckow und Zimmermann sowie die ehrenamtlichen Richter Stang und Neumann-Redlin für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein vom 1. Dezember 2015 - 1 Sa 439 b/14 - aufgehoben.
2. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Kiel vom 11. November 2014 - 5 Ca 760 c/14 - wird zurückgewiesen.
3. Der Kläger hat die Kosten der Berufung und der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob zwischen ihnen seit September 2007 ein Arbeitsverhältnis besteht und der Kläger bei der Beklagten im Umfang einer Vollzeitkraft als Kameramann zu beschäftigen ist. 1

Die Beklagte ist eine Rundfunkanstalt des öffentlichen Rechts. Sie beschäftigt Kameralleute sowohl als Arbeitnehmer als auch als freie Mitarbeiter. Gemäß einer internen Vorgabe der Beklagten darf ein freier Mitarbeiter für sie im Kalenderjahr nur höchstens an 60 Tagen tätig werden. 2

Der Kläger ist Kameramann. Er war seit 1996 als freier Kameraassistent und Kameramann für verschiedene Auftraggeber, zu denen auch die Beklagte zählte, tätig. Im Jahr 2000 wies der damalige Produktionschef der Beklagten M den Kläger darauf hin, eine umfangreichere Beschäftigung bei der Beklagten sei möglich, wenn der Kläger über ein Verleihunternehmen mit einer Erlaubnis nach § 1 AÜG ausgeliehen werden könne. Im selben Jahr gründete der Kläger die T TV-Produktionen GmbH (T GmbH). Ab dem Jahr 2001 war er deren einziger Gesellschafter und Geschäftsführer. Die T GmbH besaß die Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung und schloss in der Folgezeit mit der Beklagten Rahmenvereinbarungen über die Überlassung von „Produktionspersonal und ggf. Sachmittel[n]“. In den Rahmenvereinbarungen hieß es jeweils inhaltsgleich: 3

„...“

§ 2

...

- (3) Der Auftragnehmer versichert, dass er eine Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung gemäß § 1 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) hat. Eine Kopie der Verleiherlaubnis ist dem Vertrag beizufügen.

Darüber hinaus muss der Nachweis über die Verleiherlaubnis mindestens einmal jährlich gegenüber dem N / Abteilung „Zentrale Aufgaben Produktionsdirektion“ in H erfolgen.

Das Erlöschen der Verleiherlaubnis des Auftragnehmers sowie eine Verlängerung bei befristet erteilter Verleiherlaubnis sind ebenfalls umgehend dem N / Abteilung „Zentrale Aufgaben Produktionsdirektion“ in H zur Kenntnis zu geben.

- (4) Der Auftragnehmer verpflichtet sich, dem N nur solche Arbeitnehmer zu überlassen, die zu ihm mindestens für die Dauer der Überlassung an den N in einem Arbeitsverhältnis stehen.

...“

Der Kläger wurde in der Folgezeit weiterhin regelmäßig als Kameramann für die Beklagte und andere Auftraggeber eingesetzt. Jedenfalls ab September 2007 war er ausschließlich für die Beklagte als Kameramann tätig und zwar in den Monaten September bis Dezember 2007 an 45 Tagen, im Jahr 2008 an 195 Tagen, im Jahr 2009 an 191 Tagen, im Jahr 2010 an 152 Tagen, im Jahr 2011 an 169 Tagen, im Jahr 2012 an 163 Tagen und im Jahr 2013 an 144 Tagen. Außer dem Kläger beschäftigte die Beklagte auch Arbeitnehmer der T GmbH.

4

Vor Auftragserteilung fragte die Disposition der Beklagten bei der T GmbH an, ob ein Termin übernommen werden könne. Nach der Bestätigung wurde der Auftrag schriftlich durch die Beklagte erteilt. Eine Verpflichtung zur Übernahme eines Auftrags bestand nicht. Der Kläger erteilte der Disposition der Beklagten auch vereinzelt Absagen. Seine Arbeit bestand ganz überwiegend in der Kameraführung für Nachrichtenfilme oder kurze Magazinbeiträge. Für einen

5

Tageeseinsatz wurden der T GmbH pauschal zehn Stunden Einsatzzeit vergütet, unabhängig von der tatsächlichen Inanspruchnahme.

Im Januar 2014 sagte der Kläger auf Nachfrage der Disposition der Beklagten weitere Einsätze der T GmbH ab. Diese ist zwischenzeitlich aufgelöst. 6

Mit seiner Klage hat der Kläger geltend gemacht, er sei Arbeitnehmer der Beklagten und fortan als Kameramann im Umfang einer Vollzeitkraft zu beschäftigen. Der Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten könne nicht entgegengehalten werden, dass er im Rahmen einer erlaubten Arbeitnehmerüberlassung tätig geworden sei. Als Alleingesellschafter und Geschäftsführer der T GmbH sei er nicht deren Arbeitnehmer gewesen und könne dementsprechend auch nicht als solcher an die Beklagte verliehen worden sein. Zwischen den Parteien sei durch sog. Realofferte und Annahme der Arbeitsleistung ein als Arbeitsverhältnis zu qualifizierendes Vertragsverhältnis zustande gekommen. Er sei in seiner Funktion als Kameramann in zeitlicher, örtlicher und fachlicher Hinsicht gegenüber der Beklagten weisungsgebunden gewesen und in deren Betriebsabläufe integriert worden. 7

Der Kläger hat - soweit für die Revision von Bedeutung - beantragt 8

1. festzustellen, dass zwischen den Parteien seit dem 1. September 2007 ein Arbeitsverhältnis als Kameramann in Vollzeit (38,5 Wochenstunden) besteht;
2. die Beklagte zu verurteilen, ihn als Kameramann in Vollzeit zu beschäftigen, hilfsweise in dem vom Gericht festgestellten Volumen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie ist der Ansicht, zwischen den Parteien bestehe kein Arbeitsverhältnis. Der Kläger sei für sie allein auf der Grundlage der mit der T GmbH geschlossenen Rahmenvereinbarungen tätig geworden. Ein Vertragsverhältnis zwischen dem Kläger und ihr sei nicht zustande gekommen. 9

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, das Landesarbeitsgericht hat ihr - soweit für die Revision von Bedeutung - stattgegeben. Mit ihrer Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. 10

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision der Beklagten ist begründet. Die zulässige Klage ist nicht begründet. Der Kläger ist nicht Arbeitnehmer der Beklagten. Dementsprechend ist die Beklagte nicht verpflichtet, ihn als Kameramann zu beschäftigen. 11

A. Zwischen den Parteien ist kein Arbeitsverhältnis zustande gekommen. 12

I. Die Parteien haben keinen Arbeitsvertrag geschlossen. 13

1. Ein Arbeitsverhältnis wird durch den Abschluss eines Arbeitsvertrags begründet. Voraussetzung ist, dass sich der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber durch privatrechtlichen Vertrag - also den Austausch übereinstimmender Willenserklärungen (§§ 145 ff. BGB) - zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Arbeitnehmer ist derjenige Mitarbeiter, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Dabei sind alle Umstände des Einzelfalls in Betracht zu ziehen und deren Gesamtheit zu würdigen. Der objektive Geschäftsinhalt ist den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen und der praktischen Durchführung des Vertrags zu entnehmen. Zwingende gesetzliche Regelungen für Arbeitsverhältnisse können nicht dadurch abbedungen werden, dass die Parteien ihrem Arbeitsverhältnis eine andere Bezeichnung geben (BAG 9. April 2014 - 10 AZR 590/13 - Rn. 16 mwN). Widersprechen sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung, ist letztere maßgebend, weil sich aus der praktischen Handhabung der Vertragsbeziehungen am ehesten Rückschlüsse darauf ziehen lassen, von welchen Rechten und Pflichten die Vertragspartner ausgegangen sind, was sie also wirklich gewollt haben (st. Rspr., zB BAG 14. Juni 2016 - 9 AZR 305/15 - Rn. 15; 11. August 2015 - 9 AZR 98/14 - Rn. 16 mwN). Abstrakte, für alle Arbeitsverhältnisse geltende Merkmale lassen sich nicht aufstellen (BAG 14. Juni 2016 - 9 AZR 305/15 - aaO; 21. Juli 2015 - 9 AZR 484/14 - Rn. 20 mwN). 14

2. Bei Anwendung dieser Grundsätze haben die Parteien keinen Arbeitsvertrag vereinbart. 15
- a) Ein ausdrücklicher Vertragsschluss zwischen dem Kläger und der Beklagten liegt nicht vor und wird auch nicht vom Kläger behauptet. Die Tätigkeit des Klägers für die Beklagte erfolgte nach Maßgabe der Rahmenvereinbarungen aufgrund von Einzelvereinbarungen zwischen der Beklagten und der T GmbH. 16
- b) Ein Arbeitsvertrag ist auch nicht durch eine Realofferte und deren Annahme zustande gekommen. Die Arbeitsaufnahme und die weitere Tätigkeit des Klägers sowie die Entgegennahme der Arbeitsleistungen durch die Beklagte sollten nach Maßgabe der Rahmenvereinbarungen zwischen der Beklagten und der T GmbH im Wege der Arbeitnehmerüberlassung erfolgen. Die praktische Durchführung der Rahmenvereinbarungen konnte der Kläger nicht dahin gehend verstehen, dass sich die Beklagte gegenüber ihm persönlich arbeitsvertraglich binden wollte. 17
- aa) Ein Vertrag kann durch übereinstimmendes schlüssiges Verhalten (Realofferte und deren konkludente Annahme) zustande kommen (*BAG 9. April 2014 - 10 AZR 590/13 - Rn. 26; 17. April 2013 - 10 AZR 272/12 - Rn. 13, BAGE 145, 26*). Haben Parteien zB über einen Zeitraum von mehreren Jahren einvernehmlich Dienstleistung und Vergütung ausgetauscht, so kann darin der übereinstimmende Wille der Parteien zum Ausdruck kommen, einander zu den tatsächlich erbrachten Leistungen arbeitsvertraglich verbunden zu sein (*BAG 9. April 2014 - 10 AZR 590/13 - aaO*). 18
- bb) Nach dem übereinstimmenden Geschäftswillen aller Beteiligten dienten die Einsätze des Klägers als Kameramann der Erfüllung der Rahmenvereinbarungen und der auf deren Grundlage geschlossenen Einzelvereinbarungen. Bei dieser Lage konnten die Parteien ihr wechselseitiges Verhalten nach §§ 133, 157 BGB nicht im Sinne eines gemeinsamen, auf den Abschluss eines Arbeitsvertrags gerichteten Einverständnisses deuten. Es lässt sich insbesondere kein Rechtsbindungswille der Beklagten feststellen, zusätzlich zu der Vertragsbezie- 19

hung zu der T GmbH ein weiteres Rechtsverhältnis mit dem Kläger zu begründen.

c) Auch dem objektiven Geschäftsinhalt nach liegt kein Arbeitsverhältnis vor. Zwar lagen in der Person des Klägers nicht die gesetzlichen Voraussetzungen einer Arbeitnehmerüberlassung vor. Als Alleingesellschafter und alleiniger Geschäftsführer der T GmbH war er nicht deren Arbeitnehmer und konnte dementsprechend der Beklagten nicht als Leiharbeiter zur Arbeitsleistung überlassen werden. Dies führte jedoch nicht zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten. 20

aa) Eine Überlassung zur Arbeitsleistung iSd. § 1 Abs. 1 AÜG liegt vor, wenn einem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt werden, die in dessen Betrieb eingegliedert sind und ihre Arbeit nach Weisungen des Entleihers und in dessen Interesse ausführen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist nicht jeder drittbezogene Arbeitseinsatz eine Arbeitnehmerüberlassung iSd. AÜG. Diese ist vielmehr durch eine spezifische Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen zwischen Verleiher und Entleiher einerseits (dem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag) und zwischen Verleiher und Arbeitnehmer andererseits (dem Leiharbeitsvertrag) sowie durch das Fehlen einer arbeitsvertraglichen Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Entleiher gekennzeichnet (*BAG 20. September 2016 - 9 AZR 735/15 - Rn. 29; 15. April 2014 - 3 AZR 395/11 - Rn. 20 mwN*). Notwendiger Inhalt eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags ist die Verpflichtung des Verleihers gegenüber dem Entleiher, diesem zur Förderung von dessen Betriebszwecken Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen (*BAG 15. April 2014 - 3 AZR 395/11 - aaO*). Eine Arbeitnehmerüberlassung iSd. AÜG setzt voraus, dass es sich bei der zur Arbeitsleistung an einen Entleiher überlassenen Person um einen Arbeitnehmer iSv. § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG handelt (*vgl. BAG 17. März 2015 - 1 ABR 62/12 (A) - Rn. 11, BAGE 151, 131; 9. November 1994 - 7 AZR 217/94 - zu II der Gründe, BAGE 78, 252*). 21

(1) Gesellschafter können grundsätzlich in einem Arbeitsverhältnis zu der Gesellschaft stehen, deren Gesellschafter sie sind (*BAG 17. September 2014 - 10 AZB 43/14 - Rn. 22 mwN, BAGE 149, 110*). Entsprechendes gilt - in 22

Ausnahmefällen - für Geschäftsführer einer GmbH (vgl. BAG 26. Oktober 2012 - 10 AZB 55/12 - Rn. 14; vgl. auch BAG 31. Juli 2014 - 2 AZR 422/13 - Rn. 25, BAGE 149, 18; grdl. bereits BAG 26. Mai 1999 - 5 AZR 664/98 - zu III 1 der Gründe). Ein Arbeitsverhältnis liegt demgegenüber nicht vor, wenn ein Gesellschafter als Kapitaleigner einen so großen Einfluss auf die Führung der Gesellschaft hat, dass er über seine Gesellschafterstellung letztlich auch die Leitungsmacht hat. Ob ein solcher Einfluss besteht, richtet sich in erster Linie nach den Stimmrechtsverhältnissen. Dementsprechend kann regelmäßig ein Gesellschafter, dem mehr als 50 % der Stimmrechte zustehen, nicht zugleich Arbeitnehmer dieser Gesellschaft sein. Auch der Minderheitsgesellschafter ist bei Bestehen einer Sperrminorität im Regelfall kein Arbeitnehmer (BAG 17. September 2014 - 10 AZB 43/14 - aaO mwN). Danach war der Kläger als Alleingesellschafter der T GmbH nicht deren Arbeitnehmer und unterfiel damit nicht dem Anwendungsbereich des AÜG.

(2) Eine andere Beurteilung folgt auch nicht aus dem Unionsrecht. Als 23
Alleingesellschafter und alleiniger Geschäftsführer der T GmbH ist der Kläger nicht „Arbeitnehmer“ iSd. Art. 1 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit (ABl. EU L 327 vom 5. Dezember 2008 S. 9).

(a) Nach Art. 3 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2008/104/EG bezeichnet der 24
Ausdruck „Arbeitnehmer“ eine Person, die in dem betreffenden Mitgliedstaat nach dem nationalen Arbeitsrecht als Arbeitnehmer geschützt ist. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung fällt unter den Arbeitnehmerbegriff im Sinne dieser Richtlinie jede Person, die eine Arbeitsleistung erbringt und die in dieser Eigenschaft in dem betreffenden Mitgliedstaat geschützt ist. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union besteht das wesentliche Merkmal eines Arbeitsverhältnisses darin, dass eine Person während einer bestimmten Zeit für eine andere Person nach deren Weisung Leistungen erbringt, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält, wobei die rechtliche Einordnung dieses Verhältnisses nach nationalem Recht und seine Ausgestaltung

ebenso wie die Art der zwischen beiden Personen bestehenden Rechtsbeziehung insoweit nicht ausschlaggebend sind (*EuGH 17. November 2016 - C-216/15 - [Betriebsrat der Ruhrlandklinik] Rn. 27 mwN*). Aus Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 2008/104/EG sowie aus ihrem Art. 3 Abs. 1 Buchst. c, der den Begriff „Leiharbeitnehmer“ bestimmt, ergibt sich außerdem, dass die Richtlinie nicht nur auf diejenigen Arbeitnehmer Anwendung findet, die mit einem Leiharbeitsunternehmen einen Arbeitsvertrag geschlossen haben, sondern auch auf diejenigen, die mit einem solchen Unternehmen ein „Beschäftigungsverhältnis“ eingegangen sind. Von dem Arbeitnehmerbegriff iSd. Richtlinie 2008/104/EG ist danach jede Person erfasst, die eine Arbeitsleistung erbringt, das heißt, die während einer bestimmten Zeit für eine andere Person nach deren Weisung Leistungen erbringt, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält, und die in dem betreffenden Mitgliedstaat aufgrund der Arbeitsleistung, die sie erbringt, geschützt ist (*vgl. EuGH 17. November 2016 - C-216/15 - [Betriebsrat der Ruhrlandklinik] Rn. 33, 43*).

(b) Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist es nicht ausgeschlossen, dass das Mitglied eines Leitungsorgans einer Kapitalgesellschaft „Arbeitnehmer“ iSd. Unionsrechts ist (*vgl. EuGH 9. Juli 2015 - C-229/14 - [Balkaya] Rn. 38; 11. November 2010 - C-232/09 - [Danosa] Rn. 47, Slg. 2010, I-11405*). Die Eigenschaft als „Arbeitnehmer“ iSd. Unionsrechts hängt von den Bedingungen ab, unter denen das Mitglied des Leitungsorgans bestellt wurde, der Art der ihm übertragenen Aufgaben, dem Rahmen, in dem diese Aufgaben ausgeführt werden, dem Umfang der Befugnisse des Mitglieds und der Kontrolle, der es innerhalb der Gesellschaft unterliegt, sowie der Umstände, unter denen es abberufen werden kann (*vgl. EuGH 9. Juli 2015 - C-229/14 - [Balkaya] aaO; 11. November 2010 - C-232/09 - [Danosa] aaO*).

(c) Nach diesen Grundsätzen war der Kläger im Verhältnis zur T GmbH nicht „Arbeitnehmer“ iSd. Richtlinie 2008/104/EG. Denn als Alleingesellschafter der T GmbH konnte er sich weder in dem erforderlichen Unterordnungsverhältnis gegenüber der Gesellschaft befinden noch den daraus abzuleitenden Schutz genießen.

bb) Der tatsächliche Geschäftsinhalt der ausdrücklich vereinbarten Arbeitnehmerüberlassung und des tatsächlichen Einsatzes wie ein Leiharbeitnehmer ist ohne Hinzutreten weiterer Umstände jedenfalls dann nicht auf die Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher gerichtet, wenn es sich bei der zur Arbeitsleistung an einen Entleiher überlassenen Person um den Alleingesellschafter und alleinigen Geschäftsführer der Verleiherin handelt, die Verleiherin über eine Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 AÜG verfügt und die Gesellschaft - wie vorliegend die T GmbH - als Verleiherin Dritten auch Leiharbeitnehmer im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlässt (*aA Hamann jurisPR-ArbR 9/2016 Anm. 1*). In einem solchen Fall werden zwingende gesetzliche Regelungen für Arbeitsverhältnisse, die die Rechtsbeziehung der überlassenen Arbeitskraft und des Entleihers berühren, grundsätzlich nicht abbedungen. 27

(1) Mit dem AÜG werden die Voraussetzungen der legalen Arbeitnehmerüberlassung geregelt und nach den Vorgaben der Richtlinie 2008/104/EG sozialverträglich ausgestaltet. Neben straf- und ordnungswidrigkeitsrechtlichen Sanktionen (§§ 15, 15a, 16 AÜG) schützt die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG den Arbeitnehmer, wenn der Verleiher nicht im Besitz einer Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 AÜG ist (*BAG 18. Januar 2012 - 7 AZR 723/10 - Rn. 20*). Das in § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG angeordnete Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer kompensiert den Verlust, den der Leiharbeitnehmer andernfalls infolge der Regelung in § 9 Nr. 1 AÜG erlitte. Ohne die Regelung in § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG arbeitete der Leiharbeitnehmer, der von seinem Vertragsarbeitgeber entgegen § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG ohne Erlaubnis einem Dritten überlassen wird, ohne arbeitsvertragliche Grundlage. Seine Ansprüche, die sich allein gegen den Verleiher richteten, wären nach den Grundsätzen über das faktische Arbeitsverhältnis und der Schadensersatzbestimmung des § 10 Abs. 2 AÜG zu ermitteln (*BAG 20. September 2016 - 9 AZR 735/15 - Rn. 54*). 28

(2) Das Vorliegen einer Verleiherlaubnis berechtigt den Verleiher somit, Arbeitnehmer im Rahmen seiner wirtschaftlichen Tätigkeit Dritten zur Arbeits- 29

leistung zu überlassen. Der Leiharbeitnehmer kann in den Betrieb des Entleiher eingegliedert werden und dort nach dessen Weisungen Arbeitsleistungen erbringen, ohne dass zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis als zustande gekommen gilt.

(3) Die gesetzgeberische Wertung, dass bei Vorliegen einer Verleiherlaubnis die Überlassung von Arbeitnehmern zur Arbeitsleistung nicht zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher führt, ist auf die (Selbst-)Überlassung des Alleingeschafters und alleinigen Geschäftsführers einer GmbH grundsätzlich übertragbar, soweit der Gesellschafter-Geschäftsführer die weisungsgebundenen Arbeitsleistungen nach dem tatsächlichen Geschäftsinhalt der unter seiner Beteiligung getroffenen Überlassungsvereinbarung nicht bereits von vornherein persönlich zu erbringen hatte. Die Auswahlentscheidung, welche konkrete Arbeitskraft dem Entleiher zur Verfügung gestellt wird, trifft allein der Verleiher. 30

Rechtsverstöße bei dieser Auswahl betreffen das Rechtsverhältnis zwischen Verleiher und der überlassenen Arbeitskraft. Das Außenverhältnis zum Entleiher ist nicht berührt. Für diesen ist maßgeblich, dass ihm zur Förderung seiner Betriebszwecke geeignete Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt werden, damit er diese nach seinen eigenen Vorstellungen und Zielen in seinem Betrieb wie eigene Arbeitnehmer einsetzen kann. Die Vertragspflicht des Verleihers gegenüber dem Entleiher ist dementsprechend darauf gerichtet, dass er die Arbeitskräfte auswählt und sie dem Entleiher zur Arbeitsleistung zur Verfügung stellt (*vgl. BAG 15. April 2014 - 3 AZR 395/11 - Rn. 20; 22. Juni 1994 - 7 AZR 286/93 - zu IV 2 a der Gründe, BAGE 77, 102*). 31

Auch wenn der Alleingesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH nicht deren arbeitsrechtlichem Weisungsrecht untersteht, ist es ihm im Verhältnis zur GmbH aufgrund seiner gesellschaftsrechtlichen Stellung möglich, sich selbst zur Erfüllung des Arbeitnehmerüberlassungsvertrags zur weisungsgebundenen Arbeitsleistung dem Entleiher zu überlassen. Er kann mithin eigenständig darüber entscheiden, ob er die Verpflichtung aus dem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag dadurch erfüllt, dass er einen Arbeitnehmer überlässt oder 32

selbst für den Entleiher tätig wird. Dies gilt freilich dann nicht, wenn er bereits im Arbeitnehmerüberlassungsvertrag oder einer sonstigen Vereinbarung als die zur Arbeitsleistung zu überlassende Person von vornherein namentlich festgelegt und eine Auswahlentscheidung dadurch ausgeschlossen ist.

Trifft der Gesellschafter-Geschäftsführer dagegen die ungebundene, autonome Entscheidung, selbst tätig zu werden, betrifft dies in der Regel allein seine Vertragsbeziehung zur Gesellschaft, ohne auf das durch den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag vermittelte Rechtsverhältnis zum Entleiher auszustrahlen. Der Geschäftsführeranstellungsvertrag behält seine Rechtswirksamkeit. Die Neubegründung eines weiteren Anstellungsverhältnisses bei dem Entleiher ist durch den Schutzzweck des AÜG nicht veranlasst.

33

(4) Das Regelungsgefüge von § 1 Abs. 1 Satz 1, § 9 Nr. 1 und § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG, durch das ein gerechter Interessenausgleich zwischen den Beteiligten geschaffen werden soll (*BAG 20. Januar 2016 - 7 AZR 535/13 - Rn. 48*), differenziert zwischen den verschiedenen Vertragsverhältnissen der bei der Arbeitnehmerüberlassung beteiligten Personen. 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 Leiharbeitnehmer gemäß § 9 Nr. 1 AÜG 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 Leiharbeitnehmers, dessen Arbeitsvertrag mit dem Verleiher nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam ist (*BT-Drs. VI/2303 S. 13 f.*).

34

Dabei ist nach der Gesetzesbegründung auch berücksichtigt, dass sowohl der Leiharbeitnehmer 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 (*BAG 20. Januar 2016*

35

- 7 AZR 535/13 - Rn. 48; vgl. BT-Drs. VI/2303 S. 14). Eine Verpflichtung zur Überprüfung, in welcher konkreten Rechtsbeziehung die überlassene Arbeitskraft zum Verleiher steht, trifft den Entleiher nicht. Liegt eine Verleiherlaubnis vor und überlässt der Verleiher dem Entleiher auf der Grundlage eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags Arbeitskräfte, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zu ihm stehen, ist danach regelmäßig das Innenverhältnis zwischen Verleiher und der überlassenen Arbeitskraft, nicht aber das Außenverhältnis zum Entleiher betroffen. Dementsprechend müssen grundsätzlich auch die Rechtsfolgen bei Verstößen gegen die gesetzlichen Voraussetzungen für eine erlaubte Arbeitnehmerüberlassung dort eintreten. Dies gilt auch dann, wenn es sich bei der überlassenen Person um den Geschäftsführer des in der Rechtsform einer GmbH organisierten Verleihunternehmens handelt und die Auswahlentscheidung bei dem Verleiher lag.

(5) Gemessen an den vorstehenden Grundsätzen hatte der tatsächliche Geschäftswille nicht die Begründung eines Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien zum Gegenstand. Der tatsächliche Einsatz des Klägers bei der Beklagten erfolgte aufgrund der Rahmenvereinbarungen und der dazu geschlossenen Einzelvereinbarungen zwischen der T GmbH und der Beklagten, die eine Arbeitnehmerüberlassung zum Gegenstand hatten. Darin war abstrakt die Überlassung von „Produktionspersonal“ geregelt, ohne bereits von vornherein den Kläger als die zu überlassende Person festzulegen. Gemäß § 1 Satz 2 der Rahmenvereinbarungen sollte die Beklagte „die Anforderung mit den Einzelheiten über die Qualifikation des Personals sowie besondere berufliche Fähigkeiten“ übermitteln. Nach Erteilung des jeweiligen Auftrags oblag die Auswahlentscheidung über die zu überlassende Person der T GmbH. Soweit die Beklagte Kameraleute anforderte, wurde ihr zwar regelmäßig, aber nicht ausschließlich der Kläger zur Arbeitsleistung überlassen. In Einzelfällen überließ die T GmbH auch eine bei ihr angestellte Mitarbeiterin als Kamerafrau. Auf der Grundlage der Rahmenvereinbarungen hat die T GmbH der Beklagten zudem auch weiteres Personal (Kameraassistenten) zur Verfügung gestellt.

36

- II. Zwischen den Parteien ist auch unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs kein Arbeitsverhältnis zustande gekommen. 37
1. Der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) als Gebot der Redlichkeit und allgemeine Schranke der Rechtsausübung beschränkt sowohl subjektive Rechte als auch Rechtsinstitute und Normen. Rechtsmissbrauch setzt voraus, dass ein Vertragspartner eine an sich rechtlich mögliche Gestaltung in einer mit Treu und Glauben unvereinbaren Weise nur dazu verwendet, sich zum Nachteil des anderen Vertragspartners Vorteile zu verschaffen, die nach dem Zweck der Norm und des Rechtsinstituts nicht vorgesehen sind. Beim institutionellen Rechtsmissbrauch ergibt sich der Vorwurf bereits aus dem Sinn und Zweck des Rechtsinstituts. Die institutionelle Rechtsmissbrauchskontrolle verlangt daher weder ein subjektives Element noch eine Umgehungsabsicht. Die Annahme eines institutionellen Rechtsmissbrauchs bedarf jedoch des Rückbezugs auf die Gestaltungsmöglichkeiten, die das Recht den Vertragspartnern einräumt. Vertragsgestaltungen können nur dann als rechtsmissbräuchlich angesehen werden, wenn sie gravierend von den Gestaltungsmöglichkeiten abweichen, die nach der Konzeption des Gesetzes noch gebilligt sind (*BAG 15. Mai 2013 - 7 AZR 494/11 - Rn. 27*). 38
2. Hiernach liegt kein Fall des institutionellen Rechtsmissbrauchs vor, der das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien gebieten würde. Ein solcher folgt insbesondere nicht aus der Umgehung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften. 39
- a) Sollen durch vertragliche Gestaltung zwingende soziale Schutzrechte umgangen werden, bleiben die sich daraus ergebenden Ansprüche bestehen. Die Gestaltung ist insoweit nichtig, als sie diese Ansprüche vereitelt. Ein Rechtsmissbrauch kann sich auch aus dem bewussten und gewollten Zusammenwirken mehrerer Personen bei den Vertragsgestaltungen ergeben. Dies kann auch dazu führen, dass sich Rechte, die durch Zwischenschaltung eines „Strohmanns“ umgangen werden sollen, gegen einen Dritten richten können (*BAG 15. Mai 2013 - 7 AZR 494/11 - Rn. 33 mwN*). Sollen im bewussten und gewollten Zusammenwirken arbeitsrechtliche Schutzvorschriften umgangen 40

werden, kann dies zur Folge haben, dass sich eine hieran beteiligte Person so behandeln lassen muss, wie sie bei Anwendung der umgangenen Vorschriften zu behandeln wäre. Hieraus folgt freilich nicht zwingend, dass das Vertragsverhältnis zu dem dazwischen geschalteten Dritten nichtig ist. Die Rechtsfolge kann vielmehr auch darin bestehen, dass sich bei Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses zu dem Dritten nur einzelne Ansprüche gegen denjenigen richten, der rechtsmissbräuchlich vertragliche Beziehungen zu sich verhindert hat. Entscheidend sind der Schutzzweck der umgangenen Norm und die Frage, ob die Umgehung gerade in der Verhinderung der gesetzlich an sich vorgesehenen Begründung eines Rechtsverhältnisses zu einem Dritten insgesamt oder lediglich in der Vermeidung oder Verkürzung einzelner Ansprüche liegt (*BAG 15. Mai 2013 - 7 AZR 494/11 - aaO mwN*).

b) Unter dem Gesichtspunkt der Vermeidung eines Arbeitsverhältnisses zur Beklagten kann im Streitfall kein Rechtsmissbrauch angenommen werden. Der Einsatz des Klägers über ein Verleihunternehmen mit einer Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG erfolgte zwar auf Anregung der Beklagten, um jenem eine umfangreichere Beschäftigung bei ihr unter Vermeidung der Begründung eines Arbeitsverhältnisses zu ermöglichen. Weder in diesem Hinweis noch in der späteren Einbeziehung der T GmbH liegt jedoch eine Umgehung zwingender arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften zur Verhinderung einer gesetzlich an sich vorgesehenen Begründung eines Rechtsverhältnisses zur Beklagten. Die Arbeitnehmerüberlassung ist eine gesetzlich gestattete Form des Fremdpersonaleinsatzes. 41

Die Überlassung des Klägers durch die T GmbH an die Beklagte erfolgte zwar außerhalb des Anwendungsbereichs des AÜG. Gleichwohl lag in der Beschäftigung des Klägers über die T GmbH keine rechtsmissbräuchliche Vertragsgestaltung durch die Zwischenschaltung eines „Strohmanns“. Der Kläger ist als Alleingesellschafter und Geschäftsführer der T GmbH einer unternehmerischen Tätigkeit nachgegangen, die sich nicht auf einen persönlichen Einsatz im Rahmen einer sog. „Ein-Mann-GmbH“ für die Beklagte beschränkte. Nach Gründung der T GmbH und Erteilung der Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlas- 42

sung war der Kläger bis August 2007 auch für andere Auftraggeber tätig. Zudem war das Geschäftsfeld der T GmbH nicht auf die Überlassung der Arbeitskraft des Klägers begrenzt. Neben dem Kläger überließ die T GmbH der Beklagten auch bei ihr angestellte Arbeitnehmer. Diese umfassende unternehmerische Tätigkeit steht der Annahme entgegen, dass in der gewählten Vertragskonstruktion gerade die Verhinderung eines Arbeitsverhältnisses liegt. Schließlich ist auch nicht erkennbar, dass die Beklagte mit dem Hinweis auf eine Beschäftigungsmöglichkeit als Leiharbeitnehmer die Gründung einer „Ein-Mann-GmbH“ intendierte, deren einziger oder überwiegender Zweck darin bestehen sollte, den Kläger unter Vermeidung des Zustandekommens eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten weisungsgebunden beschäftigen zu können.

III. In der Zwischenschaltung der T GmbH liegt auch kein Scheingeschäft iSv. § 117 Abs. 1 BGB, durch das ein Arbeitsverhältnis verdeckt werden sollte (§ 117 Abs. 2 BGB). 43

1. Bei einem Scheingeschäft iSv. § 117 Abs. 1 BGB wollen die Parteien einverständlich nur den äußeren Schein eines Rechtsgeschäfts hervorrufen. In Wirklichkeit sollen die mit dem betreffenden Rechtsgeschäft verbundenen Rechtswirkungen nicht eintreten. Ein Scheingeschäft liegt nicht vor, wenn es zur Herbeiführung des von den Parteien tatsächlich beabsichtigten Erfolgs der wirksamen Vornahme des betreffenden Rechtsgeschäfts gerade bedarf (BAG 26. April 2006 - 7 AZR 366/05 - Rn. 20). Das als Scheingeschäft geschlossene Rechtsgeschäft kann zugleich den Tatbestand eines von den Parteien ernstlich gewollten Rechtsgeschäfts verdecken und gemäß § 117 Abs. 2 BGB deren Rechtsbeziehungen bestimmen, wenn der Teil der Vertragsbestimmungen, der dem wirklichen Willen der Vertragspartner entspricht, für sich allein eine vertragliche Haftung begründen kann, also rechtsgültig und wirksam ist (BGH 28. Juni 1984 - IX ZR 143/83 - zu II 2 der Gründe; vgl. auch BGH 13. Mai 2016 - V ZR 265/14 - Rn. 15). 44

2. Danach stellen die Rahmenvereinbarungen zwischen der T GmbH und der Beklagten und die darauf beruhenden Einzelvereinbarungen kein Scheingeschäft dar. Beide Vertragspartner wollten übereinstimmend die Überlassung 45

der Arbeitskräfte und haben zu diesem Zweck die Vereinbarungen geschlossen.

B. Der Kläger hat gemäß § 91 Abs. 1 ZPO die Kosten der Berufung und der Revision zu tragen. 46

Brühler

Suckow

Zimmermann

Stang

Neumann-Redlin