

Bundesarbeitsgericht
Neunter Senat

Urteil vom 12. Juli 2016
- 9 AZR 51/15 -
ECLI:DE:BAG:2016:120716.U.9AZR51.15.0

I. Arbeitsgericht
Stuttgart

Urteil vom 8. April 2014
- 16 Ca 8713/13 -

II. Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg

Urteil vom 3. Dezember 2014
- 4 Sa 41/14 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Werkvertrag - verdeckte Arbeitnehmerüberlassung

Bestimmungen:

AÜG § 1 Abs. 1 und Abs. 2, §§ 2, 4 Abs. 1, § 5 Abs. 1, § 9 Nr. 1, § 10
Abs. 1 Satz 1, § 12 Abs. 1; BGB §§ 117, 125, 134, 242

Hinweis des Senats:

Teilweise Parallelentscheidung zu führender Sache - 9 AZR 352/15 -

BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 51/15

4 Sa 41/14

Landesarbeitsgericht

Baden-Württemberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am

12. Juli 2016

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 12. Juli 2016 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Brühler, die Richter am Bundesarbeitsgericht Krasshöfer und Dr. Suckow sowie die ehrenamtlichen Richter Heilmann und Jacob für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 3. Dezember 2014 - 4 Sa 41/14 - aufgehoben.
2. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Stuttgart vom 8. April 2014 - 16 Ca 8713/13 - 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 ein Arbeitsverhältnis besteht. 1
- Der Kläger ist Entwicklungsingenieur. Er war vom 20. Mai 2011 bis zum 16. Mai 2014 bei der Beklagten, einem Tochterunternehmen der D AG, als sog. Fremdarbeitskraft tätig. Vertragsarbeitgeberinnen des Klägers waren vom 20. Mai 2011 bis zum 31. Dezember 2012 die ES GmbH, vom 1. Januar 2013 bis zum 30. September 2013 die B GmbH und ab dem 1. Oktober 2013 die e AG. Die drei Vertragsarbeitgeberinnen des Klägers waren jeweils im Besitz einer vor dem Jahr 2011 erteilten Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung. 2
- Dem Einsatz des Klägers lagen als „Einkaufsabschlüsse“ bezeichnete Rahmenverträge zwischen der D AG und der jeweiligen Vertragsarbeitgeberin des Klägers zugrunde. Darin wurden die zu erbringenden Leistungen größtenteils als im Rahmen eines Werkvertrags zu erbringende Leistungen beschrieben. Das Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der ES GmbH wurde begründet, nachdem sich der Kläger mit dem Vorgesetzten der ES GmbH bei einem Mitarbeiter der Beklagten vorgestellt hatte. 3
- Der Kläger ist Mitglied der IG Metall. Die Beklagte ist Mitglied im Verband der Metall- und Elektroindustrie Baden-Württemberg e. V. 4

In dem zwischen dem Verband der Metall- und Elektroindustrie Baden-Württemberg und der IG Metall geschlossenen Tarifvertrag Leih-/Zeitarbeit vom 19. Mai 2012 (im Folgenden TV LeiZ) heißt es auszugsweise:

5

„4. Betriebe ohne Betriebsvereinbarung

4.1 Besteht keine Betriebsvereinbarung gemäß Ziffer 3, gilt Folgendes:

- Nach 18 Monaten Überlassung* hat der Entleiher zu prüfen, ob er dem Leih-/Zeitarbeitnehmer einen unbefristeten Arbeitsvertrag anbieten kann.
- Nach 24 Monaten Überlassung* hat der Entleiher dem Leih-/Zeitarbeitnehmer einen unbefristeten Arbeitsvertrag anzubieten. Dieses kann nach Beratung mit dem Betriebsrat bei akuten Beschäftigungsproblemen entfallen.

Bei Unterbrechungen von weniger als drei Monaten werden Einsatzzeiten im selben Betrieb addiert.

**Beschäftigungszeiten nach den obigen Spiegelstrichen zählen ab dem Inkrafttreten des Tarifvertrages, unabhängig vom tatsächlichen Eintrittstermin vor Inkrafttreten des Tarifvertrages.*

...

8. Schlussbestimmungen

8.1 Der Tarifvertrag tritt am 20. Mai 2012 in Kraft ...“

Der Kläger übte seine Tätigkeit durchgehend im Werk M der Beklagten aus, und zwar in einem Großraumbüro, in dem das Team „Innenausstattung“ untergebracht ist und in dem sowohl Mitarbeiter der Beklagten als auch Fremdarbeitskräfte tätig waren. Die Arbeitsplätze der Fremdarbeitskräfte waren als solche beschildert. Im Organigramm der Beklagten wurden sowohl die Mitarbeiter der Beklagten als auch die Fremdarbeitskräfte namentlich benannt. Der Kläger war hauptsächlich mit der Bearbeitung von Kundensonderwünschen und im Bereich der Neuentwicklung und der Konstruktion diverser Bauteile der Serienfertigung für die Modelle C1 und C2 beschäftigt. Er arbeitete mit Betriebsmit-

6

teln der Beklagten. Er verfügte über Berechtigungen, um mit den Systemen der Beklagten zu kommunizieren und auf Konstruktionsprogramme zuzugreifen. Die Arbeitsaufgaben wurden von den jeweiligen Fachabteilungen in das SAP-System unter namentlicher Zuordnung zum Kläger eingegeben. Die Prüfung und Freigabe seiner Arbeitsergebnisse erfolgte durch Mitarbeiter der Beklagten. Der Kläger nahm an Schulungen der Beklagten teil. Im „Urlaubskalender“ der Beklagten waren sowohl die Mitarbeiter der Beklagten als auch die Fremdarbeitskräfte eingetragen. Für Brückentage und Zeiten der Betriebsruhe wurden die Fremdarbeitskräfte von einem Mitarbeiter der Beklagten aufgefordert, Urlaub zu nehmen.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, zwischen ihm und der Beklagten sei ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen. Er sei vollständig in ihren Betrieb eingegliedert gewesen und habe deren Weisungen unterlegen. Er habe nicht aufgrund eines Werkvertrags, sondern im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung für die Beklagte gearbeitet. Die Überlassungen seien schon wegen eines Verstoßes gegen § 12 AÜG formnichtig. Sie seien auch deshalb unwirksam, weil sie nicht nur vorübergehend, sondern auf Dauer angelegt gewesen seien. Außerdem sei die Arbeitnehmerüberlassung bewusst verdeckt erfolgt, um den über das AÜG vermittelten Sozialschutz der Fremdarbeitskräfte zu umgehen. Die Beklagte betreibe institutionellen Rechtsmissbrauch. Sie könne sich nicht auf die Erlaubnisse zur Arbeitnehmerüberlassung berufen.

7

In der Berufungsinstanz hat der Kläger über die erstinstanzlich gestellten Feststellungsanträge hinaus hilfsweise einen Anspruch auf Unterbreitung eines Angebots zum Abschluss eines Arbeitsvertrags nach Ziff. 4.1 TV LeiZ geltend gemacht. Er hat hierzu die Auffassung vertreten, der Anspruch sei 24 Monate nach Inkrafttreten des TV LeiZ, also am 20. Mai 2014 entstanden. Die Beklagte habe bewusst den Eintritt der Anspruchsvoraussetzungen vereitelt, indem sie ihn zum 16. Mai 2014, somit vier Tage vor der Entstehung des Anspruchs, ausgegliedert habe. Dies sei treuwidrig, zumal der Rahmenvertrag mit der e AG noch eine Laufzeit bis zum 31. Dezember 2014 gehabt habe. Die

8

Aufträge würden nunmehr von einer anderen Fremdarbeitskraft weiterbearbeitet.

Der Kläger hat zuletzt beantragt

9

1. festzustellen, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis seit dem 20. Mai 2011 besteht;
2. hilfsweise festzustellen, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis besteht;
3. hilfsweise die Beklagte zu verurteilen, ihm den Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrags anzubieten, aufgrund dessen er als Konstruktionsingenieur bei der Beklagten beschäftigt wird.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, eine Arbeitnehmerüberlassung liege nicht vor. Der Kläger sei nicht in ihren Betrieb eingegliedert gewesen. Sie habe keinen Einfluss auf die Personalauswahl gehabt. Selbst wenn Arbeitnehmerüberlassung vorgelegen hätte, schlossen die erteilten Erlaubnisse zur Arbeitnehmerüberlassung eine Anwendung von § 9 Nr. 1, § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aus. Auch dann, wenn ein Verstoß gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens anzunehmen sei, könne die Rechtsfolge nicht in der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien bestehen. Der Gesetzgeber habe für diese Fallgestaltung gerade kein Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher vorgesehen. Über diesen gesetzgeberischen Willen dürften sich die Gerichte nicht hinwegsetzen. Auch ein Verstoß gegen das Schriftformerfordernis des § 12 AÜG könne eine solche Fiktion nicht begründen. Entsprechendes gelte für einen fehlenden Nutzungswillen der Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung.

10

Der hilfsweisen Klageerweiterung in der Berufungsinstanz hat die Beklagte nicht zugestimmt. Sie hält diese nicht für sachdienlich. Hinsichtlich der Ausgliederung des Klägers liege kein Rechtsmissbrauch vor. Der Kläger sei ausgegliedert worden, weil das Auftragsvolumen aus dem „Werkvertrag“ mit der e AG vollständig abgearbeitet und der Vertrag damit beendet gewesen sei.

11

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht das Urteil des Arbeitsgerichts abgeändert

12

und festgestellt, dass zwischen den Parteien seit dem 20. Mai 2011 ein Arbeitsverhältnis besteht. Mit ihrer Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Der Kläger beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe

- A. Die zulässige Revision der Beklagten ist begründet und führt zur Wiederherstellung des klageabweisenden Urteils des Arbeitsgerichts. Die Klage ist im Hauptantrag zulässig, aber unbegründet. Der Hilfsantrag zu 2. ist zulässig, aber unbegründet. Der Hilfsantrag zu 3. ist unzulässig. 13
- I. Der Hauptantrag und der Hilfsantrag zu 2. sind zulässig. 14
1. Die Anträge sind auf das Bestehen eines gegenwärtigen Rechtsverhältnisses gerichtet. Der Kläger begehrt die Feststellung, dass zwischen den Parteien seit dem 20. Mai 2011 oder wenigstens zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz ein Arbeitsverhältnis besteht. Dies beinhaltet sowohl die Feststellung, dass zu dem genannten Zeitpunkt bereits ein Arbeitsverhältnis bestanden hat, als auch, dass dieses nach wie vor fortbesteht. Die letztgenannte gegenwartsbezogene Komponente bezieht sich auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung im Berufungsverfahren (vgl. BAG 15. Mai 2013 - 7 AZR 494/11 - Rn. 15). 15
2. Das Feststellungsinteresse gemäß § 256 Abs. 1 ZPO ist gegeben. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann ein Arbeitnehmer mit der allgemeinen Feststellungsklage das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zu einem Entleiher auf der Grundlage der Vorschriften des AÜG geltend machen (BAG 18. Januar 2012 - 7 AZR 723/10 - Rn. 14 mwN). 16
- II. Haupt- und Hilfsantrag zu 2. sind unbegründet. Zwischen den Parteien bestand zu keinem Zeitpunkt ein Arbeitsverhältnis. Ein solches wurde nicht 17

durch eine Vereinbarung zwischen den Parteien begründet. Ein Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses folgt auch weder aus einer direkten oder analogen Anwendung von § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG noch aus § 242 BGB.

1. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend festgestellt, dass ein Arbeitsvertrag zwischen den Parteien weder durch ausdrückliche noch durch konkludente Vereinbarung geschlossen worden ist. 18

a) Eine ausdrückliche Vereinbarung mit der Beklagten hat der Kläger nicht behauptet. Die Voraussetzungen für einen konkludenten Vertragsschluss sind nicht gegeben. Ein Vertrag kann zwar auch durch übereinstimmendes schlüssiges Verhalten (Realofferte und deren konkludente Annahme) zustande kommen (*BAG 17. April 2013 - 10 AZR 668/12 - Rn. 12*). Eine konkludente Vereinbarung setzt aber ein schlüssiges Verhalten voraus, aus dem die andere Partei ein Vertragsangebot entnehmen kann, das sie ihrerseits dann - durch schlüssiges Verhalten oder ausdrücklich - annehmen kann (*BAG 27. Juni 2006 - 3 AZR 151/05 - Rn. 26*). 19

b) Hieran fehlt es. Dem Kläger war bewusst, dass er ein Arbeitsverhältnis nicht zur Beklagten, sondern zu seinen jeweiligen Vertragsarbeitgeberinnen begründet hatte. Ebenso war der Beklagten bewusst, dass der Kläger als Fremdarbeitskraft für sie tätig war. Dies war dem jeweils anderen Teil eindeutig erkennbar. Zu einem einvernehmlichen Austausch von Dienstleistung und Vergütung kam es zwischen den Parteien nicht. Seine Vergütung hat der Kläger von seinen jeweiligen Vertragsarbeitgeberinnen erhalten. 20

2. Zwischen den Parteien ist auch kein Arbeitsverhältnis nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG zustande gekommen. Dabei kann dahinstehen, ob der Kläger aufgrund Werkvertrags oder aufgrund verdeckter Arbeitnehmerüberlassung bei der Beklagten tätig war. 21

- a) § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG fingiert das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses bei Fehlen einer Erlaubnis des Verleihers zur Arbeitnehmerüberlassung. Nach dieser Vorschrift gilt ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeiter zu dem zwischen dem Entleiher und dem Verleiher für den Beginn der Tätigkeit vorgesehenen Zeitpunkt als zustande gekommen, wenn der Vertrag zwischen Verleiher und Leiharbeiter nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam ist, wobei im Falle der Unwirksamkeit nach Aufnahme der Tätigkeit das Arbeitsverhältnis mit dem Zeitpunkt des Eintritts der Unwirksamkeit fingiert wird. Gemäß § 9 Nr. 1 AÜG sind Verträge zwischen Verleihern und Entleihern sowie zwischen Verleihern und Leiharbeitern unwirksam, wenn der Verleiher nicht die nach § 1 AÜG erforderliche Erlaubnis hat (*BAG 10. Dezember 2013 - 9 AZR 51/13 - Rn. 20, BAGE 146, 384*). 22
- b) Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts verfügten die drei Vertragsarbeitgeberinnen des Klägers jeweils über eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung nach §§ 1, 2 AÜG. Diese wurden vor dem Jahr 2011 erteilt und lagen während der gesamten Dauer der Tätigkeit des Klägers bei der Beklagten vor. Die Fiktion des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG kann daher nicht eintreten. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Kläger der Beklagten im Falle einer Arbeitnehmerüberlassung entgegen § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG nicht nur vorübergehend überlassen wurde. Eine einem Verleiher vor dem 1. Dezember 2011 erteilte Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung nach § 1 AÜG war nicht auf die vorübergehende Überlassung von Arbeitnehmern beschränkt. Da bis zum 30. November 2011 eine zeitlich unbeschränkte Überlassung von Arbeitnehmern an einen Entleiher nach dem AÜG zulässig war, umfasste eine vor dem 1. Dezember 2011 erteilte Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung auch eine nicht nur vorübergehende Überlassung von Leiharbeitern. Das Erste Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes - Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung vom 28. April 2011 (*BGBl. I S. 642, im Folgenden Missbrauchsverhinderungsgesetz*) enthält keine Regelungen, die vor dem 1. Dezember 2011 erteilte Erlaubnisse zur Arbeitnehmerüberlassung beschränken. Gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 4 Halbs. 1 AÜG kann die Erlaubnis zur 23

Arbeitnehmerüberlassung nur mit Wirkung für die Zukunft widerrufen werden, wenn die Erlaubnisbehörde aufgrund einer geänderten Rechtslage berechtigt wäre, die Erlaubnis zu versagen. Daraus wird deutlich, dass eine geänderte Rechtslage nicht per se die Unwirksamkeit einer Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung bewirkt oder die Erlaubnis einschränkt (*BAG 10. Dezember 2013 - 9 AZR 51/13 - Rn. 21, BAGE 146, 384*).

c) Dem steht nicht entgegen, dass keiner der „Werkverträge“ offen als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag bezeichnet wurde. 24

aa) Entgegen der Ansicht des Klägers reicht auch im Falle der verdeckten Arbeitnehmerüberlassung nach der zutreffenden und - soweit ersichtlich - heute nahezu einhelligen Ansicht im Schrifttum die erteilte Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung aus, um die Rechtsfolge des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG auszuschließen (*Hamann AuR 2016, 136; ders. in Schüren/Hamann AÜG 4. Aufl. § 1 Rn. 114; Brauneisen/Ibes RdA 2014, 213; Deinert RdA 2014, 65, 73; Tilch NJW-Spezial 2014, 114, 115; Köhler GWR 2014, 28, 30; Lembke NZA 2013, 1312, 1317; Maschmann NZA 2013, 1305, 1310 f.; Francken NZA 2013, 1192; Schüren NZA 2013, 176, 177; sh. auch BR-Drs. 687/13 S. 9: „Die z. T. auf Vorrat beantragte und erteilte Erlaubnis ... verhindert, auch wenn sie nie zweckentsprechend eingesetzt werden sollte, sondern nur für den Fall der Aufdeckung des Rechtsmissbrauchs vorgehalten wird, die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher“; aA J. Ulber/D. Ulber AÜG 2. Aufl. Einleitung Rn. 46; Ulber/J. Ulber AÜG 4. Aufl. Einleitung C Rn. 89; für eine Änderung de lege ferenda: etwa Brors/Schüren NZA 2014, 569, 572; Deinert RdA 2014, 65, 73*). 25

bb) Eine erteilte Erlaubnis stellt grundsätzlich einen wirksamen Verwaltungsakt dar, der, bevor er mit Wirkung für die Zukunft zurückgenommen (§ 4 Abs. 1 Satz 1 AÜG) oder - ebenfalls mit Wirkung ex nunc - widerrufen (§ 5 Abs. 1 AÜG) wird, Geltung beansprucht. Dem Gesetz sind keine Anhaltspunkte zu entnehmen, dass die Erlaubnis nur für die offene Arbeitnehmerüberlassung Wirkung entfalten soll. 26

- cc) Dem Kläger ist zwar zuzugeben, dass im Falle eines Scheinwerkvertrags dieser gemäß § 117 Abs. 1 BGB als solcher nichtig wäre, wobei nach § 117 Abs. 2 BGB der Vertrag sodann an den Maßstäben des AÜG zu messen und in Ermangelung der formalen Anforderungen des § 12 Abs. 1 Satz 2 AÜG nach § 134 BGB bzw. § 125 Satz 1 BGB nichtig wäre (vgl. *Hamann NZA-Beilage 2014, 3, 9; Timmermann BB 2012, 1729, 1730*). Dies kann jedoch nicht zu der Rechtsfolge des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG führen. Denn die Vorschrift verlangt gerade die Unwirksamkeit des Vertrags zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer und nicht des Vertrags zwischen Verleiher und Entleiher und dies zudem nicht aus jeglichem Unwirksamkeitsgrund, sondern einzig wegen Fehlens der Erlaubnis nach § 9 Nr. 1 AÜG. 27
- dd) § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG kann auch nicht analog herangezogen werden. 28
- (1) Zur wortsinnübersteigenden Gesetzesanwendung durch Analogie bedarf es einer besonderen Legitimation. Die analoge Anwendung einer Norm setzt voraus, dass eine vom Gesetzgeber unbeabsichtigt gelassene Lücke vorliegt und diese Planwidrigkeit aufgrund konkreter Umstände positiv festgestellt werden kann. Andernfalls könnte jedes Schweigen des Gesetzgebers - also der Normalfall, wenn er etwas nicht regeln will - als planwidrige Lücke aufgefasst und diese im Wege der Analogie von den Gerichten ausgefüllt werden. Analoge Gesetzesanwendung erfordert darüber hinaus, dass der gesetzlich unregelte Fall nach Maßgabe des Gleichheitssatzes und zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen nach der gleichen Rechtsfolge verlangt wie die gesetzessprachlich erfassten Fälle. Richterliche Rechtsfortbildung darf nicht dazu führen, dass ein Gericht seine eigene materielle Gerechtigkeitsvorstellung an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzt. Die Aufgabe der Rechtsprechung beschränkt sich darauf, den vom Gesetzgeber festgelegten Sinn und Zweck eines Gesetzes auch unter gewandelten Bedingungen möglichst zuverlässig zur Geltung zu bringen oder eine planwidrige Regelungslücke mit den anerkannten Auslegungsmethoden zu füllen. Eine Interpretation, die als richterliche Rechtsfortbildung den Wortlaut des Gesetzes hintanstellt und sich über den klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers hinwegsetzt, greift unzulässig in die Kompetenzen 29

des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ein (*BAG 10. Dezember 2013 - 9 AZR 51/13 - Rn. 23, BAGE 146, 384*).

(2) Für eine entsprechende Anwendung der Rechtsfolge des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG im Falle einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung fehlt es bereits an einer planwidrigen Regelungslücke. Der Senat hat hinsichtlich der Frage der Rechtsfolge bei einer nicht nur vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung bereits ausgeführt, dass im Gesetzgebungsverfahren zum Missbrauchsverhinderungsgesetz die Erweiterung der Rechtsfolge aus § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG über die Fälle des Fehlens der Erlaubnis hinaus diskutiert und von Sachverständigen angemahnt wurde (*BAG 10. Dezember 2013 - 9 AZR 51/13 - Rn. 27, BAGE 146, 384 mit Verweis auf BT-Drs. 17/5238 S. 9 und der dort dargestellten Kritik von Düwell, der Gesetzentwurf sei „nicht effektiv genug“, da er „die vorgesehene Rechtsfolge für die anderen Fälle der gesetzwidrigen Arbeitnehmerüberlassung aus[spar]e*“). Das Problem der Legalisierungswirkung einer Vorraterlaubnis war zu diesem Zeitpunkt bereits seit Jahren offen angesprochen (*vgl. Hamann jurisPR-ArbR 17/2011 Anm. 1; ders. jurisPR-ArbR 5/2009 Anm. 2; ders. jurisPR-ArbR 32/2005 Anm. 4; Ulber/J. Ulber AÜG 4. Aufl. Einleitung C Rn. 89*). Dennoch ist eine Regelung im Missbrauchsverhinderungsgesetz unterblieben. Deshalb kann von einer unbewussten Untätigkeit des Gesetzgebers nicht ausgegangen werden. Erst nach § 9 Abs. 1 Nr. 1a des am 1. Juni 2016 vom Bundeskabinett beschlossenen Gesetzentwurfs zur Bekämpfung des Missbrauchs bei Leiharbeit und Werkverträgen idF vom 20. Mai 2016 (AÜG-E) sollen Arbeitsverträge zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern unwirksam sein, wenn entgegen § 1 Abs. 1 Satz 5 und Satz 6 AÜG die Arbeitnehmerüberlassung nicht ausdrücklich als solche bezeichnet und die Person des Leiharbeitnehmers nicht konkretisiert worden ist, es sei denn, der Leiharbeitnehmer erklärt schriftlich bis zum Ablauf eines Monats nach dem zwischen Verleiher und Entleiher für den Beginn der Überlassung vorgesehenen Zeitpunkt gegenüber dem Verleiher oder dem Entleiher, dass er an dem Arbeitsvertrag mit dem Verleiher festhält.

(3) Einer analogen Anwendung des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG steht darüber hinaus entgegen, dass die Situation bei einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung nicht mit der Situation eines ohne Erlaubnis überlassenen Arbeitnehmers, für den § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher fingiert, vergleichbar ist. Der Senat hat im Zuge der Problematik einer nicht nur vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung bereits ausgeführt, dass die Bestimmung des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG erforderlich ist, weil bei Fehlen der nach § 1 AÜG erforderlichen Erlaubnis der Vertrag des Leiharbeitnehmers mit dem Verleiher nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam ist (*BAG 10. Dezember 2013 - 9 AZR 51/13 - Rn. 30, BAGE 146, 384*). Damit der Arbeitnehmer in diesem Fall überhaupt in einem Arbeitsverhältnis steht, fingiert § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ein solches zum Entleiher. Genauso wenig wie das Arbeitsverhältnis des nicht nur vorübergehend überlassenen Arbeitnehmers zum Verleiher unwirksam ist, ist das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers zum Scheinwerkvertragsunternehmer (Verleiher) unwirksam. 31

(4) Die Auswechslung des Arbeitgebers aufgrund einer analogen Anwendung von § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG wäre darüber hinaus wegen des Entzugs des vom Arbeitnehmer gewählten Arbeitgebers auch verfassungsrechtlich bedenklich (*ausf. BAG 10. Dezember 2013 - 9 AZR 51/13 - Rn. 31, BAGE 146, 384*). Eine derart weitreichende Rechtsfolge bedarf einer hinreichend klaren Regelung durch den Gesetzgeber, wie sie in § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG-E mit dem Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers vorgesehen ist. 32

(5) Letztlich ist eine analoge Anwendung auch europarechtlich nicht geboten. Wegen der Vielzahl möglicher Verstöße gegen Vorschriften des AÜG durch Verleiher und Entleiher sowie möglicher Sanktionen ist die Auswahl wirksamer, angemessener und abschreckender Sanktionen iSv. Art. 10 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 der Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit (Leiharbeitsrichtlinie) nicht Aufgabe der Gerichte für Arbeitsachen, sondern Sache des Gesetzgebers (*ausf. für den Fall einer nicht nur vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung BAG 10. Dezember 2013 - 9 AZR 51/13 - Rn. 32 ff., BAGE 146, 384*). 33

3. Im Falle eines Scheinwerkvertrags kann das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses auch nicht aus § 1 Abs. 2 AÜG hergeleitet werden (*so aber Ulber/J. Ulber AÜG 4. Aufl. Einleitung C Rn. 89*). Nach Streichung des § 13 AÜG aF gibt es in den Fällen der nach § 1 Abs. 2 AÜG vermuteten Arbeitsvermittlung keine gesetzliche Grundlage mehr für das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Entleiher (*ausf. BAG 10. Dezember 2013 - 9 AZR 51/13 - Rn. 25 mwN, BAGE 146, 384*). 34
4. Entgegen der Ansicht des Klägers und des Landesarbeitsgerichts ist auch unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs zwischen den Parteien kein Arbeitsverhältnis zustande gekommen, selbst wenn die Beklagte und die Vertragsarbeitgeberinnen des Klägers eine Arbeitnehmerüberlassung des Klägers bewusst als Werkvertrag getarnt hätten. Deshalb kann dahinstehen, ob - wie das Landesarbeitsgericht angenommen hat - eine rechtsmissbräuchliche Vertragsgestaltung vorliegt. Denn entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts kann ein solcher Gestaltungsmissbrauch nicht gemäß § 242 BGB zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten führen. 35
- a) Das Landesarbeitsgericht führt - teilweise unter Bezugnahme auf die von Brose (*DB 2014, 1739*) vorgebrachten Argumente - aus, die Grundkonzeption des AÜG gehe von einer offenen Arbeitnehmerüberlassung aus. Der Gesetzgeber setze auch voraus, dass nur derjenige einer Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung bedürfe, der gemäß § 1 Abs. 1 AÜG einen Nutzungswillen habe. Fehle dieser, könne eine Verlängerung befristet erteilter Erlaubnisse versagt werden, § 2 Abs. 4 AÜG. Eine unbefristet erteilte Erlaubnis erlösche, wenn sie drei Jahre lang nicht genutzt werde, § 2 Abs. 5 AÜG. Wer eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung besitze, sie aber zunächst bewusst nicht einsetze und so die wirkliche Natur des Fremdpersonaleinsatzes nicht transparent mache, könne sich nicht auf die Erlaubnis berufen. 36
- b) Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. 37

- aa) Sie widersprechen zum einen verwaltungsverfahrenrechtlichen Grundsätzen. Für die Annahme, es könne einer Person verwehrt sein, sich auf eine erteilte - bestandskräftige - Erlaubnis seines Vertragspartners zu berufen, solange diese nicht widerrufen oder zurückgenommen worden ist, fehlt es an einer rechtlichen Grundlage. Die Erlaubnis wird unabhängig von einem konkreten Einzelfall erteilt und bleibt wirksam, bis sie entweder durch Zeitablauf ihre Wirksamkeit verliert (§ 2 Abs. 4 Satz 1 AÜG), erlischt (§ 2 Abs. 5 Satz 2 AÜG), zurückgenommen (§ 4 AÜG) oder widerrufen (§ 5 AÜG) wird (vgl. *Seier DB 2015, 494, 495*). Die Gerichte aller Rechtszweige sind an das Bestehen und den Inhalt von wirksamen Verwaltungsakten, selbst wenn sie rechtswidrig sind, gebunden, soweit ihnen nicht die Kontrollkompetenz eingeräumt ist. Diese Bindung entfällt nur, wenn der Verwaltungsakt nichtig ist (*BAG 14. September 2011 - 10 AZR 466/10 - Rn. 19; 18. Juli 2007 - 5 AZR 854/06 - Rn. 25; 22. September 1995 - 5 AZB 19/95 - II 2 b der Gründe*).
- bb) Die Nichtbeachtlichkeit einer Erlaubnis hätte zum anderen Auswirkungen auf mögliche Ordnungswidrigkeiten von Ver- und Entleiher. Dies wäre aber nicht mehr mit dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot von Strafnormen aus Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar (*Seier DB 2015, 494, 495*).
- cc) Dass es dem Entleiher nicht bereits nach geltender Rechtslage verwehrt ist, sich auf eine erteilte Erlaubnis zu berufen, zeigen auch die Materialien zu möglichen künftigen Änderungen des AÜG. Der Gesetzgeber hat bislang Sanktionen bei einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung nicht geregelt, sondern beabsichtigt dies erst noch (vgl. *Giese/Scheuer BB 2015, 1461, 1464*). So heißt es in der BR-Drs. 687/13, S. 9: „Mit der hier vorgeschlagenen Rechtsänderung greifen die Rechtsfolgen des § 10 Absatz 1 nunmehr bei allen Scheinwerkverträgen. Auch bei verdeckter Arbeitnehmerüberlassung mit Erlaubnis wird damit ein Arbeitsverhältnis zum Inhaber des Einsatzbetriebs fingiert, wenn die Überlassung im Einzelfall nicht eindeutig als Arbeitnehmerüberlassung kenntlich gemacht worden ist.“ In der Entschließung des Bundesrats zur Begrenzung der Leiharbeit und gegen den Missbrauch von Werkverträgen vom 26. Februar 2016 (*BR-Drs. 89/16 S. 3*) heißt es: „Missbrauch entsteht bei Ver-

tragskonstruktionen, die von den Vertragsparteien zwar als ‚Werkvertrag‘ bezeichnet werden, tatsächlich jedoch als Arbeitsverträge oder Arbeitnehmerüberlassungsverträge durchgeführt werden. Bei solchen verdeckten Überlassungsverträgen kann der vermeintliche Werkvertragsunternehmer bislang eine Verleiherlaubnis vorhalten und sich auf diese berufen, wenn das Scheingeschäft deutlich wird. Die Länder unterstützen das Ziel, den Missbrauch von Leiharbeit und Werkverträgen durch gesetzliche Neuregelungen einzudämmen.“ Der Gesetzgeber geht ersichtlich davon aus, dass die geltende Rechtslage für den Fall einer „Vorratserlaubnis“ derzeit gerade nicht vorsieht, dass ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher zustande kommt. Die Gerichte dürfen aber Gesetzesvorhaben und (planmäßige) Regelungslücken nicht dazu nutzen, den Willen des Gesetzgebers zu missachten und dem Gesetzgebungsprozess vorzugreifen (vgl. BAG 10. Dezember 2013 - 9 AZR 51/13 - Rn. 23, 38, BAGE 146, 384; Giese/Scheuer BB 2015, 1461, 1464). Auch Absichtserklärungen von Parteien in einer Koalitionsvereinbarung berechtigen Gerichte nicht, die geltende Rechtslage außer Acht zu lassen (BAG 3. Juni 2014 - 9 AZR 111/13 - Rn. 12). Richterliche Rechtsfortbildung darf nicht dazu führen, dass der Richter seine eigene materielle Gerechtigkeitsvorstellung an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzt (BVerfG 16. Februar 2012 - 1 BvR 127/10 - Rn. 22; BAG 20. Oktober 2015 - 9 AZR 743/14 - Rn. 27, BAGE 153, 62).

dd) Auch der Schutzzweck des AÜG gebietet die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher nicht. 41

Sollen durch eine vertragliche Gestaltung zwingende soziale Schutzrechte umgangen werden, bleiben die bestehenden Ansprüche erhalten. Die Gestaltung ist insoweit nichtig, als sie diese Ansprüche vereitelt (vgl. BGH 23. Juni 1971 - VIII ZR 166/70 - zu III 2 der Gründe, BGHZ 56, 285). Sollen im bewussten und gewollten Zusammenwirken arbeitsrechtliche Schutzvorschriften umgangen werden, kann dies zur Folge haben, dass sich eine hieran beteiligte Person so behandeln lassen muss, wie sie bei Anwendung der umgange- 42
nen Vorschriften zu behandeln wäre (BAG 15. Mai 2013 - 7 AZR 494/11 - Rn. 33; vgl. dazu BAG 20. Juli 1982 - 3 AZR 446/80 - zu 3 b und d der Gründe,

BAGE 39, 200). Selbst wenn also davon auszugehen wäre, dass vorliegend in rechtsmissbräuchlicher Weise eine Anwendung des AÜG umgangen werden sollte, könnte dies allenfalls zu den im AÜG vorgesehenen Leistungspflichten führen, nicht aber zum Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Kläger und der Beklagten. Diese dem Arbeitnehmer aus der (verdeckten) Arbeitnehmerüberlassung erwachsenden Rechte werden durch eine Vorratserlaubnis nicht verändert oder beschränkt, sodass der Schutz des AÜG insoweit voll erhalten bleibt (*vgl. hierzu Seier DB 2015, 494, 497*).

- III. Der Hilfsantrag zu 3. ist unzulässig. 43
1. Da der Hilfsantrag zu 3. erstmals in der Berufungsinstanz gestellt wurde und er nicht auf demselben Klagegrund wie der Hauptantrag und der Hilfsantrag zu 2. beruht, richtet sich die Zulässigkeit nach den Voraussetzungen des § 533 ZPO. Hiernach ist eine Klageänderung in der Berufungsinstanz nur zulässig, wenn der Gegner einwilligt oder das Gericht dies für sachdienlich hält (§ 533 Nr. 1 ZPO) und die Klageänderung auf Tatsachen gestützt werden kann, die das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hat (§ 533 Nr. 2 ZPO). 44
2. Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Beklagte hat in die Klageerweiterung nicht eingewilligt. Dies ergibt sich aus der Niederschrift über die mündliche Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht vom 3. Dezember 2014. Darüber hinaus ist die Voraussetzung des § 533 Nr. 2 ZPO nicht erfüllt. Der Hilfsantrag zu 3. kann nicht auf Tatsachen gestützt werden, die das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hat. 45

B. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO.

46

Brühler

Suckow

Krasshöfer

Heilmann

Jacob