

Aktenzeichen: 7 AZR 100/99
Bundesarbeitsgericht 7. Senat

Urteil vom 28. Juni 2000
- 7 AZR 100/99 -

I. Arbeitsgericht
Heilbronn

Urteil vom 28. Mai 1998
- 5 Ca 49/98 -

II. Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg

Urteil vom 5. Oktober 1998
- 15 Sa 77/98 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja
Für die Fachpresse: Ja
Für das Bundesarchiv: Ja

Entscheidungsstichwort:

Entstehen eines Arbeitsverhältnisses wegen vermuteter Arbeitsvermittlung

Gesetz:

AÜG § 1 Abs. 2, § 13 (in der bis 31. März 1997 geltenden Fassung), § 3 Abs. 1 Nr. 6, § 10 Abs. 1 Satz 1, § 9 Nr. 1, § 2, § 5 Abs. 1 Nr. 3, § 16 Abs. 1 Nr. 9, Abs. 2; GG Art. 2 Abs. 1

Leitsatz:

Nachdem § 13 AÜG mit Wirkung vom 1. April 1997 ersatzlos gestrichen worden ist, entsteht in den Fällen der nach § 1 Abs. 2, § 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG vermuteten Arbeitsvermittlung zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Entleiher kein Arbeitsverhältnis mehr. Es fehlt an der hierfür erforderlichen gesetzlichen Grundlage. Die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses läßt sich weder mit § 1 Abs. 2 AÜG allein noch mit einer entsprechenden Anwendung des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG begründen.



BUNDEsarBEITSGERICHT



7 AZR 100/99
15 Sa 77/98
Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
28. Juni 2000

URTEIL

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 28. Juni 2000 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dörner, die Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Steckhan und Linsenmaier sowie die ehrenamtliche Richterin Berger und den ehrenamtlichen Richter Dr. Zumpe für Recht erkannt:



Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen !

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob zwischen ihnen infolge vermuteter Arbeitsvermittlung ein Arbeitsverhältnis begründet worden ist.

Die Klägerin stand ab 9. Oktober 1995 in einem Arbeitsverhältnis zur R. GmbH (R.). Diese besaß die nach §§ 1, 2 AÜG erforderliche Erlaubnis zur gewerbmäßigen Arbeitnehmerüberlassung. Ab 3. Februar 1997 wurde die Klägerin der Beklagten als Staplerfahrerin überlassen. Nachdem sie ihr Arbeitsverhältnis mit R. zum 31. Juli 1997 gekündigt hatte, erhielt sie ab dem 11. Juli 1997 den ihr zustehenden Resturlaub. Am 4. August 1997 schloß die Klägerin einen Arbeitsvertrag mit der D.. Diese besitzt ebenfalls die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung. Die Klägerin wurde sofort an die Beklagte überlassen und dort auf ihrem früheren Arbeitsplatz eingesetzt. Die zunächst bis zum 9. Februar 1998 vorgesehene Überlassung wurde am 6. Februar 1998 beendet.

Mit ihrer am 18. Februar 1998 erhobenen Klage hat die Klägerin die Auffassung vertreten, zwischen ihr und der Beklagten bestehe seit 3. Februar 1998 ein Arbeitsverhältnis. Die Überlassung an die Beklagte habe die Höchstgrenze des § 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG überschritten. Daher werde nach § 1 Abs. 2 AÜG vermutet, daß die D. Arbeitsvermittlung betreibe. Infolgedessen sei zwischen der Klägerin und der Beklagten kraft Gesetzes ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen.

Die Klägerin hat beantragt

festzustellen, daß zwischen ihr und der Beklagten seit dem 3. Februar 1998 ein Arbeitsverhältnis besteht.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag weiter. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.



Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag weiter. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet. Die Vorinstanzen haben die Klage zu Recht abgewiesen. Zwischen der Klägerin und der Beklagten ist kein Arbeitsverhältnis kraft Gesetzes begründet worden.

I. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend erkannt, daß zwischen den Parteien kein Arbeitsverhältnis nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG entstanden ist. Nach dieser Bestimmung gilt ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer als zustande gekommen, wenn der Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam ist. Unwirksam nach § 9 Nr. 1 AÜG sind Verträge zwischen Verleihern und Entleihern sowie zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern, wenn der Verleiher nicht die nach § 1 AÜG zur Arbeitnehmerüberlassung erforderliche Erlaubnis hat. Im Streitfall besaßen sowohl die R. als auch die D. diese Erlaubnis. Die mit diesen von der Klägerin geschlossenen Verträge waren somit nicht nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam.

II. Ebenfalls zutreffend hat das Landesarbeitsgericht erkannt, daß zwischen den Parteien kein Arbeitsverhältnis nach § 13 AÜG in der bis zum 31. März 1997 geltenden Fassung (aF) begründet wurde.

1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts war § 13 AÜG (aF) eine § 10 Abs. 1 AÜG (aF) ergänzende Regelung, durch die bei einer als unerlaubte Arbeitsvermittlung anzusehenden Überlassung nach § 1 Abs. 2, § 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG kraft Gesetzes ein Arbeitsverhältnis mit dem Beschäftigungsunternehmen begründet wurde (BAG 10. Februar 1977 - 2 ABR 80/76 - BAGE 29, 7 ff. = AP BetrVG 1972 § 103 Nr. 9, zu II 2 b der Gründe; BAG 23. November 1988 - 7 AZR 34/88 - BAGE 60, 205 = AP AÜG § 1 Nr. 14, zu II 1 der Gründe mwN; BAG 21. März 1990 - 7 AZR 198/89 - BAGE 65, 43 = AP AÜG § 1 Nr. 15, zu I 3 a der Gründe; BAG 1. Juni 1994 - 7 AZR 7/93 - AP AÜG § 10 Nr. 11, zu I 1 der Gründe; BAG 26. April 1995 - 7 AZR 850/94 - BAGE 80, 46 = AP AÜG § 1 Nr. 19, zu I der Gründe; BAG 15. April 1999 - 7 AZR 437/97 - AP AÜG § 13 Nr. 1 = EzA BGB § 620 Nr. 164, zu II 2 der Grün-



de; ebenso Schüren AÜG § 13 Rn. 33 ff. Kasseler Handbuch/Düwell 2. Aufl. 4.5 Rn. 297; Ulber AÜG § 13 Rn. 5).

2. Die Vorschrift des § 13 AÜG wurde jedoch durch Art. 63 Nr. 9 des Arbeitsförderungs-Reformgesetzes - AFRG - vom 24. März 1997 (BGBl. I S 594) mit Wirkung vom 1. April 1997 ersatzlos aufgehoben. Eine Übergangsregelung für Fälle, in denen die Überlassung bereits vor dem 1. April 1997 begonnen hatte, enthält das Gesetz nicht. § 13 AÜG (aF) ist aber jedenfalls dann nicht mehr anwendbar, wenn zum Zeitpunkt seines Außerkrafttretens die nach § 1 Abs. 2, § 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG zulässige Höchstdauer der Überlassung noch nicht überschritten war und der letzte Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer erst danach geschlossen wurde.

3. Vorliegend war bei Außerkrafttreten des § 13 AÜG (aF) am 1. April 1997 die zulässige Höchstdauer der Überlassung noch nicht überschritten. Der Arbeitsvertrag zwischen der Klägerin und der D. wurde erst danach geschlossen. § 13 AÜG (aF) vermochte daher das Entstehen eines Arbeitsverhältnisses zwischen der Klägerin und der Beklagten nicht mehr zu begründen.

III. Nach Streichung des § 13 AÜG (aF) gibt es in den Fällen der nach § 1 Abs. 2, § 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG vermuteten Arbeitsvermittlung keine gesetzliche Grundlage mehr für das Entstehen eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Entleiher (so auch ErfK/Wank § 13 AÜG Rn. 3; Groeger DB 1998, 470, 471; wohl auch Sandmann/Marschall AÜG Art. 1 § 13 Rn. 2; aA Kasseler Handbuch/Düwell 2. Aufl. 4.5 Rn. 297, 314; Feuerborn/Hamann BB 1997, 2530, 2534; Hamann BB 1999, 1654 ff.; Kaufmann Arbeitnehmerüberlassung Köln Rn. 45, 50; Schaub Arbeitsrechts-Handbuch 9. Aufl. § 120 Rn. 70; Ulber AÜG § 13 Rn. 4; ausdrücklich offen gelassen noch in BAG 15. April 1999 - 7 AZR 437/97 - AP AÜG § 13 Nr. 1, zu II 2 a der Gründe). Die Entstehung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher kann in diesen Fällen weder allein mit § 1 Abs. 2 AÜG noch mit einer entsprechenden Anwendung des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG begründet werden.

1. § 1 Abs. 2 AÜG ist keine gesetzliche Grundlage zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses (so aber Kasseler Handbuch/Düwell 2. Aufl. 4.5 Rn. 297; Kaufmann Arbeitnehmerüberlassung Köln Rn. 45, 50).

a) Die Freiheit, ein Arbeitsverhältnis einzugehen oder dies zu unterlassen, ist Ausdruck der durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Vertragsfreiheit. In diese wird einge-



griffen, wenn ohne die zu einem Vertragsschluß erforderlichen beiderseitigen übereinstimmenden Willenserklärungen oder gar gegen den Willen einer oder auch beider Parteien kraft Gesetzes ein Arbeitsverhältnis begründet werden soll. Die Entscheidung des Gesetzgebers zu einem solchen Eingriff muß im Gesetz einen hinreichenden Ausdruck finden. Diesem Erfordernis genügt die Regelung des § 1 Abs. 2 AÜG nicht. Nach ihrem insoweit eindeutigen Wortlaut ist die in ihr vorgesehene Rechtsfolge nicht die Begründung eines Arbeitsverhältnisses, sondern die Vermutung, daß der Überlassende Arbeitsvermittlung betreibt. Eine gesetzliche Regelung, nach welcher in den Fällen vermuteter Arbeitsvermittlung auch ohne Vertrag zwischen Entleiher und Leiharbeiter kraft Gesetzes ein Arbeitsverhältnis entstehe, gibt es nicht. Der Gesetzgeber hat sich vielmehr darauf beschränkt, für die Fälle der Überschreitung der zulässigen Überlassungsdauer von zwölf aufeinanderfolgenden Monaten die Versagung der Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung, bzw. die Versagung von deren Verlängerung anzuordnen (§ 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG), die Möglichkeit des Widerrufs der Erlaubnis vorzusehen (§ 5 Abs. 1 Nr. 3 AÜG iVm. § 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG) und dem Verleiher eine Geldbuße von bis zu 5.000,00 DM anzudrohen (§ 16 Abs. 1 Nr. 9 und Abs. 2 AÜG).

b) Der Senat hat allerdings in den Entscheidungen, in denen er für die Fälle vermuteter Arbeitsvermittlung die Entstehung eines Arbeitsverhältnisses zwischen Leihararbeitnehmern und Entleihern auf § 13 AÜG (aF) stützte, ergänzend auch § 1 Abs. 2 AÜG (aF) herangezogen und ausgeführt, der Sinn des § 13 AÜG (aF) erschließe sich für den Bereich der Arbeitnehmerüberlassung erst, wenn man die Bestimmung im Zusammenhang mit § 1 Abs. 2 AÜG (aF) betrachte. Dessen Vermutung müsse sich im Rahmen des § 13 AÜG (aF) dahin auswirken, daß durch die vermutete Arbeitsvermittlung auch ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und dem Entleiher als zustande gekommen gelte, aus dem nach § 13 AÜG (aF) gesicherte arbeitsrechtliche Ansprüche erwachsen. Nur so könne das gesetzgeberische Ziel erreicht werden, in allen Fällen unerlaubter Arbeitsvermittlung sicherzustellen, daß der unerlaubt vermittelte Arbeitnehmer das die Arbeitsleistung entgegennehmende Unternehmen als Arbeitgeber in Anspruch nehmen kann (*BAG 23. November 1988 - 7 AZR 34/88 - BAGGE 60, 205 = AP AÜG § 1 Nr. 14, zu II 1 der Gründe*). Die Begründung des Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher wurde somit nicht allein aus § 13 AÜG (aF), sondern auch aus dem vom Gesetzgeber verfolgten Regelungsziel abgeleitet, das nicht nur in § 13 AÜG (aF), sondern auch in § 1 Abs. 2 AÜG seinen Niederschlag gefunden habe. Gleichwohl wurde der Eingriff in die grundrechtlich geschützte Abschlußfreiheit des Arbeitgebers ganz entscheidend mit § 13 AÜG (aF), zumindest aber mit dem Zusam-



menwirken der Vorschrift mit § 1 Abs. 2 AÜG (aF) gerechtfertigt. Daher stellt nach der Streichung des § 13 AÜG (aF) die Regelung des § 1 Abs. 2 AÜG allein keine ausreichende gesetzliche Grundlage mehr für die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher dar.

c) Dem steht nicht entgegen, daß der Gesetzgeber des AFRG möglicherweise nicht die Absicht hatte, die von der Rechtsprechung angenommene Fiktion des Entstehens eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher auf „stillem“ Wege zu liquidieren. Zwar heißt es in der amtlichen Begründung zum AFRG, die dem Schutz der Arbeitnehmer dienenden Vorschriften, die sozialversicherungsrechtlichen und arbeitsrechtlichen Bestimmungen des AÜG würden unverändert bleiben (*BT-Drucks. 13/4941 S 247*). Auch hat der Gesetzgeber die Streichung des § 13 AÜG lediglich damit begründet, die Vorschrift gehöre nicht in das AÜG und könne wegen des Wegfalls des Alleinvermittlungsrechts der Bundesanstalt für Arbeit entfallen (*BT-Drucks. 13/4941 S 250*). Ein etwaiger Wille des Gesetzgebers, trotz Streichung des § 13 AÜG die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer aufrechtzuerhalten, hat aber im Gesetzestext keinerlei Niederschlag gefunden. Im übrigen hätte der Gesetzgeber die Problematik ohne weiteres erkennen können und müssen, zumal im Schrifttum während des Gesetzgebungsverfahrens darauf ausdrücklich hingewiesen worden ist (*vgl. Düwell BB 1997, 46, 48*).

2. Die Entstehung eines Arbeitsverhältnisses zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher läßt sich in den Fällen der nach § 1 Abs. 2 AÜG vermuteten Arbeitsvermittlung auch nicht mit der entsprechenden Anwendung des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG begründen (*so aber wohl Feuerborn/Hamann BB 1997, 2530, 2534*).

Die analoge Anwendung einer gesetzlichen Vorschrift setzt eine Regelungslücke, dh. eine „planwidrige Unvollständigkeit“ des Gesetzes voraus (*Larenz Methodenlehre der Rechtswissenschaft 6. Aufl. S 373*). Eine solche liegt nicht vor. Die Situation des Leiharbeitnehmers ist in den Fällen des § 1 Abs. 2 AÜG nicht vergleichbar mit der des unerlaubt überlassenen Arbeitnehmers, für den § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG das Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher fingiert. Die Bestimmung des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ist erforderlich, weil bei Fehlen der nach § 1 AÜG erforderlichen Erlaubnis der Vertrag des Leiharbeitnehmers mit dem Verleiher nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam ist. Damit der Arbeitnehmer in diesem Fall überhaupt in einem Arbeitsverhältnis steht, fingiert § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ein solches zum Entleiher. In den Fällen der vermuteten Arbeitsvermittlung nach § 1 Abs. 2 AÜG ist dagegen nach der jüngeren, noch zu § 13



AÜG (aF) entwickelten Senatsrechtsprechung das Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Verleiher weder unwirksam, noch wird es durch die Überschreitung der zulässigen Überlassungsdauer beendet (BAG 15. April 1999 - 7 AZR 437/97 - AP AÜG § 13 Nr. 1 = EzA BGB § 620 Nr. 164, zu II 2 a und b der Gründe unter ausdrücklicher Aufgabe der Rechtsprechung des Zweiten Senats vom 10. Februar 1977- 2 ABR 80/76 - BAGE 29, 7 ff. = AP BetrVG 1972 § 103 Nr. 9, zu II 2 b der Gründe; BAG 22. März 2000 - 7 AZR 758/98 - zVv., zu II 4 b der Gründe). Nach der Streichung des § 13 AÜG gilt dies erst recht (ebenso Groeger DB 1998, 470, 471; Feuerborn/Hamann BB 1997, 2530, 2534).

IV. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Dörner
zugleich für den wegen
Urlaub verhinderten Richter
Dr. Steckhan

Linsenmaier

Olga Berger

Zumpe





JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)