Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Aktenzeichen: 7 AZR 267/02
Bundesarbeitsgericht 7. Senat — Urteil vom 19. März 2003
- 7 AZR 267/02 -

I. Arbeitsgericht
Hamburg — Urteil vom 30. Juli 2001
- 28 Ca 378/00 -

II. Landesarbeitsgericht
Hamburg — Urteil vom 25. Januar 2002
- 6 Sa 75/01 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichwort:

Arbeitnehmerüberlassung - vermutete Arbeitsvermittlung

Gesetze:

AÜG § 1 Abs. 2, § 13 (in der bis zum 31. März 1997 geltenden Fassung), § 3 Abs. 1 Nr. 6, § 10 Abs. 1 Satz 1; BGB § 242

Leitsatz:

In Fällen vermuteter Arbeitsvermittlung nach § 1 Abs. 2, § 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG entstand nach diesen Vorschriften iVm. § 13 AÜG in der bis zum 31. März 1997 geltenden Fassung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer kraft Gesetzes. Daneben bestand das vertraglich begründete Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher fort. Der Arbeitnehmer war nicht verpflichtet, ein Wahlrecht zugunsten eines von beiden Arbeitsverhältnissen auszuüben und das andere Arbeitsverhältnis zu beenden.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

BUNDESARBEITSGERICHT

7 AZR 267/02
6 Sa 75/01
Landesarbeitsgericht
Hamburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
19. März 2003

URTEIL

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Beklagter, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 19. März 2003 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dörner, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Gräfl, den Richter am Bundesarbeitsgericht Pods sowie die ehrenamtlichen Richter Metzinger und Prof. Dr. Knapp für Recht erkannt:

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 25. Januar 2002 - 6 Sa 75/01 - aufgehoben und der Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob zwischen ihnen nach den Bestimmungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes ein Arbeitsverhältnis kraft Gesetzes entstanden ist.

Der Kläger war seit dem 20. April 1976 bei der Firma K G bzw. deren Rechtsnachfolgerinnen K G KG und G GmbH (im folgenden: Fa. G) beschäftigt. Er war seither ununterbrochen bei dem Beklagten eingesetzt und hatte Hilfsdienste verschiedener Art zu erledigen. Die Fa. G arbeitete nämlich über Jahre hinweg mit dem Beklagten zusammen. Zunächst erledigte sie für diesen die Garten- und Grundstückspflege am Funkhaus an der R. Später übernahm sie weitere Leistungen in folgenden Bereichen:

Hausdienstleistungen R (Transport, Umzüge, Möbellager, Garderobe, Wäschelager),

Gartenpflege, Hof- und Wegereinigung, Möbelentsorgung R,

Hausdienstleistungen L (Transport, Umzüge, Möbellager),

Gartenpflege, Hof- und Wegereinigung, Müllentsorgung, L,

Spedition, Annahme, Verteilung, Versand L,

Haustransporte in L (Kleingüter),

Gartenpflege für Wohngebäude,

Wegereinigung und Schneeräumung für Wohngebäude,

Reinigung Klimaanlagen und Technikräume,

Reinigung sonstiger Funktionsräume (insbesondere Bühnenwerkstatt).

Diesen Leistungen lagen sog. Rahmen-Werkverträge zugrunde. Die Vertragsbeziehungen zwischen dem Beklagten und der Fa. G endeten am 31. März 1997. Mit Wirkung vom 1. April 1997 übertrug der Beklagte einen Großteil der bis dahin von der

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Fa. G erledigten Aufgaben auf die H-GmbH (im folgenden: H GmbH). Diese übernahm einen Teil der von der Fa. G beschäftigten Arbeitnehmer, ua. den Kläger. In dem vom Beklagten und der H GmbH am 18. April/28. April 1997 geschlossenen Rahmenvertrag über die „Übernahme von Hausdienstleistungen und Reinigungsarbeiten in den Bereichen Hausverwaltung und Versorgungstechnik R und L sowie Ausstattung, Betrieb/Bühne in L“ heißt es in § 11:

> „Vertragsstrafe
>
> Für den Fall, daß der Unternehmer Verpflichtungen aus dieser Vereinbarung oder aus ergänzenden Abreden schuldhaft verletzt und deswegen ein Arbeitnehmer gegenüber dem N gerichtlich erfolgreich Feststellungsansprüche geltend macht, zahlt der Unternehmer an den N eine Vertragsstrafe in Höhe von DM 50.000,--. Unabhängig davon ist er verpflichtet, dem N bei der Abwehr derartiger Ansprüche jegliche zumutbare Unterstützung zu gewähren.
>
> Weitergehende Ansprüche auf Schadenersatz bleiben hiervon unberührt.“

Sowohl die Fa. G als auch die H GmbH verfügten über die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung iSv. § 1 AÜG.

Die Vertragsbeziehungen zwischen dem Beklagten und der H GmbH endeten am 28. Februar 2001. Die H GmbH kündigte das Arbeitsverhältnis des Klägers mit Schreiben vom 15. Dezember 2000 fristlos, hilfsweise ordentlich zum 31. März 2001.

Mit der am 10. November 2000 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat der Kläger gegenüber dem Beklagten das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses seit dem 20. April 1976 geltend gemacht und die Beschäftigung mit Hilfsarbeiten verlangt. Er hat die Auffassung vertreten, die Rahmenverträge zwischen dem Beklagten und der Fa. G sowie der H GmbH seien keine Werkverträge, sondern Arbeitnehmerüberlassungsverträge. Da die nach § 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG zulässige Überlassungsdauer überschritten worden sei, sei zwischen ihm und dem Beklagten ein Arbeitsverhältnis entstanden.

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, daß zwischen den Parteien seit dem 20. April 1976 ein Arbeitsverhältnis besteht,

2. den Beklagten zu verurteilen, den Kläger mit Hilfsarbeiten zu beschäftigen.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt und die Auffassung vertreten, der Einsatz des Klägers bei ihm sei keine Arbeitnehmerüberlassung gewesen. Vielmehr sei der Kläger von der Fa. G und der H GmbH zur Erfüllung der von diesen werkvertraglich übernommenen Verpflichtungen beschäftigt worden. Im übrigen könne sich der Kläger mehr als dreieinhalb Jahre nach dem Außerkrafttreten von § 13 AÜG am 31. März 1997 nicht mehr auf die Entstehung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Beklagten berufen. Zumindest habe der Kläger das Recht, ein solches Arbeitsverhältnis geltend zu machen, verwirkt.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung des Beklagten hat das Landesarbeitsgericht das erstinstanzliche Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen. Mit der Revision erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet und führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landesarbeitsgericht. Auf Grund der bislang festgestellten Tatsachen kann der Senat den Rechtsstreit nicht abschließend entscheiden. Das Landesarbeitsgericht hat zwar zutreffend angenommen, daß durch die Tätigkeit des Klägers für die H GmbH ab dem 1. April 1997 kein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien entstanden ist, weil § 13 AÜG mit dem Ablauf des 31. März 1997 außer Kraft getreten ist. Möglicherweise ist jedoch zuvor nach den Bestimmungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien begründet worden. Dieses ist entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts nicht durch Ausübung eines Wahlrechts durch den Kläger zugunsten der H GmbH oder in sonstiger Weise beendet worden. Der Kläger hat das Recht, sich auf die Entstehung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Beklagten zu berufen, auch nicht verwirkt (§ 242 BGB). Deshalb kommt es für die Entscheidung des Rechtsstreits darauf an, ob zwischen den Parteien nach den Bestimmungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes ein Arbeitsverhältnis entstanden ist. Dies kann der Senat nicht abschließend beurteilen, weil das Landesarbeitsgericht die dazu erforderlichen Tatsachenfeststellungen bislang nicht getroffen hat. Dies hat das Landesarbeitsgericht nachzuholen.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

I. Zwischen den Parteien ist kein Arbeitsverhältnis kraft Gesetzes nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG entstanden. Nach dieser Bestimmung gilt ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer als zustande gekommen, wenn der Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Arbeitnehmer nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam ist. Das ist der Fall, wenn der Verleiher nicht die nach § 1 AÜG zur Arbeitnehmerüberlassung erforderliche Erlaubnis hat. Unstreitig verfügten jedoch sowohl die Fa. G als auch die H GmbH über die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung.

II. Das Landesarbeitsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß auf Grund der Tätigkeit des Klägers für die H GmbH ab dem 1. April 1997 kein Arbeitsverhältnis zum Beklagten entstanden ist. Selbst wenn die Vertragsbeziehung zwischen dem Beklagten und der H GmbH Arbeitnehmerüberlassung gewesen sein sollte, hätte dies nicht zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien geführt. Zwar war der Kläger im Rahmen seines seit dem 1. April 1997 mit der H GmbH bestehenden Arbeitsverhältnisses länger als zwölf Monate beim Beklagten eingesetzt. Damit war die zulässige Überlassungsdauer, die nach § 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG in der ab dem 1. April 1997 geltenden Fassung zwölf Monate betrug, überschritten. Sofern der Kläger dem Beklagten zur Arbeitsleistung überlassen worden sein sollte, war daher nach § 1 Abs. 2 AÜG zu vermuten, daß die H GmbH Arbeitsvermittlung betrieb. Dadurch ist jedoch kein Arbeitsverhältnis mit dem Beklagten entstanden, weil § 13 AÜG mit Ablauf des 31. März 1997 außer Kraft getreten ist.

1. In § 13 AÜG in der bis zum 31. März 1997 geltenden Fassung war bestimmt, daß bei einem Arbeitsverhältnis, das auf einer entgegen § 4 des Arbeitsförderungsgesetzes ausgeübten Arbeitsvermittlung beruhte, die arbeitsrechtlichen Ansprüche des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber dieses Arbeitsverhältnisses nicht durch Vereinbarung ausgeschlossen werden konnten. Diese Bestimmung enthielt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, an der der Senat festhält und auf die zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird, eine § 10 Abs. 1 AÜG ergänzende Regelung, durch die bei einer als unerlaubte Arbeitsvermittlung anzusehenden Überlassung nach § 1 Abs. 2, § 3 Abs.1 Nr. 6 AÜG ein Arbeitsverhältnis mit dem Beschäftigungsunternehmen begründet wurde *(10. Februar 1977 - 2 ABR 80/76 - BAGE 29, 7 = AP BetrVG 1972 § 103 Nr. 9 = EzA BetrVG 1972 § 103 Nr. 18, zu II 2 b der Gründe; 23. November 1988 - 7 AZR 34/88 - BAGE 60, 205 = AP AÜG § 1 Nr. 14 = EzA AÜG § 3 Nr. 1, zu II 1 der Gründe; 21. März 1990 - 7 AZR 198/89 - BAGE 65, 43 = AP AÜG § 1 Nr. 15 = EzA AÜG § 1 Nr. 2, zu I 3 a der Gründe; 1. Juni 1994 - 7 AZR*

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

7/93 - BAGE 77, 52 = AP AÜG § 10 Nr. 11 = EzA AÜG § 1 Nr. 3, zu I 1 der Gründe; 26. April 1995 - 7 AZR 850/94 - BAGE 80, 46 = AP AÜG § 1 Nr. 19 = EzA AÜG § 1 Nr. 6, zu I der Gründe; 15. April 1999 - 7 AZR 437/97 - BAGE 91, 200 = AP AÜG § 13 Nr. 1 = EzA BGB § 620 Nr. 164, zu II 2 der Gründe; 28. Juni 2000 - 7 AZR 100/99 - BAGE 95, 165 = AP AÜG § 13 Nr. 3 = EzA AÜG § 1 Nr. 10, zu II 1 der Gründe mwN).

2. Nachdem § 13 AÜG durch Art. 63 Nr. 9 des Arbeitsförderungsreformgesetzes vom 24. März 1997 (BGBl. I S. 594, 714 f.) mit Wirkung vom 1. April 1997 ersatzlos aufgehoben wurde, gibt es in den Fällen der nach § 1 Abs. 2, § 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG vermuteten Arbeitsvermittlung keine gesetzliche Grundlage mehr für die Begründung eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Leiharbeiter und dem Entleiher. Seitdem kann die Entstehung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher weder mit § 1 Abs. 2 AÜG noch mit einer entsprechenden Anwendung von § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG begründet werden *(BAG 28. Juni 2000 - 7 AZR 100/99 - BAGE 95, 165 = AP AÜG § 13 Nr. 3 = EzA AÜG § 1 Nr. 10, zu III der Gründe mwN).*

III. Zwischen den Parteien kann jedoch ein Arbeitsverhältnis entstanden sein, wenn das Vertragsverhältnis zwischen der Fa. G und dem Beklagten Arbeitnehmerüberlassung zum Inhalt hatte. Nach der im Jahr 1976 geltenden Regelung in § 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG betrug die zulässige Überlassungsdauer drei Monate. Sofern der Kläger dem Beklagten zur Arbeitsleistung überlassen wurde, ist nach § 1 Abs. 2 AÜG zu vermuten, daß die Fa. G Arbeitsvermittlung betrieb, so daß nach § 13 AÜG aF bei Beginn der Beschäftigung am 20. April 1976 ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien entstanden war *(vgl. BAG 23. November 1988 -7 AZR 34/88 - BAGE 60, 205 = AP AÜG § 1 Nr. 14 = EzA AÜG § 3 Nr. 1, zu II 1 der Gründe).* Ob das der Fall war, kann der Senat jedoch nicht abschließend beurteilen, weil das Landesarbeitsgericht dazu keine Tatsachenfeststellungen getroffen hat. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts kann diese Frage nicht offenbleiben. Denn ein möglicherweise zwischen den Parteien entstandenes Arbeitsverhältnis ist bislang nicht beendet worden. Es ist dem Kläger auch nicht nach Treu und Glauben verwehrt, sich gegenüber dem Beklagten auf den Bestand eines Arbeitsverhältnisses zu berufen.

1. Das Landesarbeitsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß bei vermuteter Arbeitsvermittlung iSv. § 1 Abs. 2 AÜG nach § 13 AÜG aF ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien neben dem Arbeitsverhältnis des Klägers zur Fa. G (Doppelarbeitsverhältnis) entstand. Nach § 1 Abs. 2, § 13 AÜG aF wurde ein Arbeitsverhältnis

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

zum Entleiher fingiert. Daneben bestand das vertragliche Arbeitsverhältnis zum Verleiher fort. Dies hat der Senat bereits für die als Arbeitsvermittlung zu bewertende nicht gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung entschieden und die bis dahin bestehende gegenteilige Rechtsprechung, wonach mit der Entstehung eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher das Arbeitsverhältnis zum Verleiher beendet wurde, ausdrücklich aufgegeben *(15. April 1999 - 7 AZR 437/97 - BAGE 91, 200 = AP AÜG § 13 Nr.1 = EzA BGB § 620 Nr. 164)*. Gleiches gilt für die als Arbeitsvermittlung zu bewertende gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung, um die es sich hier allenfalls handeln könnte.

2. Zu Unrecht hat das Landesarbeitsgericht jedoch angenommen, ein möglicherweise fingiertes Arbeitsverhältnis des Klägers zum Beklagten sei durch die Ausübung eines Wahlrechts des Klägers zugunsten der H GmbH zum 31. März 1997 beendet worden. Das Gesetz sieht ein solches Wahlrecht nicht vor. Selbst wenn es bestünde, hätte es der Kläger nicht ausgeübt.

a) Das Landesarbeitsgericht hat gemeint, im Falle der Entstehung eines Doppelarbeitsverhältnisses nach § 1 Abs. 2, § 13 AÜG aF müsse dem Arbeitnehmer eine Wahlmöglichkeit eingeräumt werden, ob er das Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher fortsetzen oder sich auf das fingierte Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher berufen wolle. Der Schutzzweck des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes erfordere es nicht, dem Arbeitnehmer auf Dauer ein Doppelarbeitsverhältnis zu sichern. Ein Doppelarbeitsverhältnis führe zudem zu Abwicklungsschwierigkeiten. Deshalb sei dem Arbeitnehmer unter Berücksichtigung der Rechtsprechung zum Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers beim Betriebsübergang nach § 613a BGB und der Regelung in § 12 Satz 1 KSchG eine Wahlpflicht zwischen dem bisherigen vertraglichen und dem fingierten Arbeitsverhältnis aufzuerlegen *(so auch Urban Anm. zu BAG AP AÜG § 13 Nr. 1; Bauer NZA 1995, 203, 205; Küttner/Bauer Personalbuch 5. Aufl. Rn. 35 zu Arbeitnehmerüberlassung Nr. 28; aA Feuerborn Gemeinsame Anm. zu BAG 15. April 1999 - 7 AZR 437/97 - und 28. Juni 2000 - 7 AZR 100/99 - EzA § 1 AÜG Nr. 10; Hager Gemeinsame Anm. zu BAG 15. April 1999 - 7 AZR 437/97 - und 28. Juni 2000 - 7 AZR 100/99 - SAE 2000, 317)*.

b) Dies entspricht nicht der bis zum 31. März 1997 geltenden Rechtslage nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. Es mag zwar zutreffen, daß der Schutzzweck des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes bei vermuteter Arbeitsvermittlung ein Doppelarbeitsverhältnis nicht erforderte. Dennoch war die Entstehung eines Doppelarbeits-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

verhältnisses bis zum 31. März 1997 gesetzlich möglich. Ein Wahlrecht oder eine Wahlpflicht des Arbeitnehmers, sich für die Fortsetzung nur eines der beiden Arbeitsverhältnisse zu entscheiden, war im Gesetz nicht vorgesehen. Der Umstand, daß ein Doppelarbeitsverhältnis ggf. mit Abwicklungsschwierigkeiten verbunden ist, gebietet es nicht, im Wege ergänzender Auslegung in Analogie zum Widerspruchsrecht beim Betriebsübergang nach § 613a BGB und zu der Regelung in § 12 Satz 1 KSchG eine gesetzlich nicht vorgesehene Wahlmöglichkeit zu entwickeln. Dies ist auch nicht aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes erforderlich. Einen größeren Schutz als durch ein Doppelarbeitsverhältnis kann ein Arbeitnehmer bei vermuteter Arbeitsvermittlung nicht erhalten. Außerdem ist die Lage eines Arbeitnehmers im Falle vermuteter Arbeitsvermittlung eine andere als diejenige eines von einem Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmers. Im Gegensatz zu diesem erhält der zur Arbeitsleistung überlassene Arbeitnehmer nicht einen anderen anstelle des bisherigen Arbeitgebers. Vielmehr tritt zu dem Vertragsarbeitgeber ein weiterer Arbeitgeber hinzu. Der zur Arbeitsleistung überlassene Arbeitnehmer befindet sich auch nicht in einer vergleichbaren Situation wie ein Arbeitnehmer, der sich nach einem obsiegenden Urteil in einem Kündigungsschutzprozeß in einem Doppelarbeitsverhältnis befindet, weil er zwischenzeitlich ein anderes Arbeitsverhältnis eingegangen ist. In diesem Fall kann der Arbeitnehmer nach § 12 Satz 1 KSchG binnen einer Woche nach Rechtskraft des Urteils durch Erklärung gegenüber dem alten Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit diesem verweigern. Diese Regelung dient ua. dazu, den Arbeitnehmer davor zu bewahren, gegenüber einem von beiden Arbeitgebern vertragsbrüchig werden zu müssen, weil er seine Arbeitsleistung - auch für die Dauer einer Kündigungsfrist - nicht gleichzeitig bei beiden Arbeitgebern erbringen kann. Dieses Problem stellt sich dem Arbeitnehmer im Falle vermuteter Arbeitsvermittlung iSv. § 1 Abs. 2 AÜG jedoch nicht. Wenn er seine Arbeitsleistung ausschließlich beim Entleiher erbringt, erfüllt er damit regelmäßig gleichzeitig seine arbeitsvertraglichen Verpflichtungen gegenüber dem Verleiher. Anders könnte die Rechtslage allenfalls dann zu beurteilen sein, wenn der Verleiher den Arbeitnehmer nicht mehr bei dem bisherigen Beschäftigungsunternehmen einsetzen, sondern ihn einem anderen Unternehmen zur Arbeitsleistung überlassen will. Dies bedarf jedoch keiner Entscheidung, weil der Kläger ausschließlich beim Beklagten eingesetzt worden ist.

Die Annahme eines Wahlrechts in Analogie zum Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers beim Betriebsübergang nach § 613a BGB oder zu § 12 Satz 1 KSchG ist auch nicht deshalb geboten, weil das AÜG ebensowenig ausdrückliche Bestimmungen

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

über die Abwicklung des bei vermuteter Arbeitsvermittlung entstandenen Doppelarbeitsverhältnisses wie Bestimmungen über die Begründung eines Doppelarbeitsverhältnisses enthielt. Dadurch war entgegen der Auffassung des Beklagten keine planwidrige Regelungslücke entstanden. Vielmehr galten für jedes der beiden Arbeitsverhältnisse die allgemeinen arbeitsrechtlichen Bestimmungen über die Beendigung von Arbeitsverhältnissen.

c) Selbst wenn bei der Entstehung eines Doppelarbeitsverhältnisses wegen vermuteter Arbeitsvermittlung die vom Landesarbeitsgericht angenommene Wahlmöglichkeit des Arbeitnehmers bestünde, hätte der Kläger davon keinen Gebrauch gemacht.

Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hat der Kläger am 1. April 1997 ein neues Arbeitsverhältnis mit der H GmbH begründet. Dadurch hat der Kläger nicht ein etwaiges Wahlrecht zugunsten der Verleiherseite ausgeübt. Von der Ausübung eines solchen Wahlrechts sind zwei Arbeitsverhältnisse betroffen. Deshalb sind Erklärungen des Arbeitnehmers gegenüber beiden Arbeitgebern erforderlich, zumindest jedoch gegenüber dem Arbeitgeber, zu dem das Arbeitsverhältnis nicht fortgesetzt werden soll. Das Landesarbeitsgericht hat jedoch nicht festgestellt, daß der Kläger gegenüber dem Beklagten eine entsprechende Erklärung abgegeben hat.

3. Ein möglicherweise zwischen den Parteien entstandenes Arbeitsverhältnis ist auch nicht durch das Außerkrafttreten von § 13 AÜG am 31. März 1997 beendet worden. Da der Gesetzgeber des Arbeitsförderungsreformgesetzes, durch das § 13 AÜG aF ersatzlos gestrichen wurde, keine Regelungen für bereits nach § 1 Abs. 2, § 13 AÜG entstandene Arbeitsverhältnisse zum Entleiher getroffen hat, gelten für den Fortbestand und die Beendigung dieser Arbeitsverhältnisse die allgemeinen arbeitsrechtlichen Bestimmungen. Nach § 1 Abs. 3, § 13 AÜG aF entstandene Arbeitsverhältnisse bestehen daher so lange fort, bis sie nach allgemeinen arbeitsrechtlichen Regeln beendet worden sind. Ein Beendigungstatbestand ist vorliegend nicht ersichtlich. Die von der H GmbH am 15. Dezember 2000 gegenüber dem Kläger ausgesprochene Kündigung betrifft nicht die Rechtsbeziehung der Parteien, sondern das Arbeitsverhältnis des Klägers mit der H GmbH, das neben dem ggf. fingierten Arbeitsverhältnis zum Beklagten fortbestand.

4. Der Kläger hat das Recht, sich auf das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses mit dem Beklagten zu berufen, auch nicht verwirkt (§ 242 BGB).

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

a) Ein Recht ist verwirkt, wenn der Berechtigte mit der Geltendmachung seines Rechts längere Zeit zugewartet hat (Zeitmoment) und der Schuldner deswegen annehmen durfte, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden, er sich darauf eingerichtet hat und ihm die gegenwärtige Erfüllung des Rechts oder Anspruchs unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles nach Treu und Glauben nicht mehr zuzumuten ist (Umstandsmoment) (vgl. etwa *BAG 30. Januar 1991 - 7 AZR 497/89 - BAGE 67, 124 = AP AÜG § 10 Nr. 8 = EzA AÜG § 10 Nr. 3, zu I 2 der Gründe).*

b) Es kann dahinstehen, ob im vorliegenden Fall das Zeitmoment erfüllt ist. Denn es fehlt an dem für die Verwirkung erforderlichen Umstandsmoment. Der Kläger war seit dem 20. April 1976 bis zum Ende des Jahres 2000 beim Beklagten eingesetzt. Bei dieser Sachlage ist nicht ersichtlich, weshalb es dem Beklagten unzumutbar sein soll, den Kläger auch weiterhin in seinem Betrieb zu beschäftigen. Insbesondere hat der Beklagte nicht vorgetragen, im Vertrauen darauf, vom Kläger nicht als Arbeitgeber in Anspruch genommen zu werden, Dispositionen getroffen zu haben, auf Grund derer für ihn eine Weiterbeschäftigung des Klägers unzumutbar geworden wäre, zB wegen einer möglicherweise erfolgten Beauftragung eines anderen Unternehmens oder der Einstellung eigener Arbeitnehmer für die vom Kläger verrichteten Arbeiten für die Zeit nach der Beendigung des Vertragsverhältnisses mit der H GmbH. Der Beklagte hat sich vielmehr im wesentlichen auf Beweisschwierigkeiten berufen, die entstünden, wenn er sich dreieinhalb Jahre nach dem Außerkrafttreten von § 13 AÜG gegen die Geltendmachung eines Jahre zuvor entstandenen Arbeitsverhältnisses verteidigen müßte. Zwar mögen Beweisschwierigkeiten für den Schuldner, die durch die illoyal späte gerichtliche Geltendmachung eines Anspruchs entstehen, uU geeignet seien, die sog. Prozeßverwirkung zu begründen. Im vorliegenden Fall geht es jedoch nicht um die Unzulässigkeit der gerichtlichen Geltendmachung eines Anspruchs, sondern um die Verwirkung eines materiellen Rechts. Im übrigen mußte der Beklagte auf Grund des Umstands, daß der Kläger bis zu der Klageerhebung im vorliegenden Rechtsstreit in seinem Betrieb beschäftigt war, damit rechnen, wegen dieses Sachverhalts in Anspruch genommen zu werden. Dies hätte den Beklagten veranlassen müssen, etwaige Beweismittel für einen möglichen Rechtsstreit mit dem Kläger zu sichern. Dem steht nicht entgegen, daß der Kläger nicht, wie mehrere seiner Kollegen, bereits in den Jahren 1997 oder 1998 den Bestand eines Arbeitsverhältnisses gegenüber dem Beklagten geltend gemacht hat. Allein deswegen konnte der Beklagte nicht darauf vertrauen, daß sich der Kläger nicht zu einem späteren Zeitpunkt auf das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses berufen würde. Es wäre dem Beklagten unbenommen gewesen, zum dama-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

ligen Zeitpunkt von sich aus eine Klärung des Rechtsverhältnisses mit dem Kläger herbeizuführen, zumal er offenbar selbst die rechtlichen Probleme hinsichtlich der bei ihm eingesetzten Arbeitnehmer der Fa. G bzw. der H GmbH erkannt hatte, wie sich aus einer Gesprächsnotiz vom 18.März 1987 über Verhandlungen zwischen Vertretern des Beklagten und der Fa. G sowie aus der mit der H GmbH vereinbarten Vertragsstrafenregelung ergibt.

5. Ob die klageabweisende Entscheidung des Landesarbeitsgerichts zutreffend ist, weil der Kläger dem Beklagten von der Fa. G nicht zur Arbeitsleistung überlassen, sondern von dieser auf Grund eines Werk- oder Dienstvertrags im Betrieb des Beklagten beschäftigt wurde, kann der Senat nicht abschließend beurteilen. Dazu bedarf es weiterer tatsächlicher Feststellungen durch das Landesarbeitsgericht.

a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats ist nicht jeder drittbezogene Arbeitseinsatz eine Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des 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 *(3. Dezember 1997 - 7 AZR 764/96 - BAGE 87, 186 = AP AÜG § 1 Nr. 24 = EzA AÜG § 1 Nr. 9, zu I 1 der Gründe mwN)*. Notwendiger Inhalt eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags ist die Verpflichtung des Verleihers gegenüber dem Entleiher, diesem zur Förderung von dessen Betriebszwecken Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen *(3. Dezember 1997 - 7 AZR 764/96 - aaO mwN; 19. Januar 2000 - 7 AZR 6/99 -, zu 1 der Gründe)*. Die Vertragspflicht des Verleihers gegenüber dem Entleiher endet, wenn er den Arbeitnehmer ausgewählt und ihn dem Entleiher zur Verfügung gestellt hat *(22. Juni 1994 - 7 AZR 286/93 - BAGE 77, 102 = AP AÜG § 1 Nr. 16 = EzA AÜG § 1 Nr. 4, zu IV 2 a der Gründe; 3. Dezember 1997 - 7 AZR 764/96 - BAGE 87, 186 = AP AÜG § 1 Nr. 24 = EzA AÜG § 1 Nr. 9, zu I 1 der Gründe)*. Von der Arbeitnehmerüberlassung zu unterscheiden ist die Tätigkeit eines Arbeitnehmers bei einem Dritten auf Grund eines Werk- oder Dienstvertrags. In diesen Fällen wird der Unternehmer für einen anderen tätig. Er organisiert die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen und bleibt für die Erfüllung der im Vertrag vorgesehenen Dienste oder für die Herstellung des geschuldeten Werks gegenüber dem Drittunternehmen verantwortlich. Die zur Ausführung des Dienst- oder Werkvertrags eingesetzten Arbeitnehmer unterliegen den Weisungen des

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Unternehmers und sind dessen Erfüllungsgehilfen. Der Werkbesteller kann jedoch, wie sich aus § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB ergibt, dem Werkunternehmer selbst oder dessen Erfüllungsgehilfen Anweisungen für die Ausführung des Werkes erteilen. Entsprechendes gilt für Dienstverträge. Solche Dienst- oder Werkverträge werden vom Arbeitnehmerüberlassungsgesetz nicht erfaßt *(st. Rspr., vgl. etwa BAG 30. Januar 1991 - 7 AZR 497/89 - BAGE 67, 124 = AP AÜG § 10 Nr. 8 = EzA AÜG § 10 Nr. 3, zu II 2 und III 1 der Gründe; 22. Juni 1994 - 7 AZR 286/93 - BAGE 77, 102 = AP AÜG § 1 Nr. 16 = EzA AÜG § 1 Nr. 4, zu IV 2 a der Gründe mwN).*

Über die rechtliche Einordnung eines Vertrags entscheidet der Geschäftsinhalt und nicht die von den Parteien gewünschte Rechtsfolge oder eine Bezeichnung, die dem Geschäftsinhalt nicht entspricht. Der Geschäftsinhalt kann sich sowohl aus den ausdrücklichen Vereinbarungen der Vertragsparteien als auch aus der praktischen Durchführung des Vertrags ergeben. Widersprechen sich beide, ist die tatsächliche Durchführung des Vertrags maßgebend, weil sich aus der praktischen Handhabung der Vertragsbeziehungen am ehesten Rückschlüsse darauf ziehen lassen, von welchen Rechten und Pflichten die Vertragsparteien ausgegangen sind. Der so ermittelte wirkliche Wille der Vertragsparteien bestimmt den Geschäftsinhalt und damit den Vertragstyp *(st. Rspr., vgl. BAG 30. Januar 1991 - 7 AZR 497/89 - aaO mwN).* Allerdings sind einzelne Vorgänge der Vertragsabwicklung zur Feststellung eines vom Vertragswortlaut abweichenden Geschäftsinhalts nur geeignet, wenn es sich dabei nicht um untypische Einzelfälle, sondern um beispielhafte Erscheinungsformen einer durchgehend geübten Vertragspraxis handelt. Dabei muß diese abweichende Vertragspraxis den auf Seiten der Vertragspartner zum Vertragsschluß berechtigten Personen bekannt gewesen und von ihnen zumindest geduldet worden sein. Ansonsten kann eine den schriftlichen Vereinbarungen widersprechende Vertragspraxis nicht als Ausdruck des wirklichen Geschäftswillens der Vertragspartner angesehen werden *(BAG 30. Januar 1991 - 7 AZR 497/89 - aaO, zu IV 2 der Gründe).*

b) Der Kläger war nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts beim Beklagten mit Garten- und Schneeräumarbeiten beschäftigt, außerdem hatte er im Bereich des Bühnenfundus für den Auf- und Abbau und den Transport von Requisiten zu sorgen, war im Bereich der Beleuchtung und im Bereich Spedition sowie im Zentrallager tätig, hatte Studioaufbauten zu erledigen, Möbel und Instrumente zu transportieren, Regale aufzustellen, Ordner umzulagern, Umzüge durchzuführen, einfache handwerkliche Arbeiten zu erledigen und Auf- und Abbauarbeiten in Konferenzräumen vorzu-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

nehmen. Diesen Arbeiten lagen der von der Fa. G und dem Beklagten abgeschlossene Vertrag vom 6. August 1996 über „Gartenpflege, Hof- und Wegereinigung FS im Bereich der Hausverwaltung FS-Studio L“, der Rahmen-Werkvertrag vom 7. April 1981/4. Mai 1981 hinsichtlich der „Übernahme sämtlicher Transport-, Einlagerungs- und Auslagerungsarbeiten im Transportwesen“ und der Rahmen-Vertrag vom 1. April 1986 über die „Abwicklung der Warenannahme und des Warenversands im Transportwesen sowie die Durchführung von Transporten aller Art mit Ausnahme von Schwergut“ zugrunde. Das Landesarbeitsgericht hat bislang weder eine Auslegung dieser Verträge vorgenommen, noch Tatsachen zu der zwischen den Parteien streitigen praktischen Handhabung der Vertragsbeziehung durch den Beklagten und der Fa. G festgestellt und gewürdigt. Beides ist nachzuholen. Soweit es dabei auf die tatsächlich geübte Vertragspraxis ankommen sollte, wird das Landesarbeitsgericht zu berücksichtigen haben, daß das bisherige Vorbringen des für das Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung darlegungspflichtigen Klägers schon deshalb unsubstantiiert ist, weil er nicht zwischen dem Einsatz durch die Fa. G und demjenigen durch die H GmbH unterschieden hat. Dies ist jedoch erforderlich, weil nur der Einsatz des Klägers auf Grund der Vertragsbeziehung zwischen der Fa. G und dem Beklagten bis zum 31. März 1997 nach § 1 Abs. 2, § 13 AÜG aF zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien geführt haben kann. Dem Kläger wird daher ggf. zunächst Gelegenheit gegeben werden müssen, seinen Sachvortrag zu ergänzen. Erforderlichenfalls wird das Landesarbeitsgericht im Wege einer Beweisaufnahme zu klären haben, wie das Vertragsverhältnis zwischen der Fa. G und dem Beklagten tatsächlich gehandhabt wurde.

IV. Das Landesarbeitsgericht hat auch über die Kosten der Revision zu entscheiden.

Dörner Gräfl Pods

Günther Metzinger Knapp

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

ANDROID APP ON Google play
JLaw – für Android

Available on the App Store
JLaw – für iOS