

## Der Fallschirm hält (noch) – Verdeckte Arbeitnehmerüberlassung mit „Vorratserlaubnis“

### EINFÜHRUNG

Das Gesetzgebungsverfahren betreffend die Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes befindet sich auf der Zielgeraden. Einige der nicht nur politisch, sondern auch in der Rechtsprechung und arbeitsrechtlichen Literatur diskutierten Fragestellungen rund um die Arbeitnehmerüberlassung sollen mit dem Gesetz nun einer Lösung zugeführt werden. Dies betrifft z.B. die Frage einer Höchstüberlassungsdauer und der Rechtsfolge bei deren Missachtung. Ebenso behandelt das geplante Gesetz die Fragestellung der verdeckten Arbeitnehmerüberlassung.

Das Bundesarbeitsgericht hat sich mit Urteil vom 12. Juli 2016 (Az.: 9 AZR 352/15, Vorinstanz: LAG Baden-Württemberg, Urteil v. 07.05.2015 – 6 Sa 78/14) der noch aktuellen Gesetzeslage und der hierzu ergangenen, zum Teil widersprüchlichen Rechtsprechung der Instanzgerichte zugewandt. Danach kann über das vorsorgliche Vorhalten einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis bei fehlerhafter Einstufung als Werkvertrag der „freie Fall“ verhindert werden: Der Einsatz im Rahmen einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung führt aktuell nicht zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem „verdeckten“ Leiharbeiter mit dem Einsatzunternehmen.

### SACHVERHALT

Die Vertragsarbeitgeberin der Klägerin war bereits seit dem Jahr 1995 im Besitz einer uneingeschränkten Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung. Seit Beginn des Arbeitsverhältnisses wurde die Arbeitnehmerin im Rahmen eines Werkvertrages bei der Beklagten, einem Automobilunternehmen, eingesetzt. Dieser Einsatz erfolgte von Februar 2004 bis Ende Dezember 2013. Nachdem der Vertrag zwischen der Vertragsarbeitgeberin und dem beklagten Unternehmen mit Ablauf des Jahres 2013 endete, kündigte die Vertragsarbeitgeberin das Arbeitsverhältnis mit der Arbeitnehmerin; gegen diese Kündigung erhob die Klägerin Kündigungsschutzklage.

Parallel leitete sie das nunmehr vom Bundesarbeitsgericht entschiedene Verfahren gegen das Einsatzunternehmen ein. Sie berief sich zum einen auf einen möglichen Betriebsübergang. Zum anderen und vor allem machte sie geltend, dass die Vertragsbeziehungen zwischen ihrem ursprünglichen Vertragsarbeitgeber und dem beklagten Unternehmen als Scheinwerkverträge anzusehen seien. Ihr Einsatz sei daher im Rahmen einer nicht genehmigten und den Anforderungen des § 12 AÜG nicht entsprechenden Arbeitnehmerüberlassung erfolgt. Wegen der Dauer des

Einsatzes sei diese nicht mehr als vorübergehende Überlassung anzusehen. Ebenso könne sich die Beklagte nicht auf das Vorliegen der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis berufen.

Sowohl das Arbeitsgericht als auch das Landesarbeitsgericht haben die Klage abgewiesen. Nach Ansicht des Landesarbeitsgerichtes kam es nicht darauf an, ob es sich um einen Scheinwerkvertrag gehandelt hat oder nicht. Auch im Falle einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung komme es allein auf das Vorliegen einer wirksamen unbeschränkten Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis an. Ob diese gegenüber dem jeweiligen Arbeitnehmer offengelegt wurde und/oder der Einsatz im Rahmen einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung gegenüber dem Arbeitnehmer verschwiegen wurde, sei nicht relevant. Eine analoge Anwendung der § 9 Nr. 1, § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG komme nicht in Betracht, da das Gesetz insoweit keine planwidrige Regelungslücke enthalte. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (Urteil vom 10. Dezember 2013 – 9 AZR 51/13) bezüglich der Rechtsfolgen einer nicht nur vorübergehenden Überlassung sei übertragbar. Ein Rechtsmissbrauch der an dem Werkvertrag Beteiligten sei ebenfalls vorliegend nicht relevant (anders LAG Baden-Württemberg, Urteil v. 03.12.2014 – 4 Sa 41/14). Rechtsfolge eines solchen Missbrauchs sei ebenfalls nicht die Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiherunternehmen gemäß § 9 Nr. 1, § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG, der (verdeckte) Leiharbeiter sei allein so zu stellen, als sei er immer Leiharbeiter gewesen.

### ENTSCHEIDUNG VOM 12. JULI 2016

Das Bundesarbeitsgericht hat in seiner Entscheidung vom 12. Juli 2016, zu der bislang nur eine Pressemitteilung vorliegt, diese Entscheidung des Landesarbeitsgerichts auch in der Begründung bestätigt. Maßgeblich sei, dass die Vertragsarbeitgeberin der Arbeitnehmerin die Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung hatte. Die gesetzliche Fiktion des Zustandekommens eines Arbeitsverhältnisses zwischen (verdecktem) Leiharbeiter und Einsatzunternehmen trete ausschließlich bei fehlender Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis des (verdeckten) Verleihers ein. Für eine analoge Anwendung dieser Regelung bei verdeckter Arbeitnehmerüberlassung fehle es an einer planwidrigen gesetzlichen Regelungslücke. Der Gesetzgeber habe für eine solche nicht offene Arbeitnehmerüberlassung bewusst nicht die Rechtsfolge der Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher angeordnet.

## Der Fallschirm hält (noch) – Verdeckte Arbeitnehmerüberlassung mit „Vorratserlaubnis“

### PRAKTISCHE BEDEUTUNG DER ENTSCHEIDUNG

Die Entscheidung ist zu begrüßen. Das Bundesarbeitsgericht hatte es jedoch auch leicht, den (wohl) in der Vergangenheit geäußerten gesetzgeberischen Willen zu identifizieren, ist doch in dem derzeit vorliegenden Gesetzesentwurf die von der Klägerin begehrte Rechtsfolge nunmehr vorgesehen. Die Aufnahme einer solchen Regelung wäre überflüssig, wäre bereits das jetzige Gesetz (analog) in dieser Form anzuwenden. Von einer solchen Anwendung geht die Gesetzesbegründung jedoch gerade nicht aus, bestätigt vielmehr die bisherige Regelungslücke.

Für die aktuelle Gesetzeslage hält der „Fallschirm“ einer vorsorglichen Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis damit noch. Sollte eine verdeckte Arbeitnehmerüberlassung festgestellt werden, kann der Leiharbeiter sich daher allenfalls auf die ihm als solcher zustehenden Rechte und Ansprüche (z.B. equal pay) berufen.

Zukünftige vertragliche Ausgestaltungen und tatsächliche Handhabungen von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung werden jedoch die gesetzliche Neuregelung beachten müssen. Das Gesetz sieht in seinem Entwurf insoweit vor, dass die Arbeitnehmer über einen Einsatz im Rahmen einer Arbeitnehmer-

überlassung informiert werden müssen. Auch ist bei der Vertragsgestaltung zwischen Verleiher und Entleiher die ausdrückliche Bezeichnung als Arbeitnehmerüberlassung aufzunehmen. Eingesetzte Leiharbeiter sind vor dem Einsatz als solche zu identifizieren und dem Einsatzunternehmen zu melden. Rechtsfolge einer fehlerhaften Handhabung, zu der auch ein fehlgeschlagener Werkvertragseinsatz zählt, soll dann grundsätzlich die Begründung eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Leiharbeiter und dem Entleiher sein. Der Gesetzesentwurf sieht allerdings als Neuerung auch die Möglichkeit des Widerspruchs des Leiharbeiters gegen diesen gesetzlich vorgesehenen Arbeitgeberwechsel vor. Neben der vertraglichen Ausgestaltung kommt damit der tatsächlichen Handhabung von Drittpersonaleinsatz in Zukunft ein noch größeres Maß an Bedeutung zu. Als Vorbereitung hierauf sollten bereits jetzt die internen Überwachungsprozesse überprüft und gegebenenfalls angepasst werden.

Für weitere Infos zum Thema „Contractor Compliance, Haftungsprävention und Fallmanagement beim Einsatz von Fremdpersonal“ möchten wir Sie auch auf unser **Buch** und unsere **Seminare** hinweisen.

### ANSPRECHPARTNER



**Dr. Thilo Mahnhold**  
t.mahnhold@justem.de



**Christoph Frieling, LL.M. (East Anglia)**  
c.frieling@justem.de

[www.justem.de](http://www.justem.de)