Ausfertigung

Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg

Verkündet

am 9. Januar 2013

Kuletzki, JHS

als Urkundsbeamter/in der Geschäftsstelle

Geschäftszeichen (bitte immer angeben)

15 Sa 1635/12

3 Ca 219/12
Arbeitsgericht Brandenburg an der Havel

Im Namen des Volkes

Teil-Urteil

In Sachen

- Klägerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte/r:
Templin & Thieß Rechtsanwälte,
Beim Strohhause 24, 20097 Hamburg

gegen

Asklepios Fachkliniken Brandenburg GmbH

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte/r:

hat das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg, 15. Kammer,
auf die mündliche Verhandlung vom 9. Januar 2013
durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Klueß als Vorsitzender
sowie die ehrenamtlichen Richter Frau Zehle und Herrn Busche
für Recht erkannt:

I. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Arbeitsgerichts Brandenburg an der Havel vom 11.07.2012 – 3 Ca 219/12 – teilweise abgeändert:

1. Es wird festgestellt, dass zwischen der Klägerin und der Beklagten seit dem 01.01.2010 ein ungekündigtes Arbeitsverhältnis besteht, nach welchem die Klägerin bei der Beklagten als Gesundheits- und Krankenpflegerin angestellt ist.

2. Die Beklagte wird verurteilt, die Klägerin bis zum rechtskräftigen Ausgang des Rechtsstreits tatsächlich als Gesundheits- und Krankenpflegerin zu beschäftigen.

3. Die Beklagte wird verurteilt, der Klägerin in entsprechender Anwendung des § 13 AÜG Auskunft über die wesentlichen Arbeitsbedingungen einer vergleichbaren

[redacted]

[redacted]

[redacted]

Arbeitnehmerin zu erteilen, die in der Zeit seit Januar 2010 als Gesundheits- und Krankenpflegerin beschäftigt gewesen ist.

II. Die Kostenentscheidung bleibt der Schlussentscheidung vorbehalten.

III. Die Revision wird zugelassen.

Klueß Zehle Busche

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob zwischen ihnen ein Arbeitsverhältnis zu Stande gekommen ist, über einen vorläufigen Weiterbeschäftigungsanspruch und im Rahmen einer Stufenklage über Entgeltdifferenzansprüche.

Die Beklagte betreibt im Land Brandenburg in den Orten Lübben, Teupitz und Brandenburg an der Havel Krankenhäuser. Diese hatte sie im Oktober/November 2006 vom Land Brandenburg übernommen. Die Beklagte ist nicht tarifgebunden. Die arbeitsvertraglichen Regelungen sehen vor, dass der BAT-O bzw. TVL zur Anwendung kommt.

Seit dem Jahre 2007 stellt die Beklagte im Bereich der Krankenpflege – mit Ausnahme von einigen Aushilfen – ausschließlich Leiharbeitnehmer ein. Diese Arbeitnehmer entleiht sie von den Unternehmen GFB medi GmbH und PGA GmbH. Diese beiden Verleihunternehmen sind genauso wie die Beklagte hundertprozentige Töchter der Asklepios Kliniken Verwaltungsgesellschaft mbH. Außerhalb des Konzerns sind diese Verleihunternehmen nicht am Markt tätig. Sie besitzen die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung. Die Beklagte beschäftigte am 31. Juli 2012 1.456 eigene Arbeitnehmer und 401 Leiharbeitnehmer. Die Lohnabrechnungen werden für alle Beschäftigten einheitlich von der zentralen Lohnbuchhaltung des Asklepios-Konzerns erstellt.

Die Klägerin hatte sich bei der Beklagten beworben. An dem Bewerbungsgespräch nahmen neben der Pflegedienstleitung nur weitere Mitarbeiter der Beklagten teil. Gegen Ende des Gesprächs wurde der Klägerin eröffnet, dass der Arbeitsvertrag mit einer so genannten Personalservice-Gesellschaft zu schließen sei.

Mit Arbeitsvertrag vom 30. September 2009 begründete die Klägerin mit der GFB medi ein Arbeitsverhältnis ab 1. Januar 2010 als Gesundheits- und Krankenpflegerin. Der Arbeitsvertrag sieht u. a. vor, dass die Klägerin für den Postleitzahlenbereich bzw. den Klinikstandort Brandenburg tätig wird (§ 1 Ziff. 6). Auf das Arbeitsverhältnis finden die Tarifverträge des Interessenverband deutscher Zeitarbeitsunternehmen (iGZ e.V.) und den Mitgliedsgewerkschaften des DGB Anwendung (§ 2 Ziffer 3). Es wird eine außertarifliche Zulage gezahlt, wobei die Leistungsbeurteilung durch den Vorgesetzten im Entleiherbetrieb erfolgt (§ 5 Ziffer 2). Darüber hinaus ist die Klägerin in das Personalentwicklungsprogramm des Entleihers eingegliedert (§ 8 Ziff. 3).

Seit Beginn des Arbeitsverhältnisses war die Klägerin durchgängig auf der Station N 4 bei der Beklagten eingesetzt. Unter dem 13. Juli 2011 hat die Klägerin mit der Beklagten eine Weiterbildungsvertrag geschlossen (Bl. 160 f. d. A.).

Die Klägerin hat behauptet, die Ausschreibung für ihre Stelle sei extern erfolgt. Sie hat die Ansicht vertreten, es liege eine rechtswidrige Strohmannkonstruktion vor. Jedenfalls seit dem 1. Dezember 2011 dürfe die Arbeitnehmerüberlassung nur noch „ vorübergehend" erfolgen. Andernfalls werde ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher begründet.

Die Klägerin hat beantragt,

1. festzustellen, dass zwischen ihr und der Beklagten seit dem 1. Januar 2010 ein ungekündigtes Arbeitsverhältnis besteht, nach welchem sie bei der Beklagten als Gesundheits- und Krankenpflegerin angestellt ist;

2. die Beklagte – für den Fall des Obsiegens in der ersten Instanz – zu verurteilen, sie bis zum rechtskräftigen Ausgang des Rechtsstreits tatsächlich als Gesundheits- und Krankenpflegerin zu beschäftigen;

3. a) die Beklagte zu verurteilen, ihr in entsprechender Anwendung des § 13 AÜG Auskunft über die wesentlichen Arbeitsbedingungen einer vergleichbaren Arbeitnehmerin zu erteilen, die in der Zeit seit Januar 2010 als Gesundheits- und Krankenpflegerin beschäftigt gewesen ist;

und

3. b) die Beklagte nach Erteilung der Auskunft zu 3a) zu verurteilen,

3. aa) die sich auf Grund der Auskunft ergebende, noch zu bestimmende Differenzvergütung für die Zeit seit dem 1.1.2010 nachzuzahlen, welche sich berechnet aus dem regelmäßigen tariflichen Entgelt einer Gesundheits- und Krankenpflegerin abzüglich der bereits bezogenen Vergütung; die nachzuzahlenden Beträge sind mit fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz jeweils ab dem 31. Tage seit Fälligkeit zu verzinsen;

und

3. bb) der Klägerin über die Differenzvergütung hinaus beginnend ab dem 1.1.2010 diejenigen sonstigen noch zu bestimmenden Arbeitsbedingungen zu gewähren, die eine Gesundheits- und Krankenpflegerin der Beklagten im Jahr 2010 und 2011 bezogen hat.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat behauptet, es habe nur eine interne Stellenausschreibung gegeben. Die Klägerin habe sich von sich aus beworben.

Mit Urteil vom 11. Juli 2012 hat das Arbeitsgericht Brandenburg an der Havel die Klage insgesamt abgewiesen. Es hat dies im Wesentlichen damit begründet, dass über §§ 10 Abs. 1 Satz 1, 9

Ziff. 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis nicht begründet werden könne, da die GFB medi über eine Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung verfüge. Ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien ließe sich auch nicht aus § 1 Abs. 2 AÜG herleiten. Insofern fehle eine entsprechende Sanktion. Es liege auch kein Verstoß gegen das Gebot von Treu und Glauben (§ 242 BGB) vor. Es könne nicht festgestellt werden, dass nur eine so genannte Scheinleihe vorliege. Die Konzernverbundenheit ändere nichts an dem Umstand, dass die GFB medi ein eigenständiges Unternehmen sei. Ein Verleih innerhalb eines Konzerns sei zulässig. Die Entscheidung, Leiharbeitnehmer statt Stammarbeitnehmer zu beschäftigen, stelle eine freie unternehmerische Entscheidung dar. Dies sei durch das AÜG nicht verboten. Die zum 1. Dezember 2011 erfolgte Gesetzesänderung führe zu keinem anderen Ergebnis. Auch wenn die Überlassung von Arbeitnehmern an den Entleiher nur vorübergehend erfolgen dürfe, so habe der Gesetzgeber bei einem Verstoß keine Regelung dahingehend vorgesehen, das ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Arbeitnehmer zustande komme. Daher sei die Beklagte auch nicht zur Auskunftserteilung verpflichtet.

Dieses Urteil ist der Klägerin am 27. August 2012 zugestellt worden. Die Berufung ging am 28. August 2012 und die entsprechende Begründung 28. Oktober 2012 beim Landesarbeitsgericht ein.

Die Klägerin hält die Rechtsanwendung des Arbeitsgerichts für fehlerhaft.

Die Klägerin beantragt – so weit für dieses Teilurteil relevant - sinngemäß,

das Urteil des Arbeitsgerichts Brandenburg an der Havel vom 11.7.2012 – 3 Ca 219/12 - abzuändern und

1. festzustellen, dass zwischen ihr und der Beklagten seit dem 01.01.2011 ein ungekündigtes Arbeitsverhältnis besteht, nach welchem sie bei der Beklagten als Gesundheits- und Krankenpflegerin angestellt ist;

2. die Beklagte für den Fall des Obsiegens zu verurteilen, sie bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits tatsächlich als Gesundheits- und Krankenpflegerin zu beschäftigen;

3. die Beklagte zu verurteilen, ihr in entsprechender Anwendung des §§ 13 AÜG Auskunft über die wesentlichen Arbeitsbedingungen einer vergleichbaren Arbeitnehmern zu erteilen, die in der Zeit seit Januar 2010 als Gesundheits-Krankenpflegerin beschäftigt gewesen ist.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte behauptet, mit der Klägerin sei irrtümlich ein Weiterbildungsvertrag geschlossen worden. Der zuständige Mitarbeiter habe übersehen, dass die Klägerin Leiharbeitnehmerin gewesen war.

Entscheidungsgründe

I.

Die Berufung ist zulässig. Die Klägerin hat die Berufung form- und fristgerecht eingelegt und begründet.

II.

Die Berufung hat auch Erfolg. Zwischen den Parteien ist seit dem 1. Januar 2010 ein Arbeitsverhältnis zu Stande gekommen (1.). Die Beklagte ist verpflichtet, die Klägerin vorläufig weiterzubeschäftigen (2.). Im Rahmen der Stufenklage war die Beklagte ferner zur Auskunftserteilung zu verurteilen (3.). Insofern war das Urteil des Arbeitsgerichts Brandenburg an der Havel teilweise abzuändern.

1. Zwischen den Parteien ist seit dem 1. Januar 2010 ein Arbeitsverhältnis zu Stande gekommen. Dies ergibt sich aus dem Rechtsinstitut des institutionellen Rechtsmissbrauchs (1.1.). Für die Zeit seit dem 1. Dezember 2011 folgt dies hilfsweise auch daraus, dass das verleihende Konzernunternehmen die Klägerin nicht nur vorübergehend überlassen hat und für diese Form der Arbeitnehmerüberlassung eine Genehmigung nicht vorlag (1.2.).

1.1. Im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung stellt es einen institutionellen Rechtsmissbrauch dar, wenn das verleihende Konzernunternehmen nur an einen oder mehrere Konzernunternehmen Arbeitnehmer verleiht, nicht am Markt werbend tätig ist und die Einschaltung dieses verleihenden Unternehmens nur dazu dient, Lohnkosten zu senken oder kündigungsschutzrechtliche Wertungen ins Leere laufen zu lassen. Dies hat zur Folge, dass dem Scheinentleiher die Arbeitgeberstellung zukommt.

1.1.1. Der in § 242 BGB geregelte Grundsatz von Treu und Glauben beschränkt als Gebot der Redlichkeit und allgemeine Schranke der Rechtsausübung sowohl subjektive Rechte als auch Rechtsinstitute und Normen. Rechtsmissbrauch liegt insofern dann vor, wenn 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. Die institutionelle Rechtsmissbrauchskontrolle verlangt daher weder ein subjektives Element noch eine Umgehungsabsicht (BAG 18.07.2002 – 7 AZR 443/09 – NZA 2012, 1351 Rdnr. 38). Hierbei ist auch zu prüfen, ob das Ergebnis einer rechtlichen Beurteilung mit dem Leitbild der zu prüfenden Norm in Einklang steht (BAG, a. a. O. Rdnr. 41).

Im Bereich des Kündigungsschutzes hat das BAG es für rechtsmissbräuchlich angesehen, wenn eine Klinik eine Service-GmbH gegründet, die wirtschaftlich, finanziell und organisatorisch von ihr abhängig ist, und wenn ein unternehmerisches Konzept zur Kostenreduzierung gewählt wird, das faktisch nicht zu Änderungen in den betrieblichen Abläufen führt, jedoch bei allen Arbeitnehmern der betroffenen Abteilungen erklärtermaßen zum Verlust ihres Arbeitsplatzes führen sollte, um so die Arbeit in Zukunft von anderen, schlechter bezahlten Arbeitnehmern verrichten zu lassen (BAG 26.09. 2002 – 2 AZR 636/01 – NZA 2003,549 Rdnr. 24).

1.1.2. In Aufsätzen, die die Gründung von Arbeitnehmerüberlassungsgesellschaften im Konzern als Maßnahme zur Absenkung des Tarifniveaus und zum Personalabbau anregten, wurde zugleich davor gewarnt, diese Konstruktion allein zu Unterschreitung des Tarifniveaus zu nutzen. Insofern bestünde die nicht unerhebliche Gefahr der Anwendung des Umgehungsverbot durch die Gerichte (Melms, Lipinski BB 2004, 2409, 2415). Sicherheitshalber seien stets sämtliche Indizien zu vermeiden, die das rechtliche Risiko der Anwendung des Umgehungsverbots erhöhen könnten. Insofern wurde empfohlen, insbesondere die Arbeitnehmerüberlassungsgesellschaft nicht als reine Tochtergesellschaft zu konstruieren. Sie solle am Markt werbend auftreten und sich als eigenständiges Unternehmen darstellen (ebd. 2416).

Andere sehen in einer solchen Konstruktion des rein konzerninternen Verleihs ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen (Brors/Schüren BB 2004, 2745; Schüren BB 2007, 2346 in Abgrenzung zu LAG Niedersachsen 28.02.2006 – 13 TaBV 56/05 – BB 2007, 2352; Däubler AiB 2008, 524). Begründet wird dies damit, dass eine Abweichung vom gesetzlichen Modell der Leiharbeit in zweierlei Hinsicht vorliege. Der Verleiher werde nur dazwischengeschaltet, um günstigere Tarifbedingungen für Leiharbeitnehmer zu nutzen und den Bestandschutz aufheben zu können. Bei dem konzerninternen Verleih entfalle jedoch das typische Arbeitgeberrisiko. Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des AÜG sei das Anbieten einer speziellen Dienstleistung am Markt. Wer überhaupt nicht ernsthaft am Markt auftrete, sondern nur in symbiotischer Beziehung zu anderen Unternehmen existiere, sei kein gewerbsmäßiger Verleiher, sondern gewerbsmäßiger Strohmann. Die Möglichkeit, als Verleiher durch eigene Tarifverträge das beim Entleiher herrschende Vergütungsniveau zu unterschreiten, werde nach dem gesetzlichen Modell dadurch gerechtfertigt, dass der Verleiher üblicherweise das Risiko zu tragen hat, auch in Nichtbeschäftigungszeiten den Leiharbeitnehmer zu vergüten. Auch kündigungsschutzrechtliche

Bestimmungen würden umgangen. Das Verleihunternehmen verfüge über keine eigenen Arbeitsplätze. Das Risiko, dass die Konzernschwester als einzige Kundin ihre Aufträge zurückfahre, werde voll auf die Leiharbeitnehmer verlagert. Gerade weil das Verleihunternehmen über keine anderen Auftraggeber verfüge, sei im Hinblick auf die Rechtsprechung des BAG (18. 5.2006 – 2 AZR 412/05 – DB 2006, 1962) eine betriebsbedingte Kündigung unter vereinfachten Bedingungen möglich. Auch hierin liege eine entscheidende Abweichung vom gesetzlichen Modell, denn üblicherweise müsse ein Verleihunternehmen nachweisen, warum der Einsatz des Arbeitnehmers bei einem anderen Kunden bzw. in einem anderen Auftrag nicht möglich sei.

1.1.3. Das LAG Niedersachsen hat im Rahmen eines Verfahrens nach § 99 BetrVG die Relevanz einer Strohmannkonstruktion verneint. Der Gesetzgeber habe die Nutzungs- und Gestaltungsmöglichkeiten für Leiharbeitnehmer zu Gunsten der Arbeitgeber ausgeweitet. Dem Entleiher könne nicht vorgehalten werden, dass er unter Inanspruchnahme und Ausschöpfung dieser gesetzlichen Möglichkeiten Leiharbeitnehmer zur Senkung von Lohnkosten beschäftige (LAG Niedersachsen 26.11.2007 – 6 TaBV 32/07 – Juris Rdnr. 52f).

Das LAG Bremen hat ein rechtswidriges Umgehungsgeschäft angenommen, wenn sich ein Bundesland Lehrkräfte von einem gemeinnützigen Verein zur Verfügung stellen lasse, da diesen Lehrern der im öffentlichen Dienst zugebilligte gesetzliche und tarifliche Schutz entzogen werde (11.06.2008 – 2 Sa 111/07 – Juris Rdnr. 181). Das BAG hat in aufhebenden Entscheidung Anhaltspunkte für einen Missbrauch der vertraglichen Gestaltungsfreiheit nicht bejaht, da das Arbeitsverhältnis dem Kündigungsschutz und dem Geltungsbereich des TzBfG unterliege (02.06.2010 – 7 AZR 946/08 – NZA 2011, 351 Rdnr. 43).

Dem beim Deutschen Roten Kreuz bestehenden Betriebsrat stehe ein Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 99 BetrVG selbst dann nicht zu, wenn das einstellende Unternehmen zu 100 Prozent die Geschäftsanteile an dem verleihenden Unternehmen halte und dieser Weg gewählt werde, um Personalkosten zu reduzieren. Ab 1. Januar 2004 könnten Arbeitnehmer nunmehr auf unbegrenzte Zeit überlassen werden (BAG 25.01. 2005 – 1 ABR 61/03 – NZA 2005, 1199, 1200).

Das LAG Schleswig-Holstein hat eine rechtsmissbräuchliche Gestaltung der arbeitsrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Beziehungen angenommen, wenn im Rahmen einer konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung der konzerneigene Verleiher nur seinen Namen für die Arbeitnehmerüberlassung hergibt, er im übrigen weder konzernintern noch am Markt selbst handelt, wobei er über keinerlei eigene Betriebsmittel und keinerlei eigenes Verwaltungspersonal verfügt und er darüber hinaus noch die Einstellungsgespräche mit den Arbeitnehmern von der

konzerninternen Entleiherin führen lässt und dieser die Entlassungs- und Abmahnungsbefugnis überlässt (18.6.2008 – 3 TaBV 8/08 – Juris Rdnr. 64).

Verfolgt die Einstellung von Leiharbeitnehmern einen dem sozialen Schutzzweck der Leiharbeitsrichtlinie entgegenstehenden Zweck, so ist dies rechtsmissbräuchlich. Dies ist zu bejahen, wenn Leiharbeitnehmer nur noch eingestellt werden, um eine Senkung der Personalkosten zu erreichen (LAG Niedersachsen 19.9.2012 – 17 TaBV 124/11 – Juris Rn 38)

Das LAG Berlin-Brandenburg hat ein Umgehungs- oder Strohmanngeschäft mit dem Argument abgelehnt, dass jedenfalls bei Abschluss des Arbeitsvertrages für die Arbeitnehmerüberlassung noch keine zeitliche Begrenzung vorgesehen war. Ob ein nicht gebilligtes Umgehungsgeschäft vorliege, lasse sich jedoch nur nach der bei Abschluss des Vertrages gültigen Rechtslage beurteilen (16.10.2012 - 7 Sa 1182/12 – Juris Rdnr. 45f).

1.1.4. Nach Auffassung der hiesigen Kammer ist ein institutioneller Rechtsmissbrauch anzunehmen. Insofern schließt sie sich der Rechtsauffassung von Brors, Schüren und Däubler an.

Selbst wenn mit dem BAG davon auszugehen ist, dass ab dem 1. Januar 2004 eine dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung zulässig geworden war, so ergibt sich die Rechtsmissbräuchlichkeit unabhängig von einem Zeitmoment. Umgekehrt kann die Rechtsmissbräuchlichkeit nicht schon mit dem Argument verneint werden, bestimmte Arbeitnehmerschutzgesetze kämen zur Anwendung. Nach den vom BAG aufgestellten Kriterien verwendet ein Vertragspartner gerade eine an sich rechtlich mögliche Gestaltung (18.07.2002 – 7 AZR 443/09 – NZA 2012, 1351 Rdnr. 38). So verhält es sich auch hier. § 9 Ziff. 2 AÜG ermöglicht eine Abweichung von den beim Entleiher geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen durch Tarifvertrag. Rechtsmissbräuchlich wird dies erst dann, wenn eine Seite sich zum Nachteil des anderen Vertragspartners Vorteile verschafft, die nach dem Zweck der Norm nicht vorgesehen sind (BAG a. a. O.). Diese Voraussetzung ist ebenfalls erfüllt. Die vom Gesetz vorgesehene Abweichung stellt eine Kompensation für diejenigen Verleiher dar, die wegen der Beschäftigung der Leiharbeitnehmer auch das Risiko dafür tragen, dass wegen der schwankenden Aufträge nicht immer eine Beschäftigungsmöglichkeit gegeben ist, sie aber trotzdem das vereinbarte Entgelt zahlen müssen. Ein solches Risiko besteht beim konzerninternen Verleih nicht. Aufgrund der wirtschaftlichen Abhängigkeiten werden entleihende Unternehmen in einem Konzern bemüht sein, eine Veränderung im Arbeitskräftebedarf derart frühzeitig mit dem Verleihunternehmen zu koordinieren, dass dieses rechtzeitig die entsprechenden Arbeitsverhältnisse aufkündigen kann. Das Konzernverhältnis ermöglicht es, die Arbeitgeberstellung einerseits aufzuspalten, andererseits weiterhin die jeweiligen Arbeitsverhältnisse komplett zu steuern. Der Arbeitnehmer hat von dieser künstlichen Aufspaltung demgegenüber nichts. Als Nachteil muss er vielmehr schlechtere Arbeitsbedingungen hinnehmen.

Dies betrifft auch die hiesige Konstellation. In der Berufungsverhandlung hat die Beklagte erklärt, dass sie deswegen den Weg der Arbeitnehmerüberlassung für frei werdende Arbeitsplätze eingeschlagen habe, weil sie anderenfalls befürchtete, eine Vergütung nach dem BAT-O und zwar jeweils mit der höchsten Lebensaltersstufe zahlen zu müssen.

Auch in kündigungsrechtlicher Hinsicht liegt ein Rechtsmissbrauch vor. Hätte die Beklagte die Arbeitnehmer selbst eingestellt, müsste sie bei einer betriebsbedingten Kündigung im Einzelnen darlegen, inwiefern der Arbeitskräftebedarf entfallen ist. Jedenfalls die Durchführbarkeit des unternehmerischen Konzepts auf Dauer wäre gerichtlich überprüfbar. Diese entfällt bei der hier gewählten Konstruktion. Wenn die Beklagte für die Zukunft eine geringere Zahl von Arbeitnehmern bei dem Verleihunternehmen abfordert, stellt dies für das Verleihunternehmen einen betriebsbedingten Kündigungsgrund dar, weil mangels eigener Arbeitsplätze und anderer Aufträge die Möglichkeit zu Beschäftigung dieser Arbeitnehmer entfällt. Vorliegend wird dies auch deswegen besonders relevant, weil die Klägerin gem. § 1 Ziff. 6 des Arbeitsvertrages nur für den Standort Brandenburg eingestellt wurde. Eine Versetzungsmöglichkeit in örtlicher Hinsicht sieht § 4 des Arbeitsvertrages nicht vor.

Nach der hier vertretenen Konzeption wird nicht jeglicher konzerninterner Einsatz von Leiharbeitnehmern unwirksam. Soweit konzerninterne Verleihgesellschaften z. B. die Funktionen eines konzerninternen Arbeitsamtes oder einer Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft übernehmen (Lembke BB 2012 2497, 2498), mag dies auch mit einer Absenkung arbeitsrechtlicher Standards einhergehen. Umgekehrt erlangt der Arbeitnehmer jedoch Vorteile, nämlich die (vorübergehende) Sicherung seines Arbeitsplatzes, so dass die Rechtsmissbräuchlichkeit zu verneinen ist.

1.2. Für die Zeit seit dem 1. Dezember 2011 folgt die Arbeitgeberstellung der Beklagten hilfsweise auch daraus, dass das verleihende Konzernunternehmen die Klägerin nicht nur vorübergehend überlassen hat und für diese Form der Arbeitnehmerüberlassung eine Genehmigung nicht vorlag.

1.2.1. Für die Zeit ab dem 1. Dezember 2011 ist eine schon erteilte Erlaubnis nach § 1 AÜG auf die vorübergehende Überlassung von Arbeitnehmern beschränkt. Die Überlassung auf Dauer ist nicht (mehr) erlaubnisfähig. Erfolgt die Überlassung eines Arbeitnehmers an den Entleiher nicht nur vorübergehend, kommt nach §§ 10 I 1 2. Alt, 9 Nr. 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher zu Stande.

Nach § 9 Ziff. 1 AÜG sind Verträge zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern unwirksam, wenn der Verleiher nicht die nach § 1 erforderliche Erlaubnis besitzt. Somit erstreckt sich die Sanktion nicht nur auf § 1 I 1 AÜG, sondern auf den gesamten § 1 AÜG. Diese Norm regelt entsprechend ihrer Überschrift die Erlaubnispflicht, beinhaltet darüber hinaus aber auch gesetzliche Ausnahmen (§ 1 I 3, 4, III AÜG).

Ab dem 1. Dezember 2011 ist § 1 I 2 AÜG neu eingefügt worden, wonach die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher vorübergehend erfolgt. Vereinzelt wird angenommen, das neue Recht erfasse lediglich die vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung mit der Folge, dass die auf Dauer angelegte Überlassung uneingeschränkt zulässig sei (Thüsing/Siebert DB 2012, 632, 634). Dies übersieht jedoch, dass das AÜG ein präventives Verbot der Arbeitnehmerüberlassung mit Erlaubnisvorbehalt enthält (Ulber – Jürgen Ulber § 1 AÜG Rdnr. 12; Schüren/Hamann § 1 AÜG Rdnr. 4; Düwell DB 2011, 1520, 1520). Insofern gilt gerade nicht die Regel, dass alles erlaubt ist, was nicht verboten ist. Deshalb kann in § 1 I 2 AÜG auch keine reine Programmnorm gesehen werden, die nichts näher regelt (Giesen FA 2012, 66, 68; a. A. Lembke BB 2012, 2497, 2500; Teusch/Verstege NZA 2012, 1326, 1328f). Dies folgt auch daraus, dass mit dieser gesetzlichen Änderung die europarechtliche Richtlinie 2008/104/EG vom 19. November 2008 (künftig: Leiharbeitsrichtlinie) umgesetzt werden sollte. Eine dauerhafte Überlassung ist damit unzulässig geworden, denn die Richtlinie geht davon aus, dass eine Dauerüberlassung unzulässig ist (Schüren/Wank RdA 2011, 1, 3; Hamann NZA 2011, 70, 72; Düwell ZESAR, 2011, 449, 450; Sansone, Gleichstellung von Leiharbeitnehmern nach deutschem und Unionsrecht, S. 462; Zimmer AuR 2012, 422, 424; Bartl/Romanowski NZA 2012, 845; Böhm DB 2012, 918, 919; ArbG Cottbus 25.04.2012 – 2 BV 8/12 – Juris Rdnr. 30 mit Anm. Hamann jurisPR-ArbR 40/2012 Anm.1; ArbG Cottbus 22.08.2012 – 4 BV 2/12 – Juris Rdnr. 45; LAG Niedersachsen 19.09.2012 – 17 TaBV 124/11 – Juris Rdnr. 30; zuletzt LAG Berlin-Brandenburg 19.12.2012 – 4 TaBV 1163/12 zu B I 1a, bb mit ausführlicher Begründung; a. A. ArbG Leipzig 15.02.2012 – 11 BV 79/11 – Juris Rdnr. 46f).

Gesetzestechnisch ist die Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie hinsichtlich des Merkmals „vorübergehend" dadurch erfolgt, dass diese Voraussetzung im Bereich der Erlaubnispflicht festgeschrieben wurde. Die nicht vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung ist nicht erlaubnisfähig (Böhm DB 2012, 918, 919; Düwell dbr 7/2011, 10, 12). Einem Unternehmen, das erklärtermaßen ausschließlich Dauerverleih betreiben will, kann somit ab dem 1. Dezember 2011 für dies Art der Gewerbeausübung keine Erlaubnis erteilt werden.

Ist - wie hier – schon vor den obigen Stichtag einer Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung erteilt worden, so ist im Hinblick auf die Sanktionen gem. §§ 9 Ziff. 1, 10 I AÜG nicht nur zu prüfen, ob eine Erlaubnis vorliegt (so LAG Berlin-Brandenburg 16.10.2012 – 7 Sa 1182/12 – Juris Rdnr. 27),

sondern es ist auch festzustellen, welchen Inhalt sie nunmehr hat. Im Rahmen des gesetzgeberischen Handelns kann sowohl die Erlaubnispflichtigkeit ausgedehnt als auch die Erlaubnisfähigkeit eingeschränkt werden. Letzteres ist mit dem 1. Dezember 2011 hinsichtlich des Merkmals „vorübergehend" erfolgt. Die gesetzliche Neuregelung hat daher zur Folge, dass schon erteilte Genehmigungen im Umfang beschränkt werden, nämlich auf die nur vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung. Dies ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz. Ein Handeln der Erlaubnisbehörde ist nicht erforderlich.

Diese Regelungstechnik findet sich auch in anderen Bereichen, in denen ein gesetzliches Verbot mit Erlaubnisvorbehalt anzutreffen ist. So hat der Gesetzgeber zum Beispiel in der jüngeren Vergangenheit das Recht der Fahrerlaubnisse neu geregelt mit der Folge, dass ab Vollendung des 50. Lebensjahres Personen mit der Fahrerlaubnis der alten Klassen 2 und 3 bestimmte Kraftfahrzeuge und Fahrzeugkombinationen nicht mehr führen dürfen. Diese Wirkungen werden auch nicht durch entziehende Verwaltungsakte hergestellt. Diese Änderungen und der (teilweise) Verlust einer Fahrerlaubnis trat vielmehr durch das Gesetz selbst ein (anschaulich VG Münster 04.02. 2005 – 10 K 3931/03 – Juris Rdnr. 18).

Überwiegend wird in der Literatur bemängelt, dass der Gesetzgeber zwar ein neues Tatbestandsmerkmal eingeführt hat, dieses aber nicht mit der Schaffung einer (gesonderten) Sanktionsnorm begleitet war. Dem ist zuzugeben, dass der Gesetzgeber zu früheren Zeiten bei der Überschreitung einer bestimmten Höchstüberlassungsdauer in § 1 II AÜG a. F. vermutet hatte, dass Arbeitsvermittlung vorliegt. Aus der Regelung des § 13 AÜG a. F., der nach Auffassung des BAG vom Wortlaut her nur den Entgeltschutz gegenüber dem Entleiher regelte, hat die Rechtsprechung abgeleitet, dass in den Fällen der vermuteten Arbeitsvermittlung ein Arbeitsverhältnis ausschließlich mit dem Entleiher zustande kommt (BAG 10.02.1977 – 2 ABR 80/76 – NJW 1977, 1413 zu II 2b der Gründe). Im Laufe des hiesigen Gesetzgebungsverfahrens zur Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie hatte der Gesetzgeber hinsichtlich des Merkmals „vorübergehend" ursprünglich nur in § 1 II AÜG eine Ergänzung vorgesehen, wonach Arbeitsvermittlung vermutet wird, wenn die Überlassung nicht nur vorübergehend erfolgt (vgl. zu diesem Stadium Hamann, NZA 2011, 70, 74). Wäre es hierbei verblieben, dann wäre in der Tat als Sanktion wahrscheinlich nur in Betracht gekommen, dass die Erlaubnisbehörde den Entzug der Erlaubnis prüft (so Hamann a. a. O.). Diese Regelungstechnik hat der Gesetzgeber dann jedoch nicht weiterverfolgt. Das Merkmal „vorübergehend" wurde von der Regelung zur Arbeitsvermittlung abgekoppelt und stattdessen im Bereich des § 1 I AÜG angesiedelt. Damit betraf es nunmehr den Bereich der Erlaubnisfähigkeit. Für eine Arbeitnehmerüberlassung, die sich außerhalb des erlaubnisfähigen Bereichs des § 1 AÜG bewegt, kann es jedoch keine Erlaubnis geben. Dies eröffnet die Möglichkeit, die schon vorhandenen Sanktionen in §§ 9, 10 AÜG direkt anzuwenden.

Dem steht auch nicht entgegen, dass das BAG die Anwendung der §§ 9, 10 AÜG für den Fall abgelehnt hat, dass im Baubereich illegaler Verleih gem. § 1b AÜG vorlag (BAG 13.12.2006 – 10 AZR 674/05 – NZA 2007, 751; Anm. Hamann, jurisPR-ArbR 13/2007 Anm. 1). Dort ging es um die analoge Anwendung der Sanktionsnormen. Dies hat das BAG mit dem Hinweis verneint, dass es an einer planwidrigen Gesetzeslücke fehle. Im hiesigen Fall geht es demgegenüber um die direkte Anwendung der §§ 9, 10 AÜG.

Die hier gefundene Auslegung ist auch im Hinblick auf die Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie geboten. Ein Verstoß gegen § 1 I 2 AÜG muss auch deswegen individualrechtlich sanktionierbar sein, weil sonst das Sanktionsgebot nach Art. 10 Leiharbeitsrichtlinie leer liefe. Zwar gehen die Arbeitsgerichte zunehmend davon aus, dass bei einem Dauerverleih der Betriebsrat des Entleiherbetriebes der Einstellung von Leiharbeitnehmern nach § 99 BetrVG widersprechen kann (ArbG Cottbus 25.04.2012 – 2 BV 8/12 – Juris; ArbG Cottbus 22.08.2012 – 4 BV 2/12 – Juris ; LAG Niedersachsen 19.09.2012 – 17 TaBV 124/11 – Juris ; LAG Berlin-Brandenburg 19.12.2012 – 4 TaBV 1163/12), doch wäre eine solche Sanktion nur lückenhaft. Nicht in jedem Betrieb bestehen Betriebsräte. Diese sind auch nicht verpflichtet, einer Einstellung zu widersprechen. Darüber hinaus kann das Entleihunternehmen die Maßnahme nach § 100 BetrVG jedenfalls vorläufig durchführen.

1.2.2. Eine Überlassung von Arbeitnehmern, die – wie hier – auf Dauer angelegt ist, erfolgt nicht mehr vorübergehend. Dies ist der Fall, wenn die verliehenen Arbeitnehmer auf Dauerarbeitsplätzen eingesetzt werden, für die keine Stammarbeitnehmer vorhanden sind.

Die 4. Kammer des LAG Berlin-Brandenburg hat bezogen auf den gleichen Arbeitgeber überzeugend und ausführlich begründet, dass eine Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher dann nicht vorübergehend erfolgt, wenn hierdurch ein reiner Dauerbeschäftigungsbedarf abgedeckt wird. Insofern ist das Merkmal „vorübergehend" arbeitsplatz- und nicht personenbezogen (LAG Berlin-Brandenburg 19.12.2012 – 4 TaBV 1163/12).

Vorliegend hat die Klägerin bei der Beklagten einen Dauerarbeitsplatz eingenommen, für den kein Stammarbeitnehmer vorhanden war.

1.2.3. Es kann offen bleiben, ob das hier gefundene Ergebnis auch auf anderem Wege erreicht werden kann. Zum Teil wird angenommen, dass bei einem Dauerverleih eine Schwerpunktverlagerung des Arbeitsverhältnisses vom überlassenden Arbeitgeber zum Entleiher stattfindet (Ulber – Jürgen Ulber § 1 AÜG Rdnr. 230e). Andere gehen davon aus, dass mangels ausdrücklicher Sanktion die §§ 9, 10 AÜG analog heranzuziehen sind (Düwell dbr 7/2011, 10, 12;

Bartl/Romanowski NZA 2012, 845, 846; ablehnend LAG Berlin-Brandenburg 16.10.2012 – 7 Sa 1182/12 – Juris).

2. Der vorläufige Weiterbeschäftigungsanspruch ist ebenfalls begründet, da hier eine Entscheidung vorliegt, die das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien feststellt. Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung (BAG GS 27.02.1985 – GS 1/84 – AP Nr. 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht). Die hiergegen von der Beklagten vorgebrachten Einwendungen überzeugen angesichts der ständigen Rechtsprechung nicht.

3. Die Beklagte ist auch verpflichtet, der Klägerin in entsprechender Anwendung des § 13 AÜG Auskunft über die wesentlichen Arbeitsbedingungen einer vergleichbaren Arbeitnehmerin zu erteilen, die in der Zeit seit Januar 2010 als Gesundheits- und Krankenpflegerin beschäftigt gewesen ist.

Die Klage ist als Stufenklage (§ 254 ZPO) zulässig und begründet, denn die Klägerin kann die entsprechenden Vergütungsdifferenzen erst einklagen, wenn die Beklagte sie über die wesentlichen Arbeitsbedingungen einer vergleichbaren Arbeitnehmern aufgeklärt hat. Die Auskunftsklage ist auch bestimmt genug im Sinne § 253 II Nr. 2 ZPO, denn die Formulierung entspricht § 13 AÜG (a. A. LAG Berlin-Brandenburg 26.10.2012 – 8 Sa 1183/12 – hinsichtlich eines Feststellungsantrages).

III.

Da nur ein Teilurteil ergangen ist, bleibt die Kostenentscheidung dem Schlussurteil vorbehalten.

Die Revision ist für die Beklagte gemäß § 72 II Nr. 1 ArbGG zugelassen worden.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann von d. Beklagten bei dem

Bundesarbeitsgericht,
Hugo-Preuß-Platz 1, 99084 Erfurt
(Postadresse: 99113 Erfurt),

Revision eingelegt werden.

Die Revision muss innerhalb

einer Notfrist von einem Monat

schriftlich beim Bundesarbeitsgericht eingelegt werden.

Sie ist gleichzeitig oder innerhalb

einer Frist von zwei Monaten

schriftlich zu begründen.

Beide Fristen beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgesetzten Urteils, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.

Die Revisionsschrift muss die Bezeichnung des Urteils, gegen das die Revision gerichtet wird und die Erklärung enthalten, dass gegen dieses Urteil Revision eingelegt werde.

Die Revisionsschrift und die Revisionsbegründung müssen von einem Prozessbevollmächtigten unterzeichnet sein. Als solche sind außer Rechtsanwälten nur folgende Stellen zugelassen, die zudem durch Personen mit Befähigung zum Richteramt handeln müssen:

- Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,
- juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der vorgenannten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt, und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

Für d. Klägerin ist kein Rechtsmittel gegeben.
Auf die Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde gem. § 72 a ArbGG wird hingewiesen.

Der Schriftform wird auch durch Einreichung eines elektronischen Dokuments i. S. d. § 46 c ArbGG genügt. Nähere Informationen dazu finden sich auf der Internetseite des Bundesarbeitsgerichts unter www.bundesarbeitsgericht.de.

Hinweis der Geschäftsstelle
Das Bundesarbeitsgericht bittet, sämtliche Schriftsätze in siebenfacher Ausfertigung einzureichen.

Klueß Ausgefertigt Zehle Busche

10785 Berlin, den 30. JAN. 2013

als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg

LANDESARBEITSGERICHT BERLIN-BRANDENBURG 16