

Neues aus der Rechtsprechung

Leiharbeit: Übergang von Arbeitsverhältnissen bei fehlender Schriftform des Überlassungsvertrages

Bislang wenig beachtet wurde eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts (BAG, Urteil vom 5. März 2024, Az. 9 AZR 204/23) zu den Voraussetzungen wirksamer Arbeitnehmerüberlassung. Tatsächlich hatte das BAG (unverständlicherweise) zu der sehr wichtigen Entscheidung keine Pressemitteilung veröffentlicht, so dass sie zunächst im Geröll der zahlreichen Entscheidungen des BAG verborgen blieb. Inhaltlich hat die Entscheidung es aber in sich.

Auf den ersten Blick geht es lediglich um eine Formalie: § 12 Abs. 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) bestimmt für den Überlassungsvertrag zwischen Verleiher und Entleiher die Schriftform. Bislang bestand weitgehend Einigkeit darüber, dass die aus einer Verletzung des Schriftformerfordernisses folgende Nichtigkeit des Vertrages gemäß § 125 BGB lediglich das Verhältnis der Vertragsparteien betrifft, nicht jedoch zu einem Übergang der Arbeitsverhältnisse auf den Entleiher führt (vgl. LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 28.05.2015, Az. 2 Sa 689/14).

Die neue Rechtsprechung des BAG

Das sieht das BAG jetzt anders: Notwendiger Teil des Überlassungsvertrages, so dass sie von der Schriftform erfasst sein müssen, seien nicht nur die in § 12 AÜG genannten Regelungsgegenstände, sondern auch die ausdrückliche Bezeichnung des Vertrages als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag, wie sie § 1 Abs. 1 S. 5 AÜG vorgesehen ist und die in § 1 Abs. 1 S. 6 AÜG verlangte personelle Konkretisierung des Leiharbeitnehmers. Das klingt zunächst harmlos. Aber ab dieser Feststellung klicken die Dominosteine:

- Die Vereinbarung zwischen Verleiher und Entleiher, einen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag schließen zu wollen, ist bei fehlender Schriftform nichtig gemäß § 125 BGB.
- Damit liegt keine wirksame Offenlegung der Arbeitnehmerüberlassung im Vertrag gemäß § 1 Abs. 1 S. 5 AÜG vor.

- Daraus folgt die Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages des Leiharbeitnehmers zum Verleiher gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG.
- Folge der Unwirksamkeit des Leiharbeitsvertrages nach § 9 AÜG ist, die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer gemäß § 10 AÜG.

Das BAG ist auch hinsichtlich des Zeitpunkts des Vertragsschlusses sehr streng: Der schriftliche Arbeitnehmerüberlassungsvertrag muss vor Beginn der Tätigkeit des Leiharbeitnehmers geschlossen sein. Ein erst nachträglich geschlossener Vertrag beseitigt das durch die faktische Arbeitsaufnahme begründete Arbeitsverhältnis rückwirkend nicht mehr.

Die Begründung des BAG ist nicht ganz so formalistisch, wie dies auf den ersten Blick erscheinen könnte. Zwar argumentiert das BAG zunächst mit dem Wortlaut des Gesetzes, stützt sich danach in der weiteren Begründung jedoch auch auf weiterreichende Überlegungen dazu, weshalb sein Ergebnis angesichts der Bedeutung, die der Gesetzgeber den Offenlegungs- und Konkretisierungspflichten beigegeben habe, sachgerecht sei. Auch bei seiner Begründung, weshalb eine teleologische Reduktion des § 1 Abs. 1 S. 5 und 6 AÜG nicht in Betracht komme, betont das BAG ausdrücklich, dass das von ihm gefundene Ergebnis zweckmäßig sei.

Erhebliche Folgen für die Praxis

Die Folgen der Entscheidung werden erheblich sein. Zukunftsgerichtet können Arbeitgeber den Übergang von Arbeitsverhältnissen verhindern, indem peinlich genau auf die Einhaltung der Schriftform von Arbeitnehmerüberlassungsverträgen vor Beginn der Überlassung geachtet wird. Falls, etwa bei kurzfristigen Einsätzen, die Einhaltung der Schriftform durch Versand entsprechender im Original unterschriebener Dokumente nicht möglich ist, bleibt nach § 126 Abs. 3 BGB die elektronische Form gem. § 126 a BGB.

Gravierender können die rückwärtsgerichteten Folgen sein. Es deutet einiges darauf hin, dass in der Praxis dem Schriftformerfordernis des § 12 AÜG nicht immer die erforderliche Aufmerksamkeit gewidmet wurde, gerade wenn zur Sicherstellung etwa der Produktion ein kurzfristiger Einsatz von Leiharbeitnehmern erforderlich war. Hier schlummern in solchen Verträgen erhebliche Risiken. Arbeitnehmer sind nicht daran gehindert, sich auch rückwirkend darauf zu berufen, dass in der Vergangenheit ein Arbeitsverhältnis gemäß § 10

AÜG begründet worden ist. Die Kündigung eines solchen Arbeitsverhältnisses unterliegt den gleichen Anforderungen wie die Kündigung eines durch Vertrag begründeten Arbeitsverhältnisses; insbesondere findet, bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen, das Kündigungsschutzgesetz Anwendung. Nur Fehler aus der letzten Zeit lassen sich möglicherweise durch Probezeitkündigungen noch korrigieren.

Schutz durch Verwirkung von Arbeitnehmerrechten?

Problematisch sind vor allem die Fälle, in denen der Arbeitnehmer aus dem Betrieb ausgeschieden ist und sich möglicherweise erst nach einigen Jahren auf das gemäß § 10 AÜG fingierte Arbeitsverhältnis beruft. Eine wirksame Beendigung hat hier regelmäßig nicht stattgefunden, da es insoweit an der Schriftform des § 623 BGB fehlt. Die einzig mögliche Verteidigung des Arbeitgebers wäre eine Verwirkung des Rechts des Arbeitnehmers, sich auf das fingierte Arbeitsverhältnis zu berufen. Hierzu war das BAG in der Vergangenheit schon stets kritisch und hat zuletzt sogar ausdrücklich offengelassen, ob es eine solche Verwirkung des Rechts, sich auf das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zu berufen, überhaupt rechtlich anerkannt werden könne. Die Voraussetzungen liegen jedenfalls hoch; Urteile des BAG, in dem tatsächlich die Verwirkung des Rechts angenommen wurde, sind nicht ersichtlich. Das liegt vor allem daran, dass typische Umstände wie das Ausscheiden aus dem Betrieb des Entleihers, die Weiterarbeit beim Verleiher und der Einsatz bei anderen Entleihern nicht als für die Verwirkung relevantes Umstandsmoment gewertet werden. Es bleibt abzuwarten, ob sich Arbeitgeber mit einer größeren Prozesslawine konfrontiert sehen werden. Es deutet aber manches darauf hin, dass das BAG in nächster Zeit seine Rechtsprechung zur Verwirkung des Rechts, sich auf ein Arbeitsverhältnis zu berufen, präzisieren kann.

Bestehen Auskunftsansprüche der Arbeitnehmer?

Allerdings ist auch noch nicht geklärt, wie der Arbeitnehmer seine Rechte tatsächlich effektiv durchsetzen kann. Dem Leiharbeiter ist regelmäßig der Überlassungsvertrag, aufgrund dessen er bei einem Entleiher eingesetzt war, nicht bekannt. Einfach sämtliche Entleiher, bei denen er als Leiharbeiter eingesetzt war, auf Verdacht zu verklagen, ist und dürfte auch aus Sicht der Arbeitnehmer wenig effektiv sein. Helfen können dem Arbeitnehmer hier lediglich Auskunftsansprüche. Gesetzlich normiert ist hierzu nichts; als einzige Rechtsgrundlage käme § 242 BGB in Betracht – und auch nur

gegenüber dem Verleiher; Auskunftsansprüche gegen den Entleiher werden am Fehlen eines direkten vertraglichen Verhältnisses scheitern. Auch zu solchen Auskunftsansprüchen wird sich das BAG voraussichtlich in der nächsten Zeit äußern müssen.

Empfehlungen für die Praxis

Arbeitgebern ist auf jeden Fall zu empfehlen, Arbeitnehmerüberlassungsverträge sorgfältig zu archivieren und dies auch über die gesetzlichen Aufbewahrungsfristen von zehn Jahren hinaus. Datenschutzrechtliche Gesichtspunkte stehen dem nicht entgegen, da der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse hat, diese Verträge aufzubewahren, um die Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen darlegen zu können.

Bei Vorliegen entsprechender Verdachtsmomente kann es auch sinnvoll sein, zu prüfen, ob es tatsächlich formunwirksame Arbeitnehmerüberlassungsverträge gegeben hat, um gegebenenfalls, wenn der Leiharbeiter noch beim Verleiher tätig ist, zu versuchen, in Zusammenarbeit mit diesem ein Umstandsmoment für eine Verwirkung auf ein fingiertes Arbeitsverhältnis noch zu begründen. Um zumindest vorgewarnt zu sein, ist es auch sinnvoll, Verleiher aufzufordern, mitzuteilen, wenn Leiharbeiter Auskunftsansprüche hinsichtlich der Überlassungsverträge, aufgrund derer sie eingesetzt wurden, geltend machen.



Unser Team Arbeitsrecht



Dr. Detlef Grimm
+49 (0) 221 650 65-129
detlef.grimm@loschelder.de



Dr. Martin Brock
+49 (0) 221 650 65-233
martin.brock@loschelder.de



Dr. Sebastian Pelzer
+49 (0) 221 650 65-263
sebastian.pelzer@loschelder.de



Arne Gehrke, LL.M.
+49 (0) 221 650 65-263
arne.gehrke@loschelder.de



Dr. Stefan Freh
+49 (0) 221 650 65-129
stefan.freh@loschelder.de



Farzan Daneshian, LL.M.
+49 (0) 221 65065-263
farzan.daneshian@loschelder.de



Dr. Sebastian Krülls, LL.M.
Telefon: +49 221 65065-129
sebastian.kruells@loschelder.de



Dr. Baris Güzél
Telefon: +49 221 65065-129
baris.guezel@loschelder.de

Impressum

LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Konrad-Adenauer-Ufer 11

50668 Köln

Tel. +49 (0)221 65065-0, Fax +49 (0)221 65065-110

info@loschelder.de

www.loschelder.de