



LANDESARBEITSGERICHT DÜSSELDORF
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

In dem Rechtsstreit

der Frau B. L.-O., E. donk 16, H.,

- Klägerin und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Lothar Ick,
Hochstraße 16, 47918 Tönisvorst,

g e g e n

die H. Kreis Viersen gGmbH, vertr. d. d. Geschäftsführer F. S., X.-C.-Ring 15,
W.,

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Korn Voigtsberger & Partner
GbR, Croonsallee 29, 41061 Mönchengladbach,

Streitverkündeter: Kreis Viersen, vertreten durch den Landrat,
Rathausmarkt 3, 41747 Viersen,

hat die 15. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf
auf die mündliche Verhandlung vom 26.07.2012
durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht Dr. Stoltenberg als
Vorsitzende sowie den ehrenamtlichen Richter Nix und den ehrenamtlichen
Richter Herrmann

für R e c h t erkannt:

**Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts
Krefeld vom 20.03.2012 – 4 Ca 2636/11 – abgeändert:**

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin, ebenso die Kosten der Streitverkündung.

Die Revision wird zugelassen.

I.

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses durch arbeitsvertraglich vereinbarte Befristung zum 31.12.2011.

Die Klägerin ist seit dem 01.02.2009 bei der Beklagten auf der Grundlage mehrerer befristeter Arbeitsverträge beschäftigt, zuletzt auf der Grundlage des befristeten Arbeitsvertrages vom 27.8.2010 für den Zeitraum vom 01.01. bis 31.12.2011 als Telefon-Service-Assistentin im Bereich SGB II im Beschäftigungs- und Leistungszentrum (BLZ) Viersen der B. Kreis Viersen. Die Klägerin ist vollzeitbeschäftigt und erhält keine monatliche Bruttovergütung i.H.v. 2.130,00 €.

Der Beschäftigung der Klägerin lagen folgende befristete Arbeitsverträge zu Grunde:

- Arbeitsvertrag vom 26.1.2009 für den Zeitraum vom 01.02.2009 bis 31.12.2009 (Bl. 16 f. d.A.)
- Arbeitsvertrag vom 23.6.2009 für den Zeitraum vom 01.01.2010 bis 31.12.2010 (Bl. 19 f. d.A.)
- Arbeitsvertrag vom 27.8.2010 für den Zeitraum vom 01.01.2011 bis 31.12.2011 (Bl. 22 f. d.A)

Zum Befristungsgrund ist unter § 1 des letzten Arbeitsvertrages geregelt:

„H. und die B. Kreis Viersen haben eine Personalgestellungsvereinbarung (Q.) getroffen, deren befristete Geltungsdauer zwischenzeitlich bis zum 31.12.2011 verlängert wurde und die bis dahin reichende „Kapazitäts- und Qualifikationsplanung“ der B. berücksichtigt. Der betriebliche Bedarf des Arbeitgebers H. an der Arbeitsleistung ist also abhängig von der Q. mit der B..

Aus diesem Grund wird der Arbeitsvertrag bis zum 31.12.2011 befristet.“

Bei der Beklagten handelt es sich um eine gemeinnützige Gesellschaft, deren Gesellschafter zu gleichen Teilen der Kreis und die Wirtschaftsförderungsgesellschaft für den Kreis Viersen mbH sind. Die Beklagte beschäftigt sich vorrangig mit der Betreuung und ggfls. Vermittlung von Langzeitarbeitslosen. Dabei erzielt sie als gemeinnützige Gesellschaft keine Gewinne, sondern ist darauf angewiesen, dass bestimmte Fördermaßnahmen für die Langzeitarbeitslosen und andere Zielgruppen durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales oder andere Zuwendungsgeber finanziert werden. Darüber hinaus hat die Beklagte seit Mitte 2005 die Aufgabe der Personalgestellung zu Gunsten der B. (ab 2011 Jobcenter) Kreis Viersen übernommen. Der in den folgenden Jahren jeweils erkennbare Personalbedarf der B. wurde weitgehend durch Einstellungen geeigneter Bewerber/innen durch die Beklagte und entsprechende Zuweisungen an die B. sichergestellt. Grundlage hierfür waren entsprechende Personalgestellungsverträge zwischen der B. Kreis Viersen und der Beklagten. Insofern wird Bezug genommen auf den Personalgestellungsvertrag vom 19.11.2008 sowie die gemeinsame Erklärung über die Verlängerung der Personalgestellungsvereinbarung vom 10.06.2010, mit der die Vertragsdauer der Personalgestellungsvereinbarung bis 31.12.2011 verlängert wurde. Aufgrund gesetzlicher Veränderungen hinsichtlich der Leistungsverwaltung im Bereich des SGB II und der damit verbundenen Auflösung der Bn bestand im Verlauf des Jahres 2010 zunächst noch keine Klarheit darüber, in welcher Form der Kreis Viersen die Grundsicherung für Arbeitssuchende in Zukunft erfüllen würde. In Betracht kam insoweit die Fortführung als Jobcenter in alleiniger kommunaler Trägerschaft (sog. Optionsmodell) oder als gemeinsame Einrichtung der Bundesagentur für Arbeit und des Kreises Viersen als kommunalem Träger.

Am 30.09.2010 fasste der Kreistag des Kreises Viersen den Beschluss (Blatt 90, 91 d.A.), dass der zwischen der B. und der Beklagten bestehende Personalgestellungsvertrag auf den Kreis Viersen übergeleitet werden soll.

Unter dem 23./28.12.2010 schlossen sodann die B. Kreis Viersen, die Beklagte und der Kreis Viersen einen 3seitigen Vertrag zur Überleitung der Personalgestellungsvereinbarung auf den Kreis Viersen als Gestellungsempfänger. Darin wurde geregelt, dass der Kreis Viersen mit Wirkung zum 01.01.2011 als Vertragspartei anstelle der B. Kreis Viersen in das Vertragsverhältnis des Personalgestellungsvertrages eintritt, Gegenstand der Personalgestellung die im Zeitpunkt des Abschlusses des 3seitigen Vertrages bei der Beklagten angestellten und bei der B. eingesetzten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sind und die Personalgestellung spätestens mit dem 30.06.2012 endet.

Mit Schreiben vom 08.02.2011 teilte der Kreis Viersen der Beklagten mit, dass das Personalgestellungsmodell in der bisherigen Form bis zum 30.06.2012 fortgeführt werde und der Kreis ab dem 01.07.2012 nur noch in reduzierter Form auf eine Personalgestellung seitens der Beklagten zurückgreifen werde. Eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis besitzt die Beklagte bislang nicht.

Mit der am 15.12.2011 bei dem Arbeitsgericht Krefeld eingegangenen Klage wendet sich die Klägerin gegen die Wirksamkeit der in dem Arbeitsvertrag vom 27.8.2010 geregelten Befristung des Arbeitsverhältnisses zum 31.12.2011. Sie hält die Befristungsabrede für unwirksam, da ihr kein sachlicher Grund zugrundeliege. Insbesondere könne sich die Beklagte nicht auf den Befristungsgrund eines vorübergehenden betrieblichen Bedarfs an der Arbeitsleistung berufen, denn die von der Klägerin für die B. bzw. das Jobcenter wahrgenommenen Aufgaben seien gesetzlich vorgesehene Daueraufgaben, die nicht lediglich vorübergehend anfielen. Die Beklagte sei in ihrer Funktion als Personaldienstleister für die B. bzw. den Kreis Viersen nicht anders zu behandeln als ein Leiharbeitsunternehmen. Das wirtschaftliche Risiko eines ausbleibenden Folgeauftrages könne sie nicht über den Abschluss befristeter Arbeitsverträge auf die Klägerin abwälzen.

Die Klägerin hat beantragt,

1. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht aufgrund der Befristung zum 31.12.2011 beendet wird
2. die Beklagte zu verurteilen, ein Zwischenzeugnis zu erteilen, das sich auf Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie auf Verhalten und Leistung der Klägerin erstreckt.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie ist der Ansicht, die in dem Arbeitsvertrag geregelte Befristung zum 31.12.2011 sei wirksam und beruft sich hierzu auf den Sachgrund eines lediglich vorübergehenden betrieblichen Bedarfs an der Arbeitsleistung der Klägerin.

Wegen der Einzelheiten der diesbezüglichen Begründung wird auf den Schriftsatz der Beklagten vom 06.02.2012 (Bl. 40 ff. d. A.) Bezug genommen.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Wegen der diesbezüglichen Entscheidungsgründe wird auf (Bl. 88 ff. d. A.) Bezug genommen.

Mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung vertritt die Beklagte auch weiterhin die Auffassung, dass entgegen der Auffassung des erstinstanzlichen Urteils die Befristung des Arbeitsverhältnisses zu Recht nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG erfolgt sei. Im Übrigen verweist die Beklagte auf ein Urteil des Arbeitsgerichts Krefeld vom 16.05.2012, ergangen in einem ähnlich gelagerten Verfahren, welches die Rechtsauffassung der Beklagten bestätigt habe, wonach die Klage gegenüber der Beklagten nur dann hätte Erfolg haben können, wenn am 30.12.2011 überhaupt noch ein Arbeitsverhältnis zur Beklagten bestanden hätte. Dies sei aber nicht der Fall, weil die Beklagte nicht über eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis verfüge und somit gemäß § 9

Ziff. 1 AÜG ab dem 01.12.2011 kein Arbeitsverhältnis mehr zwischen der Beklagten und der Klägerin bestanden habe.

Die Beklagte beantragt,

unter Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils des Arbeitsgerichts Krefeld vom 20.03.2012 die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Klägerin verteidigt das erstinstanzliche Urteil. Im Hinblick auf die Frage, ob ein Arbeitsverhältnis der Klägerin mit der Beklagten am 01.12.2011 noch bestand, oder ob hier ein unwirksames Arbeitsverhältnis gemäß § 9 Nr. 1 AÜG vorliege, rügt die Klägerin den Sachvortrag der Beklagten als verspätet, weil erstmals in der Berufungsinstanz vorgebracht. Erst in der Berufungsbegründung habe die Beklagte vorgetragen, dass hier eine „wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt wurde“, und dass „die Beklagte durch die Überlassung von Arbeitnehmern auf dem Markt mit anderen Zeitarbeitsunternehmen konkurriert“, was wiederum ein Indiz für die angeblich wirtschaftliche Tätigkeit sein solle. Über diese Umstände habe die Klägerin verständlicher Weise keine gesonderten Kenntnisse. Dieser neue Sachvortrag werde von daher bestritten. Unstreitig gestellt hat die Klägerin demgegenüber im Termin zur mündlichen Verhandlung am 26.07.2012 das Fehlen einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis auf Seiten der Beklagten.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

II.

Entscheidungsgründe

Die Berufung der Beklagten ist statthaft und zulässig und hat auch in der Sache Erfolg.

Die Klage ist unbegründet.

Mit dem Antrag, festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht aufgrund der Befristung zum 31.12.2011 beendet wird, ist zugleich Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens, dass zum streitigen Auflösungszeitpunkt ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien bestanden hat. Im Hinblick auf Kündigungsschutzverfahren ist dies seit langem anerkannt. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG vom 18.09.2003 – 2 AZR 498/02 – NZA 2004, S. 253 ff. m. w. N.) steht mit der Rechtskraft eines Urteils, das einer Kündigungsschutzklage stattgibt, zugleich fest, dass zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung bzw. zum Kündigungstermin ein Arbeitsverhältnis zwischen den streitenden Parteien bestanden hat. Es wird also regelmäßig auch rechtskräftig über das Bestehen rechtlicher Bindungen zwischen den Parteien entschieden. Solches gilt auch hier (ErfKo, 12. Aufl., Müller-Glöge, § 17 TzBfG Rdnr. 15 m. w. N.).

Da zum Zeitpunkt des Befristungsendes am 31.12.2011 ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht mehr bestand (vgl. dazu unter 1.), war die Klage unabhängig von der Frage, ob die hier streitgegenständliche Befristung rechtswirksam erfolgt war, abzuweisen. Eine Fortführung der Befristungskontrollklage – in Analogie zur Rechtslage beim Betriebsübergang – gegenüber der Beklagten trotz erfolgten Arbeitgeberwechsels kam vorliegend nicht in Betracht. Dies hätte zum einen vorausgesetzt, dass der Vertragsarbeitgeber zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit der Klage noch die Beklagte war.

Dies hätte zum einen vorausgesetzt, dass der Vertragsarbeitgeber zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit der Klage noch die Beklagte war, wie es hier angesichts der erst nach dem 01.12.2011 erfolgten Klageerhebung zu verneinen ist.

Zum anderen wäre ein fortbestehendes Feststellungsinteresse im Hinblick auf die Wirksamkeit der Befristung erforderlich gewesen, was gleichfalls hier nicht gegeben ist (vgl. dazu unter 2.).

1. Ab dem 01.12.2011 stellte sich die Personalgestellung der Beklagten an den Kreis Viersen, in deren Rahmen auch die Klägerin eingesetzt war, als unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung dar. Seit Inkrafttreten der gesetzlichen Neuregelungen zum AÜG ist nicht lediglich die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung erfasst, vielmehr reicht jetzt jede Überlassung von Arbeitnehmern durch Verleiher an Entleiher im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit aus, um die Erlaubnispflicht des § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG n.F. und im Falle einer fehlenden Erlaubnis die gesetzlichen Folgen nach §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG auszulösen.

a) Mit der Frage, wie der Begriff „wirtschaftliche Tätigkeit“ zu verstehen ist, hat sich eingehend bereits das Arbeitsgericht Krefeld in dem beklagtenseits in Bezug genommenen Urteil vom 16.05.2012 (Az.: 1 Ca 2551/11) befasst. Diesbezüglich hat das Arbeitsgericht ausgeführt:

„Der Begriff der „wirtschaftlichen Tätigkeit“ ist weit zu verstehen. Der Gesetzgeber wollte mit dieser Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes bei § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG den Vorgaben der Richtlinie 2008/104/EG vom 19.11.2008 über Leiharbeit (Amtsblatt der Europäischen Union vom 05.12.2008 – L327/9) gerecht werden (vgl. hierzu die Begründung des Gesetzentwurfes der Bundesregierung vom 02.09.2010, BT-Drucksache 17/4804, Seite 1, 8). Dementsprechend ist der in § 1 Abs.1 Satz 1 AÜG verwendete Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit europarechtskonform nach dem Verständnis der Richtlinie 2008/104/EG auszulegen. Nach Artikel 1 Abs. 2 der Richtlinie findet diese für öffentliche und private Unternehmen Anwendung, bei denen es sich um Leiharbeitsunternehmen oder entleihende Unternehmen handelt, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, unabhängig davon, ob sie Erwerbszwecke verfolgen oder nicht. Damit werden nunmehr auch Unternehmen vom Anwendungsbereich der Richtlinie wie des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes erfasst, die Arbeitnehmerüberlassung gemeinnützig ohne Gewinnerzielungsabsicht betreiben.

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH vom 01.07.2008 – C 49/07, EuZW 2008, 605) ist eine wirtschaftliche Tätigkeit jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter und Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten. Ist diese Voraussetzung erfüllt, steht der Um-

stand, dass eine Tätigkeit ohne Gewinnerzielungsabsicht erfolgt, der Qualifizierung als wirtschaftliche Tätigkeit nicht entgegen. Aus Sicht des Europäischen Gerichtshofs ist eine Abgrenzung der wirtschaftlichen Tätigkeit lediglich gegenüber hoheitlichen Tätigkeiten erforderlich. Dementsprechend entspricht es der ganz herrschenden Meinung, der die Kammer folgt, dass auch der Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit in § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG dahingehend auszulegen ist, dass darunter jede Tätigkeit zu verstehen ist, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten, soweit dies nicht in Ausübung hoheitlicher Befugnisse geschieht. Damit werden nunmehr sowohl Fälle konzerninterner Arbeitnehmerüberlassung als auch solche einer durch oder zu Gunsten von gemeinnützigen Gesellschaften durchgeführten Arbeitnehmerüberlassung grundsätzlich als wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG erfasst (ErfK/Wank, 12. Auflage, § 1 AÜG Rn. 31; Ulber, AÜG, 4. Auflage, § 1 Rn. 202 ff, 205 ff; Thüsing/Thieken, DB 2012, 347, 348 ff; Huke/Neufeld/Luickhardt, BB 2012, 961, 965; Leuchten, NZA 2011, 608, 609; Böhm, DB 2012, 918, 918 f.). Soweit Hamann die Ansicht vertritt, dass demgegenüber Unternehmen, die „ausschließlich“ gemeinnützige, karitative, wissenschaftliche, künstlerische oder sonstige ideelle Zwecke verfolgen, vom Anwendungsbereich des § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG ausgeschlossen seien (Hamann, RdA 2011, 321, 323; derselbe, NZA 2011, 70, 71), folgt die Kammer dem nicht. Denn diese Einschränkung ist mit Artikel 1 Abs. 2 der Richtlinie 2008/104/EG nicht zu vereinbaren und widerspricht, wie Hamann im Übrigen selbst erkennt (RdA 2011, 321, 323 unter C.I.1 am Anfang), auch dem Willen des deutschen Gesetzgebers. Denn ein Änderungsantrag des Bundesrates dahingehend, dass für gemeinnützige Einrichtungen eine Ausnahmeregelung in das AÜG eingefügt wird, ist im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zur Neuregelung des AÜG nicht umgesetzt worden. Daraus kann nichts anderes als die Entscheidung des Gesetzgebers entnommen werden, dass auch gemeinnützige Einrichtungen, selbst wenn diese ausschließlich soziale, kulturelle, künstlerische, sportliche oder sonstige ideelle Ziele verfolgen, unter den Anwendungsbereich des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes fallen sollen, soweit keine hoheitliche Tätigkeit, sondern eine wirtschaftliche Tätigkeit im Zusammenhang mit der Arbeitnehmerüberlassung vorliegt (vgl. hierzu auch Leuchten, NZA 2011, 608, 609).

...

Zwar trifft es zu, dass nach dem primär wettbewerbsrechtlich geprägten europarechtlichen Verständnis des Begriffs der wirtschaftlichen Tätigkeit erforderlich ist, dass Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt angeboten werden. Damit ist jedoch nicht zwingend die Notwendigkeit verbunden, dass die Arbeitnehmerüberlassung auf einen externen Markt ausgerichtet sein muss. Ob ein Marktbezug vorliegt, richtet sich vielmehr in erster Linie danach, ob die Dienstleistung allgemein auch auf dem Markt angeboten wird und daher bei eigener Ausübung in Konkurrenz zu externen Anbietern steht (so zu Recht Ulber, AÜG, 4. Auflage, § 1 Rn. 204; im Ergebnis ebenso speziell für den Fall der Personalgestellung im Bereich des öffentlichen Dienstes Gerdorn, öAT 2011, 150, 151).

...

Darüber hinaus wäre eine restriktive Auslegung des Begriffs der wirtschaftlichen Tätigkeit dahingehend, dass konzerninterne oder quasi-konzerninterne Personalgestellungen mangels externen „Marktes“ nicht als wirtschaftliche Tätigkeit aufzufassen sind, mit dem im Gesetzgebungsverfahren ausdrücklich geäußerten Willen des Gesetzgebers nicht vereinbar. Denn nach der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung (BT-Drucksache 17/4804, Seite 8) sollten durch die gesetzliche Änderung durch Einführung des Begriffs der „wirtschaftlichen Tätigkeit“ gerade auch konzerninterne Personalservicegesellschaften, die Leiharbeitnehmer zum Selbstkostenpreis an andere Konzernunternehmen überlassen, erlaubnispflichtig werden. Der Wille des Gesetzgebers ist im Rahmen der Auslegung des § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG insbesondere vor dem Hintergrund, dass es sich noch um ein sehr junges Gesetz handelt, maßgeblich zu berücksichtigen (ebenso Thüsing/Thieken, DB 2012, 347, 350).“

Diesen Ausführungen hat die Kammer nichts hinzuzufügen.

b) Nach dem Vorhergesagten ist hier mithin festzustellen, dass die Personalgestellung zwischen der Beklagten und dem Kreis Viersen unter den Anwendungsbereich des § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG als erlaubnispflichtige Überlassung von Arbeitnehmern im Rahmen einer wirtschaftlichen (auf privatrechtlicher Grundlage vorgenommenen) Tätigkeit fällt. Da die Beklagte über eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis unstreitig nicht verfügte, sind mit ex-nunc-Wirkung (vgl. dazu ErfKo, a.a.O., § 10 AÜG Rdnr. 3) die Rechtsfolgen des § 9 Nr. 10, § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ausgelöst worden. § 9 Nr. 1 AÜG bestimmt insoweit, dass Verträge zwischen Verleihern und Entleihern sowie zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern unwirksam sind, wenn die erforderliche Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis fehlt. Nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG gilt sodann ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher als zustande gekommen.

Für die über den 01.12.2011 hinaus beim Kreis Viersen auf der Grundlage des Personalgestellungsvertrages eingesetzte Klägerin bedeutet dies, dass ihr Arbeitsvertrag zur Beklagten ab diesem Zeitpunkt seine Wirksamkeit verlor und ab dann ein Arbeitsverhältnis zum Kreis Viersen gesetzlich zustande gekommen ist.

Soweit die Klägerin darauf verwiesen hat, dass ihr nicht zwingend bekannt sei, ob im Falle der Beklagten wirtschaftliche Tätigkeiten ausgeübt wurden und ob sie konkret durch die Überlassung von Arbeitnehmern auf dem Markt mit anderen Zeitarbeitsunternehmen konkurriert, und sie diesen neuen Sachvortrag der Beklagten bestritten hat, ist nicht recht ersichtlich geworden, welche Tatsachen genau sie aus welchem Grunde hat bestreiten wollen. Im Rahmen ihrer Berufungsbegründung hatte die Beklagte darauf hingewiesen, wie sie den Begriff der „wirtschaftlichen Tätigkeiten“ versteht, nämlich dahingehend, dass dies jede Tätigkeit bedeutet, die darin bestehe, Güter oder sonstige Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten und diese Voraussetzung nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs bereits dann erfüllt ist, wenn ein Unternehmen durch die Überlassung von Arbeitnehmern auf dem Markt mit anderen Zeitarbeitsunternehmen konkurriert. Dass die Beklagte Dienstleistungen in der Form anbietet, dass sie Personal zur Verfügung stellt, hat die Klägerin nicht bestritten und wohl auch nicht bestreiten können. Gleiches gilt für die Tatsache, dass es auf dem Markt andere Zeitarbeitsunternehmen gibt, die Ähnliches tun, so dass die Beklagte mit diesen konkurriert. Dabei war die Tätigkeit der Klägerin als Telefon-Service-Assistentin auch keine solche, die kein anderes Zeitarbeitsunternehmen auf dem Markt hätte anbieten können. Auch der Verweis der Klägerin darauf, dass sie keinerlei Kenntnis über die vertragliche Beziehung zwischen der Beklagten und dem Kreis Viersen habe, muss ins Leere gehen, waren diese vertraglichen Beziehungen doch Gegenstand des gesamten bisherigen Rechtsstreits – unter Vorlage der entsprechenden Unterlagen durch die Beklagte und Aufnahme der diesbezüglichen Tatsachen im unstreitigen Teil des Tatbestandes.

Dieses – unzulässigerweise mit Nichtwissen – erfolgte Bestreiten bzw. das Bestreiten von rechtlichen Begriffen, wie den der „wirtschaftlichen Tätigkeit“ oder den der „Konkurrenz am Markt“ – ohne Angabe, welche der insoweit zugrunde liegenden Tatsachen in Abrede gestellt werden sollen –, dient hier erkennbar auch nur dem Zweck, dass die Berücksichtigung der diesbezüglichen Ausführungen der Beklagten in der Berufungsbegründungsschrift als verspätet anzusehen und deshalb nicht zu berücksichtigen sein sollen. Dabei verkennt

die Klägerin indes, dass eine Zurückweisung neuen Vortrags als verspätet nach § 67 ArbGG immer eine Verzögerung der Erledigung des Rechtsstreits voraussetzt, was bedeutet, dass die Entscheidungsfindung in der Berufungsinstanz durch das verspätete Vorbringen hinausgeschoben wird. Entscheidend ist allein die Verzögerung in der Berufungsinstanz, nicht jedoch, ob bei rechtzeitigem Vorbringen in der ersten Instanz die Tatsachen bereits in dem Urteil des Arbeitsgerichts hätten berücksichtigt werden können (vgl. dazu Germelmann u.a., ArbGG, 7. Aufl. – Germelmann, § 67 Rdnr. 9 m. w. N.).

c) Ein paralleler Fortbestand zweier Arbeitsverhältnisse, d.h. sowohl zur Beklagten als auch zum Kreis Viersen, ist nicht anzunehmen. Einer solchen Annahme steht bereits die gesetzliche Bestimmung des § 9 Nr. 1 AÜG entgegen, nach der Verträge zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern unwirksam sind, wenn der Verleiher nicht die nach § 1 erforderliche Erlaubnis hat. Ein unwirksamer Arbeitsvertrag kann nicht Grundlage für ein fortbestehendes Arbeitsverhältnis sein.

d) Auch auf den Umstand, dass es sich bei der Beklagten um ein so genanntes Mischunternehmen handelt, kann sich die Klägerin nach Auffassung der Kammer nicht mit Erfolg berufen. Nach dem letzten Arbeitsvertrag der Klägerin war ausschließlich ein Einsatz im Wege der Personalgestellung für und bei der B. Kreis Viersen vorgesehen und so später im Jobcenter fortgeführt worden. Dieser Vertrag war von der Beklagten mithin ausschließlich in ihrer Funktion als Verleiherin geschlossen worden und die Beschäftigung der Klägerin darin einzig in Leiharbeitnehmerfunktion vorgesehen. Bei einer solchen Konstellation kann nach Auffassung der Kammer weder ein Wahlrecht des Arbeitnehmers zum Verbleib bei seinem Vertragsarbeitgeber noch eine aus § 139 BGB ableitbare Rechtsfolge im Hinblick auf einen Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zum Vertragsarbeitgeber (Verleiher) angenommen werden.

Nachteile, die der Arbeitnehmer dadurch erleidet, dass er sein bisheriges Arbeitsverhältnis bei dem Verleiher verliert und in dem fingierten Arbeitsverhältnis beim Entleiher erfährt, hat der Gesetzgeber im Übrigen Rechnung getragen,

indem er in § 10 Abs. 2 AÜG eine Ersatzpflicht zu Gunsten des Leiharbeitnehmers normiert hat.

2. Feststellungen zur Wirksamkeit der hier streitgegenständlichen Befristung an sich waren nicht mehr zu treffen.

Selbst wenn eine entsprechende Antragsumstellung klägerseits (etwa dahingehend, dass die hier streitgegenständliche Befristung unwirksam ist) erfolgt wäre – wobei auch dies wohl nur im Rahmen einer rechtzeitig eingelegten Anschlussberufung möglich gewesen wäre –, würde einem solchen Antrag das insoweit erforderliche Feststellungsinteresse fehlen.

Anders als in den Fällen des Betriebsübergangs, bei denen das Arbeitsverhältnis im bisherigen Bestand auf einen Erwerber übergeht, so dass eine gegebene Befristung noch eine Rolle spielen kann, kommt es auf die hier streitgegenständliche Befristung angesichts der in §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 AÜG normierten Rechtsfolgen nämlich nicht mehr an. Das Arbeitsverhältnis der Klägerin zur Beklagten ist nach § 9 Nr. 1 AÜG insgesamt unwirksam, gleichviel, ob nun mit oder ohne wirksame Befristungsabrede. Die Frage einer wirksamen Befristung kann sich somit allenfalls noch mit Blick auf das „neue“ Arbeitsverhältnis zum Entleiher und dessen Befristungsgründe stellen, wie sich aus § 10 Abs. 1 Satz 2 AÜG ergibt (Böhmke/Lempke, § 10 Rdnr. 39; Schüren in: Schüren/Hammann, AÜG, § 10 Rdnr. 59, 62; Thüsing/Mengel, AÜG, § 10 Rdnr. 39 f.; ErfKo/Wang § 10 Rdnr. 16; Arbeitsgericht Bremen/Bremerhaven vom 19.04.2007 – 9 Ca 9381/06 – Rdnr. 132; anders LAG Düsseldorf vom 25.08.2008 – 17 Sa 153/08 – Rdnr. 68, wohl auch LAG Bremen vom 11.06.2008 – 2 Sa 111/07 – Rdnr. 194).

Nach alledem konnte der Berufung der Beklagten der Erfolg nicht versagt bleiben.

III.

Die Kosten des Rechtsstreits hat die Klägerin nach § 91 Abs. 1 ZPO zu tragen.

IV.

Die Revision war gemäß § 72 Abs. 2 Ziff. 1 ArbGG für die Klägerin zuzulassen.

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen dieses Urteil kann von der klagenden Partei

R E V I S I O N

eingelegt werden.

Für die beklagte Partei ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss **innerhalb einer Notfrist* von einem Monat** schriftlich beim

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt
Fax: 0361-2636 2000

eingelegt werden.

Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.

Die Revisionschrift **muss** von einem **Bevollmächtigten** unterzeichnet sein. Als **Bevollmächtigte** sind nur zugelassen:

1. Rechtsanwälte,
2. Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,
3. Juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nummer 2 bezeichneten 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.

In den Fällen der Ziffern 2 und 3 müssen die Personen, die die Revisionschrift unterzeichnen, die Befähigung zum Richteramt haben.

Eine Partei, die als Bevollmächtigter zugelassen ist, kann sich selbst vertreten.

*** eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.**

Dr. Stoltenberg

Nix

Herrmann

Ausgefertigt:

(Wilden)
Regierungsbeschäftigte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle