
Datum: 15.05.2012
Gericht: Arbeitsgericht Krefeld
Spruchkörper: 1. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 1 Ca 2551/11
ECLI: ECLI:DE:ARBGKR:2012:0515.1CA2551.11.00

Schlagworte: Arbeitnehmerüberlassung/gemeinnützig/wirtschaftliche Tätigkeit/Befristung Personalgestaltung an Jobcenter/Vertrauensschutz/Wahlrecht/Widerspruchsrecht/Mischunterne

Normen: § 17 TzBfG / § 139 BGB / § 1 Abs.1 Satz 1 AÜG / § 9 Nr. 1 AÜG / § 10 Abs.1 AÜG / § 2 Abs. 4 AÜG / § 5 Abs. 2 Satz 2 AÜG / § 4 Abs.1 AÜG

Sachgebiet: Arbeitsrecht

Leitsätze:

1. Gegenstand der Entfristungsklage nach § 17 Satz 1 TzBfG ist neben der Feststellung der Unwirksamkeit der angefochtenen Befristung stets zugleich die Feststellung, dass zum Zeitpunkt der streitigen Beendigung zwischen den Parteien überhaupt (noch) ein wirksames Arbeitsverhältnis bestanden hat. Ist dies aufgrund (zwischenzeitlich eingetretener) unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung nach § 9 Nr. 1 AÜG nicht (mehr) der Fall, ist die gegen den Verleiher und Vertragsarbeitgeber gerichtete Entfristungsklage ohne weitere Prüfung der Wirksamkeit der vertraglich vereinbarten Befristung abzuweisen. 2. Aufgrund der zum 01.12.2011 in Kraft getretenen Neuregelung des § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG bedarf nunmehr auch ein Unternehmen, dass gemeinnützig tätig ist und dabei unter anderem Arbeitnehmer für Tätigkeiten im Jobcenter an eine Kommune im Rahmen einer Personalgestellungsvereinbarung überlasst, einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis. Denn der Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit i.S.v. § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG n.F. ist weit zu verstehen und erfasst jede Arbeitnehmerüberlassung außerhalb des Bereichs der Ausübung hoheitlicher Befugnisse. Damit werden nunmehr sowohl gemeinnützige Unternehmen als auch solche erfasst, die Arbeitnehmerüberlassung im Konzern oder in

konzernähnlichen Strukturen betreiben. 3. Vertrauensschutz im Hinblick auf ein noch nach alter Rechtslage begründetes Arbeitsverhältnis kann weder der Verleiher noch der Entleiher für sich in Anspruch nehmen, denn die gesetzliche Neuregelung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes datiert vom 28.04.2011 mit Inkrafttreten zum 01.12.2011. Damit stand genug Zeit zur Beantragung einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis zur Verfügung. Auch eine analoge Anwendung der §§ 2 Abs. 4 Satz 4, 4 Abs. 1, 5 Abs. 2 Satz 2 AÜG kommt jedenfalls dann nicht in Betracht, wenn das Verleihunternehmen bis 01.12.2011 nicht einmal einen Antrag auf Erteilung einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis gestellt hat. 4. Rechtsfolge der unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung ist nach §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG die Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages mit dem Verleiher und das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher, hier der das Jobcenter betreibenden Kommune, kraft Gesetzes. 5. Auch der Arbeitnehmer ist an diese Rechtsfolgen gebunden. Ein Wahlrecht oder ein Widerspruchsrecht stehen ihm nicht zu. Daran ändert auch der Umstand, dass das verleihende Unternehmen ein sog. Mischunternehmen ist, nichts, solange jedenfalls der Arbeitnehmer laut Arbeitsvertrag ausschließlich zum Zwecke der Personalgestaltung an den Entleiher eingestellt worden ist. In diesem Fall ist auch keine Teilnichtigkeit des Arbeitsvertrages mit dem Verleiher gemäß § 139 BGB begründbar. 6. Beruft sich der Entleiher in dem nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG zustande gekommenen Arbeitsverhältnis auf dessen Befristung, ist er darlegungs- und beweispflichtig für das Vorliegen eines sachlichen Grundes für die Rechtfertigung der Befristung nach § 10 Abs. 1 Satz 2 AÜG. Maßgeblich ist die sachliche Rechtfertigung der Befristung zum Zeitpunkt des gesetzlichen Zustandekommens des Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher, nicht zum Zeitpunkt des Abschlusses des ursprünglichen Arbeitsvertrages mit dem Verleiher. 7. Für die ein Jobcenter betreibende Kommune stellt die Tätigkeit eines Fachassistenten im Außendienst im Bereich SGB II eine sozialstaatliche Daueraufgabe dar, für die nicht lediglich ein vorübergehender Bedarf besteht. Auch die unternehmerische Entscheidung der Kommune, die Tätigkeit künftig nur noch mit eigenem, höher qualifizierten Personal durchzuführen, führt nicht dazu, dass der Bedarf an der Tätigkeit als solcher nur noch vorübergehend bestünde. Diese Entscheidung könnte allenfalls zur Begründung einer betriebsbedingten Kündigung des Arbeitsverhältnisses herangezogen werden, nicht aber zur Begründung einer Befristung.

Tenor:

1. Es wird festgestellt, dass zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 2.) seit dem 01.12.2011 ein unbefristetes Arbeitsverhältnis besteht.

2. Der Beklagte zu 2.) wird verurteilt, den Kläger über den 31.12.2011 hinaus als Fachassistent im Außendienst im Bereich SGB II zu unveränderten Arbeitsbedingungen weiter zu beschäftigen.

3. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

4. Die Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger und der Beklagte zu 2.) je zur Hälfte.

5. Streitwert: 22.060,00 €.

Tatbestand:	1
Die Parteien streiten über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers mit der Beklagten zu 1. durch arbeitsvertraglich vereinbarte Befristung zum 31.12.2011, über das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 2. wegen unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung sowie über den Weiterbeschäftigungsanspruch des Klägers.	2
Der Kläger, geboren am 25.07.1960, ist seit dem 15.07.2008 bei der Beklagten zu 1. auf der Grundlage mehrerer befristeter Arbeitsverträge beschäftigt gewesen, zuletzt auf der Grundlage des befristeten Arbeitsvertrages vom 27.08.2010 für den Zeitraum vom 01.01. bis 31.12.2011 in Vollzeit als "Fachassistent im Außendienst im Bereich SGB II" gegen ein Bruttomonatsentgelt in Höhe von 2.206,00 €.	3
Der Beschäftigung lagen folgende befristete Arbeitsverträge zugrunde:	4
?Arbeitsvertrag vom 07.07.2008 für den Zeitraum vom 15.07.2008 bis 31.12.2009;	5
?Arbeitsvertrag vom 22.07.2009 für den Zeitraum vom 01.01. bis 31.12.2010;	6
?Änderungsvertrag vom 27.08.2010 für den Zeitraum vom 01.01. bis 31.12.2011.	7
Zum Befristungsgrund ist unter § 1 Änderungsvertrages vom 27.08.2010 geregelt:	8
"Die GFB und die ARGE L. W. haben eine Personalgestellungsvereinbarung (PGV) getroffen, deren befristete Geltungsdauer zwischenzeitlich bis zum 31.12.2011 verlängert wurde und die bis dahin reichende "Kapazitäts- und Qualifikationsplanung" der ARGE berücksichtigt. Der betriebliche Bedarf des Arbeitgebers GFB an der Arbeitsleistung ist also abhängig von der PGV mit der ARGE. Aus diesem Grund wird der Arbeitsvertrag bis zum 31.12.2011 befristet."	9
Bei der Beklagten zu 1. handelt es sich um eine gemeinnützige Gesellschaft, deren Gesellschafter zu gleichen Teilen dem L. W. (Beklagter zu 2.) und die Wirtschaftsförderungsgesellschaft für den L. W. mbH sind. Die Beklagte zu 1. beschäftigt sich vorrangig mit der Betreuung und ggf. 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 zu 1. seit Mitte 2005 die Aufgabe der Personalgestellung zu Gunsten der ARGE (ab 2011 Jobcenter) L. W. übernommen. Der in	10

den folgenden Jahren jeweils erkennbare Personalbedarf der ARGE wurde weitgehend durch Einstellungen geeigneter Bewerber/innen durch die Beklagte zu 1. und entsprechende Zuweisungen an die ARGE sichergestellt. Grundlage hierfür waren entsprechende Personalgestellungsverträge zwischen der ARGE L. W. und der Beklagten zu 1. Insoweit wird Bezug genommen auf die Personalgestellungsverträge vom 31.08.2007 und vom 19.11.2008 sowie auf 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 SGB II und der damit verbundenen Auflösung der ARGEen bestand im Verlauf des Jahres 2010 zunächst noch keine Klarheit darüber, in welcher Form der Beklagte zu 2. die - im Übrigen jedoch als gesetzliche Daueraufgabe fortzuführende - 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 Beklagten zu 2. als kommunalem Träger. Über die damalige Sachlage informierte die Beklagte zu 1. die Mitarbeiter in einer "Mitarbeiterinformation vom 08.06.2010" wie folgt:

"Die Meinungsbildung des Kreises W. darüber, ob ein Optionsantrag gestellt oder die Zusammenarbeit mit der Agentur für Arbeit im künftigen "Jobcenter" fortgesetzt wird, dauert an. Auf der Basis der bislang vorliegenden Gesetzentwürfe und Informationen sieht die L.-Verwaltung z. Zt. in dem Modell der (optimierten) "Jobcenter" die größeren Vorteile. Mit einer Entscheidung durch den Kreistag ist gleichwohl erst Ende September des Jahres zu rechnen. Nach den derzeitigen Gesetzentwürfen könnte ein Optionsantrag bis zum 31.12.2010 mit Wirkung zum 01.01.2012 gestellt werden. Damit kann die Personalgestellung der GFB an die ARGE L. W. in jedem Fall noch für das Jahr 2011 unverändert beibehalten werden. 11

Vor diesem Hintergrund habe ich mich mit der ARGE-Geschäftsführung darüber verständigt, die Vereinbarung über die Personalgestellung in einem ersten Schritt bis 31.12.2011 zu verlängern. Vorbehaltlich der von der ARGE-Geschäftsführung bestätigten persönlichen Eignung und fachlichen Befähigung, komme ich wegen der Verlängerung Ihrer Arbeitsverträge in den nächsten Wochen auf Sie zu. 12

Ich bedaure, Ihnen aus den o. a. Gründen (noch) keine längerfristige Perspektive geben zu können. ..." 13

Am 30.09.2010 fasste der Kreistag des Beklagten zu 2. den Beschluss, dass der zwischen der ARGE und der Beklagten zu 1. bestehende Personalgestellungsvertrag auf den Beklagten zu 2. übergeleitet werden soll. 14

Unter dem 23./28.12.2010 schlossen sodann die ARGE Kreise W., die Beklagte zu 1. und der Beklagte zu 2. einen dreiseitigen Vertrag zur Überleitung der Personalgestellungsvereinbarung auf den Beklagten zu 2. als Gestellungsempfänger. Darin wurde geregelt, dass der Beklagte zu 2. mit Wirkung zum 01.01.2011 als Vertragspartei anstelle der ARGE L. W. in das Vertragsverhältnis des Personalgestellungsvertrages eintritt, Gegenstand der Personalgestellung die im Zeitpunkt des Abschlusses des dreiseitigen Vertrages bei der Beklagten zu 1. angestellten und bei der ARGE eingesetzten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sind und die Personalgestellung spätestens mit dem 30.06.2012 endet. 15

Durch das "Erste Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes - Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung" vom 28.04.2011 (BGBl. I 2011, 16

642) hat der Gesetzgeber Änderungen im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz vorgenommen, die überwiegend zum 01.12.2011 in Kraft getreten sind.

Der Kläger ist in seiner vertraglichen Tätigkeit als Fachassistent im Außendienst im Bereich SGB II, die darin bestand, dass er vor Ort zu überprüfen hatte, ob die Angaben der Leistungsempfänger zutreffend sind, auch über den 01.12.2011 hinaus im Dezember 2011 bei dem Beklagten zu 2. nach Maßgabe des Personalgestellungsvertrages im Jobcenter eingesetzt worden. Über eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis verfügte die Beklagte zu 1. dabei weder vor noch nach dem 01.12.2011. 17

Mit der am 06.12.2011 bei dem Arbeitsgericht Krefeld eingegangenen und mit Schriftsatz vom 20.01.2012 gegen den Beklagten zu 2. erweiterten Klage, die den Beklagten zu 1. und 2. am 09.12.2011 bzw. am 25.01.2012 zugestellt worden ist, macht der Kläger geltend, dass entweder zwischen ihm und der Beklagten zu 1. oder aber mit dem Beklagten zu 2. ein unbefristetes Arbeitsverhältnis besteht. Der Kläger wendet sich dementsprechend gegen die Wirksamkeit der in dem Arbeitsvertrag vom 27.08.2010 geregelten Befristung des Arbeitsverhältnisses zum 31.12.2011. Er hält die Befristungsabrede für unwirksam, da ihr kein sachlicher Grund zugrunde liege. Insbesondere könne sich die Beklagte zu 1. nicht auf den Befristungsgrund eines vorübergehenden betrieblichen Bedarfs an der Arbeitsleistung berufen, denn die von dem Kläger für die ARGE bzw. das Jobcenter wahrgenommenen Aufgaben seien gesetzlich vorgesehene Daueraufgaben, die nicht lediglich vorübergehend anfielen. Die Beklagte zu 1. sei in ihrer Funktion als Personaldienstleister für die ARGE bzw. den Beklagten zu 2. nicht anders zu behandeln als ein Leiharbeitsunternehmen. Infolge der zum 01.12.2011 in Kraft getretenen gesetzlichen Änderung, nach der eine erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung nun nicht mehr allein bei gewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung, sondern schon bei einer solchen im Rahmen jeder "wirtschaftlichen Tätigkeit" vorliege, sei auch die Personalgestellung der Beklagten zu 1. zu Gunsten des Beklagten zu 2. erlaubnispflichtig geworden. Da die Beklagte zu 1. - unstrittig - nicht über eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis verfüge, liege eine unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung mit der gesetzlichen Folge des Zustandekommens eines Arbeitsverhältnisses mit dem Beklagten zu 2. bei gleichzeitiger Unwirksamkeit des Vertrages mit der Beklagten zu 1. ab 01.12.2011 vor. 18

Das kraft Gesetzes zustande gekommene Arbeitsverhältnis mit dem Beklagten zu 2. sei ein unbefristetes Arbeitsverhältnis, denn der Beklagte zu 2. könne sich aufgrund der von ihm wahrgenommenen sozialstaatlichen Daueraufgaben, für die auch der Kläger eingesetzt worden sei, nicht auf einen sachlichen Grund für eine Befristung berufen. Soweit der Beklagte zu 2. sich darauf berufe, dass die Qualifikation des Klägers dem ab 01.07.2012 erforderlichen Anforderungsprofil nicht entspreche, bestreitet der Kläger sowohl das entsprechende Anforderungsprofil als auch dessen Erforderlichkeit für die Tätigkeit als Fachassistent im Außendienst. Er behauptet, über die notwendigen Qualifikationen auch für eine Tätigkeit bei dem Beklagten zu 2. in vollem Umfang zu verfügen. 19

Der Kläger beantragt, 20

1.festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen ihm und der Beklagten zu 1. nicht aufgrund der Befristung zum 31.12.2011 sein Ende gefunden hat; 21

2.die Beklagte zu 1. zu verurteilen, ihn über den 31.12.2011 hinaus als Fachassistent im Außendienst im Bereich SGB II zu unveränderten Arbeitsbedingungen zu beschäftigen; 22

23

3.festzustellen, dass zwischen ihm und dem Beklagten zu 2. seit dem 01.12.2011 ein unbefristetes Arbeitsverhältnis besteht;

4.den Beklagten zu 2. zu verurteilen, ihn über den 31.12.2011 hinaus als Fachassistent im Außendienst im Bereich SGB II zu unveränderten Arbeitsbedingungen weiter zu beschäftigen. 24

Die Beklagten beantragen, 25

die Klage abzuweisen. 26

Die Beklagte zu 1. ist der Ansicht, die Klage sei bereits nicht schlüssig begründet. Soweit der Kläger sich auf ein wegen unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung nach §§ 9, 10 AÜG gesetzlich zustande gekommenes Arbeitsverhältnis mit dem Beklagten zu 2. und zugleich auf die Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages mit der Beklagten zu 1. berufe, könne er mit den gegen die Beklagte zu 1. gerichteten Klageanträgen keinen Erfolg haben. 27

Darüber hinaus ist sie 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 des Klägers. Sie behauptet, für sie habe sich im Verlauf des Jahres 2010 die erkennbare Tendenz verstärkt, dass sich der Beklagte zu 2. als Träger nach dem SGB II das Ziel setze, seine Aufgaben im künftigen Jobcenter nur noch mit eigenem Personal zu erledigen, mit der Folge, dass sich die Notwendigkeit der Personalgestellung durch die Beklagte zu 1. nach und nach erübrigen würde. Es sei aber signalisiert worden, dass die mögliche maßgebliche Veränderung erst zum 01.01.2012 eintrete, weshalb die Verträge mit den Mitarbeitern noch für ein weiteres Jahr, das Jahr 2011, hätten verlängert werden können. Am 13.07.2010 habe vor diesem Hintergrund ein Gespräch der Entscheidungsträger, nämlich des Geschäftsführers der Beklagten zu 1., Herrn T., des Kreisdirektors des Beklagten zu 2., E. D., des Verwaltungsdirektors T. und des damaligen Geschäftsführers der ARGE, Herrn S., der inzwischen Geschäftsführer des Jobcenters sei, stattgefunden. Der Beklagte zu 2. habe sich aufgrund der zwischenzeitlich vorliegenden, endgültigen Gesetzeslage an diesem Tag entschieden, dass die Beklagte zu 1. wieder auf ihre Kernaufgaben, nämlich der Trägerschaft an verschiedenen Arbeitsmarktprogrammen des Bundes und des Landes zurückgeführt werden solle. Der Beklagte zu 2., vertreten durch den Kreisdirektor E. D., habe unmissverständlich erklärt, dass vor diesem Hintergrund die Personalgestellung nur noch bis zum 31.12.2011 fortgeführt werde. Der Beklagten zu 1. sei mitgeteilt worden, dass ab dem 01.01.2012 die Aufgaben im Jobcenter nur noch mit eigenem Personal des Kreises durchgeführt würden und nicht mehr über die Personalgestellung. Diese Entscheidung sei dann auch zwischen dem Geschäftsführer der Beklagten zu 1., Herrn T., und der Agentur für Arbeit in L. als weiterem Träger der gemeinsamen Einrichtung abgestimmt worden. Dieses Gespräch habe am 19.07.2010 stattgefunden. Erst nachdem diese Entscheidung gefallen sei, sei das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger letztmalig unter dem 27.08.2010 bis zum 31.12.2011 befristet worden. Zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses sei nicht erkennbar gewesen, dass aufgrund einer späteren Entscheidung im Zusammenhang mit dem dreiseitigen Vertrag vom 23./28.12.2010 die Personalgestellung noch bis 30.06.2012 verlängert wird. An der für die Beklagte zu 1. maßgeblichen Prognoseentscheidung zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses mit dem Kläger, dass lediglich ein befristeter Beschäftigungsbedarf bis 31.12.2011 gegeben sei, ändere dies auch nichts. Denn der dreiseitige Vertrag sei erst nach Abschluss des Arbeitsvertrages abgeschlossen worden. Ein nachträglich lediglich für sechs Monate und damit nicht dauerhaft weiter fortbestehender Beschäftigungsbedarf hindere die Wirksamkeit der Sachgrundbefristung, die hier eben darauf gerichtet sei, dass kein dauerhaft 28

fortbestehender Beschäftigungsbedarf für den Kläger bestehe, nicht.

Der Beklagte zu 2. ist der Ansicht, ein Arbeitsverhältnis zwischen ihm und dem Kläger sei nicht zustande gekommen. Eine unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung liege bei dem Einsatz des Klägers im Dezember 2011 über den Personalgestellungsvertrag nicht vor. Denn auch das neue gesetzliche Kriterium der "wirtschaftlichen Tätigkeit" liege bei der Beklagten zu 1., die ohne Gewinnerzielungsabsicht allein für den Beklagten zu 2. Personal für die Tätigkeiten im Jobcenter bereitstelle, nicht vor. Die wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG n.F. setze als Minimum voraus, dass Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt angeboten würden. Ein Markt setze Wettbewerb voraus, den es allerdings im Verhältnis der Beklagten zu 1. zum Beklagten zu 2. von Natur aus nicht gebe. Unabhängig davon ist der Beklagte zu 2. der Ansicht, dass zumindest in entsprechender Anwendung der Vorschriften des § 3. Abs. 4 Satz 4, § 4 Abs. 1 Satz 3. und § 5 Abs. 3. Satz 3. AÜG im vorliegenden Fall eine Übergangsfrist Anwendung finden müsse. Ohnehin könne maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Unwirksamkeit eines Arbeitsvertrages am Maßstab des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes lediglich der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses sein. Würde man auch bereits laufende zivilrechtliche Vertragsverhältnisse im Nachhinein einer Erlaubnispflicht unterwerfen, würden diese im Nachhinein illegalisiert. Darüber hinaus ist der Beklagte zu 2. der Ansicht, dass ein - unterstellt - zustande gekommenes Arbeitsverhältnis des Klägers mit ihm jedenfalls einer Befristung zum 30.06.2012 unterliegen würde. Hierzu trägt er vor, es sei zwar richtig, dass die "Beschickung" des Jobcenters durch die jeweiligen Träger eine sozialstaatliche Daueraufgabe sei, dies sei jedoch für die Entscheidung des Rechtsstreits unerheblich. Denn Grund für die Befristung des - unterstellt - zustande gekommenen Arbeitsverhältnisses des Klägers zum Beklagten zu 2. sei nicht der Wegfall der sozialstaatlichen Daueraufgabe zum 30.06.2012, sondern der Entschluss des Beklagten zu 2., diese sozialstaatliche Daueraufgabe mit solchen Personen "abzuarbeiten", die den bei ihm üblichen Anforderungen an das dafür einzusetzende Personal entsprechen. Hierzu zählten ungelernete Hilfskräfte wie der Kläger nicht. Bei dem Beklagten zu 2. zum 01.07.2012 mit qualifiziertem Personal zu besetzende Arbeitsplätze des mittleren Dienstes bzw. der entsprechenden Tarifgruppen des TVöD seien mit solchen Beamten und/oder Arbeitnehmern zu besetzen, die in der gesamten Kreisverwaltung eingesetzt werden könnten. Die Arbeitsplätze, die der Beklagte zu 2. zum 01.07.2012, also nach dem Ablauf der Gestellung durch die Beklagte zu 1., einzurichten gedenke, seien von ihrem Anforderungsprofil so ausgestaltet, dass der Stelleninhaber auf sämtlichen Arbeitsplätzen, die nicht dem gehobenen oder höheren Dienst bzw. den entsprechenden Entgeltgruppen des TVöD zugeordnet seien, eingesetzt werden könnten. Diesem Anforderungsprofil, das von den Arbeitsgerichten lediglich auf offenbare Unsachlichkeit überprüfbar sei, genüge der Kläger nicht.

Wegen des weiteren Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze beider Parteien nebst Anlagen sowie auf die Sitzungsniederschriften vom 01.03. und 15.05.2012 Bezug genommen.

Mit Beschluss vom 12.03.2012, wegen dessen Inhalts Bezug genommen wird, hat das Gericht umfangreiche Hinweise und Auflagen erlassen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die form- und fristgerecht im Sinne von § 17 Satz 1 TzBfG gegen die Beklagte zu 1. erhobene Entfristungsklage ist nicht begründet. Denn Gegenstand der mit dieser Klage

beantragten Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers mit der Beklagten zu 1. nicht aufgrund der Befristung zum 31.12.2011 beendet worden ist, ist zugleich die Feststellung, dass zum Zeitpunkt der streitigen Beendigung zwischen den Parteien überhaupt noch ein Arbeitsverhältnis bestanden hat (HWK/Schmalenberg, 5. Auflage, § 17 TzBfG Rn. 10). Dementsprechend kann die Entfristungsklage gegen die Beklagte zu 1. - selbst unterstellt, es läge kein Sachgrund für die hier zum 31.12.2011 vorgenommene Befristung vor - nur dann Erfolg haben, wenn am 31.12.2011 überhaupt noch ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 1. bestanden hat.

Dies ist jedoch nicht der Fall, mit der Folge, dass die gegen die Beklagte zu 1. gerichtete Klage abzuweisen ist. Denn aufgrund der zum 01.12.2011 in Kraft getretenen Änderungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes durch das Erste Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes vom 28.04.2011 (BGBl. I 2011, 642) lag mit dem unstrittig über den 01.12.2011 hinaus fortgeführten Einsatz des Klägers im Wege der Personalgestellung durch die Beklagte zu 1. bei dem Beklagten zu 2. eine unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung vor, die zur Unwirksamkeit des Arbeitsverhältnisses des Klägers zur Beklagten zu 1. und kraft gesetzlicher Anordnung zum Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses mit dem Beklagten zu 2. geführt hat.

35

1. Gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG n.F. bedürfen Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen wollen, die Erlaubnis. Liegt eine solche entgegen der gesetzlichen Anordnung nicht vor, führt dies nach § 9 Nr. 1 AÜG dazu, dass der Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Entleiher sowie zwischen dem Verleiher und den Leiharbeitnehmern unwirksam ist. Gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG gilt in diesem Fall ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer als zustande gekommen.

36

2. Der Kläger ist dem Beklagten zu 2. durch die Beklagte zu 1. auf der Grundlage der Personalgestellungsvereinbarung und des dreiseitigen Vertrages zur Arbeitsleistung überlassen worden. Eine Überlassung zur Arbeitsleistung im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG liegt vor, wenn einem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt werden, die in dessen Betrieb eingegliedert sind und ihre Arbeit allein nach Weisungen des Entleihers in dessen Interesse ausführen (BAG vom 18.01.2012 - 7 AZR 723/10, Juris; BAG vom 06.08.2003 - 7 AZR 180/03, AP Nr. 6 zu § 9 AÜG). Abzugrenzen ist die Arbeitnehmerüberlassung insbesondere von der Tätigkeit eines Arbeitnehmers bei einem Dritten aufgrund eines Werk- oder Dienstvertrages und von Personalgestellungen auf der Grundlage spezialgesetzlicher öffentlich-rechtlicher Regelungen im Bereich hoheitlicher Aufgabenwahrnehmung (vgl. zu beidem BAG vom 18.01.2012 - 7 AZR 723/10 m.w.N.).

37

Der Einsatz des Klägers in dem von dem Beklagten zu 2. betriebenen Jobcenter erfolgte auf der Grundlage des dreiseitigen Vertrages vom 23./28.12.2010 in Verbindung mit dem Personalgestellungsvertrag vom 19.11.2008 in der Fassung der gemeinsamen Erklärung vom 10.06.2010. Die rechtlichen Grundlagen sind privatrechtlicher Natur, eine ausschließliche Tätigkeit zur Erfüllung hoheitlicher Aufgaben auf der Grundlage spezialgesetzlicher öffentlich-rechtlicher Normen hinsichtlich der Personalgestellung liegt nicht vor und wird auch von den Beklagten nicht behauptet. Nach § 2 des Personalgestellungsvereinbarung wird das Direktionsrecht hinsichtlich der überlassenen Arbeitnehmer, zu denen der Kläger gehörte, von der Beklagten zu 1. auf den Entleiher und damit seit 01.01.2011 auf den Beklagten zu 2. übertragen. Damit unterscheidet sich die Personalgestellung grundlegend von einem Dienst- oder Werkvertrag, bei dem Arbeitnehmer zwar ebenfalls bei Dritten eingesetzt werden, aber die Weisungsbefugnisse weiterhin von dem anstellenden Unternehmen als Arbeitgeber

38

ausgeübt werden. Die Voraussetzungen der Arbeitnehmerüberlassung sind somit bei dem Einsatz des Klägers im Jobcenter des Beklagten zu 2. sowohl vor als auch nach dem 01.12.2011 unverändert erfüllt.

3. Während für Unternehmen wie die Beklagte zu 1., die unstreitig im Rahmen ihrer gemeinnützigen Tätigkeit auch Personalgestellungsdienste gegenüber dem Beklagten zu 2. erbringt, nach alter Rechtslage bis 30.11.2011 keine Erlaubnispflicht hinsichtlich der Personalgestellung bestand, da das Gesetz bis dahin lediglich die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung erfasste und diese nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bei gemeinnützig tätigen Unternehmen nicht gegeben war (vgl. BAG vom 09.02.2011 - 7 AZR 32/10, AP Nr. 80 zu § 14 TzBfG), hat sich diese Rechtslage seit Inkrafttreten der gesetzlichen Neuregelungen zum AÜG grundlegend geändert. Nunmehr reicht jede Überlassung von Arbeitnehmern durch Verleiher an Entleiher im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit aus, um die Erlaubnispflicht und im Falle einer fehlenden Erlaubnis die gesetzlichen Folgen e. §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG auszulösen.

39

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 e. Europäischen Union vom 05.12.2008 - L327/9) gerecht werden (vgl. hierzu e. Begründung e. Gesetzentwurfes der Bundesregierung vom 02.09.2010, BT-Drucksache 17/4804, Seite 1, 8). Dementsprechend ist die 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.

40

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 Umstand, 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

41

Einschränkung ist mit Artikel 1 Abs. 3. 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).

Der Umstand, dass die Beklagte zu 1. als gemeinnützige Gesellschaft ohne Gewinnerzielungsabsicht unter anderem dem Beklagten zu 2. Arbeitnehmer zum Einsatz im Jobcenter überlässt, führt somit nicht von vornherein zum Ausschluss der Anwendbarkeit des § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG. Im Gegenteil: Hierin ist seit dem 01.12.2011 eine wirtschaftliche Tätigkeit und damit eine erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung zu sehen. Denn hoheitliche Befugnisse werden weder von der Beklagten zu 1. noch von dem Beklagten zu 2. im Zusammenhang mit der Personalgestellung wahrgenommen.

42

4. Die Qualifizierung der Personalgestellung an den Beklagten zu 2. als wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG scheitert auch nicht daran, dass diese hier ähnlich einer konzerninternen Personalüberlassung vorgenommen wird und hierfür kein "Markt" bestünde. 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 (Gerdorf, öAT 2011, 150, 151). Insbesondere in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem der Kläger nach seinem Arbeitsvertrag ausschließlich für eine Tätigkeit im Wege der Personalgestellung bei der ARGE bzw. dem Jobcenter des Kreises W. eingesetzt werden soll, folgt zudem die Erlaubnispflichtigkeit dieser Arbeitnehmerüberlassung als wirtschaftliche Tätigkeit im Umkehrschluss aus § 1 Abs. 3 Nr. 3. AÜG (ebenso Böhm, DB 2012, 918 f.). Denn dort ist als Ausnahmetatbestand geregelt, dass eine erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung bei einer Personalgestellung zwischen Konzernunternehmen im Sinne des § 18 AktG nicht vorliegt, wenn der Arbeitnehmer nicht zum Zwecke der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird. Daraus ist zu folgern, dass jedenfalls in den Fällen, in denen in einem Konzernverhältnis zwischen Verleiher und Entleiher Arbeitnehmer überlassen werden, die gerade zum Zwecke der Überlassung eingestellt und beschäftigt werden, eine erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung vorliegt. Übertragen auf den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die quasi-konzerninterne Personalgestellung zwischen der Beklagten zu 1. und dem Beklagten zu 2. ebenfalls als erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung zu werten ist. Denn der Kläger ist laut Arbeitsvertrag gerade zum Zwecke der Personalgestellung eingestellt und beschäftigt worden.

43

44

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 Leiharbeiter 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). Mithin fällt die Personalgestellung zwischen der Beklagten zu 1. und dem Beklagten zu 2. unter den Anwendungsbereich des § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG als erlaubnispflichtige Überlassung von Arbeitnehmern im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit.

5. Entgegen seiner Ansicht kann der Beklagte zu 2. sich nicht auf einen besonderen Vertrauensschutz oder eine Übergangsregelung in entsprechender Anwendung des §§ 3. Abs. 4 Satz 4, 4 Abs. 1 Satz 3., 5 Abs. 3. Satz 3. AÜG berufen. Zwar ist danach in solchen Fällen der Arbeitnehmerüberlassung, in denen eine Rücknahme oder ein Widerruf der Erlaubnis stattfindet, noch für einen Übergangszeitraum von 12 Monaten bei Arbeitsverhältnissen, die zum Zeitpunkt des Widerrufs oder der Rücknahme der Erlaubnis bestanden und sich in der Abwicklung befunden haben, die Erlaubnis als fortbestehend zu unterstellen. Gleiches gilt für den Fall der Ablehnung der Verlängerung einer bereits befristet erteilten Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis.

45

Obwohl das Gericht selbst in dem Hinweis- und Auflagenbeschluss vom 12.03.2012 auf eine möglicherweise vergleichbare Interessenlage hingewiesen hat, überzeugt die Kammer eine entsprechende Anwendung der genannten Vorschriften des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes letztlich nicht. Denn der vorliegende Fall liegt in mehrfacher Hinsicht grundlegend anders als der in den §§ 3. Abs. 4 Satz 4, 4 Abs. 1 Satz 3., 5 Abs. 3. Satz 3. AÜG geregelte Lebenssachverhalt. In den gesetzlich geregelten Fällen liegt bereits eine beantragte und erteilte Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis vor, die dann entweder aufgrund eines Widerrufs oder der Rücknahme wegfällt oder deren Verlängerung beantragt, aber nicht bewilligt worden ist. Der vorliegende Fall unterscheidet sich davon grundlegend dadurch, dass die Beklagte zu 1. trotz ab 01.12.2011 erlaubnispflichtiger Arbeitnehmerüberlassung von vornherein gar keine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis beantragt hat. Eine besondere Schutzwürdigkeit, die für eine Gewährung von Vertrauensschutz oder einer weiteren Übergangszeit sprechen würde, ist nicht erkennbar. Denn das Erste Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes vom 28.04.2011 hat selbst bereits eine Übergangsfrist faktisch dadurch geregelt, dass es trotz Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt am 29.04.2011 die vorliegend streitgegenständlichen Normen erst zum 01.12.2011 in Kraft gesetzt hat. Damit bestand für alle betroffenen Unternehmen, die nach alter Rechtslage erlaubnisfrei waren und nach neuer erlaubnispflichtig würden, hinreichend Zeit, bis zum 01.12.2011 eine Erlaubnis nach § 1 AÜG zu beantragen. Der Gesetzgeber hat damit sogar eine deutlich längere Übergangsfrist eingeräumt, als dies selbst bei dem erstmaligen Inkrafttreten des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes der Fall gewesen ist. Denn nach Artikel 6 § 3 AÜG galt seinerzeit im Jahr 1972 eine Übergangsfrist von zwei Monaten nach Inkrafttreten des Gesetzes für die Beantragung einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis. Soweit Verleiher innerhalb dieser Frist die Erlaubnis beantragt hatten, galt diese nach der zitierten gesetzlichen Regelung grundsätzlich als erteilt und eine Versagung der Erlaubnis als

46

Widerruf, so dass §§ 5 Abs. 3. Satz 3., 3. Abs. 4 Satz 4 AÜG in Kraft treten konnten (vgl. zu den zitierten Vorschriften Ulber, AÜG, 4. Auflage, Art. 6, Seite 1020 ff). Wenn überhaupt, wäre also im vorliegenden Fall an eine entsprechende Anwendung des Art. 6 § 3 e. Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes in der Fassung vom 11.08.1972 zu denken gewesen. Eine Schutzwürdigkeit der Beklagten zu 1. wäre dann aber ebenfalls nur denkbar gewesen, wenn sie zumindest innerhalb der dort genannten Frist eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis beantragt hätte, was unstreitig nicht geschehen ist.

Darüber hinaus Vertrauensschutz oder eine Übergangsregelung zu gewähren, entbehrt einer tragfähigen Rechtsgrundlage. Es lässt sich nicht mit der Richtlinie 2008/104/EG vom 19.11.2008 vereinbaren, die gemäß Artikel 11 bis zum 05.12.2011 in nationales Recht umzusetzen war, die Umsetzung mittels einer gesetzlich nicht geregelten, durch Rechtsfortbildung entwickelten Übergangs- oder Vertrauensschutzregelung teilweise auszusetzen. Eine solche Rechtsfortbildung scheidet aus; sie wäre europarechtswidrig und würde sich zudem gegen den Willen des deutschen Gesetzgebers richten, der die Richtlinie ja gerade durch die Gesetzesänderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes fristgerecht in deutsches Recht umsetzen wollte. 47

6. Aufgrund der ab 01.12.2011 erlaubnispflichtigen, aber unstreitig ohne Erlaubnis fortgeführten Überlassung des Klägers durch die Beklagte zu 1. im Rahmen des Personalgestellungsvertrages an den Beklagten zu 2. lag ab diesem Zeitpunkt eine unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung vor, die grundsätzlich die Rechtsfolgen des § 9 Nr. 1, § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG auslöst. Nach § 9 Nr. 1 AÜG sind Verträge zwischen Verleihern und Entleihern sowie zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern unwirksam, wenn - wie hier - die erforderliche Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis fehlt. Nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG gilt sodann ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher als zustande gekommen. Diese Rechtsfolgen treten mit Wirkung ex nunc zu dem Zeitpunkt ein, in dem ein Arbeitnehmer ohne die erforderliche Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis von seinem Verleih-Arbeitgeber bei dem Entleiher eingesetzt und tatsächlich dort auf der Grundlage des Überlassungsvertrages tätig wird (ErfK/Wank, 12. Auflage, § 10 Rn. 3). Dabei kommt dem Kläger weder ein Wahlrecht noch ein Widerspruchsrecht im Hinblick auf den Eintritt der gesetzlichen Rechtsfolgen aus § 9 Ziffer 1 und § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG zu (BAG vom 19.03.2003 - 7 AZR 267/02, AP Nr. 4 zu § 13 AÜG; ErfK/Wank, 12. Auflage, § 10 AÜG Rn. 3., 8; Schüren/Hamann, AÜG, 4. Auflage, § 10 Rn. 40 f.; a.A. Ulber, AÜG, 4. Auflage, § 10 Rn. 5). 48

7. An der gesetzlichen Rechtsfolge der Unwirksamkeit des Vertrages zwischen Kläger und der Beklagten zu 1. und dem gesetzlich angeordneten Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses mit dem Beklagten zu 2. ändert sich auch nichts dadurch, dass es sich bei der Beklagten zu 1. um ein sog. "Mischunternehmen" handelt. Denn die Beklagte zu 1. betreibt nicht ausschließlich Personalgestellung, sondern beschäftigt sich vorrangig mit der Betreuung und ggf. Vermittlung von Langzeitarbeitslosen als eigene Dienstleistung. Soweit Ulber (AÜG, 4. Auflage, § 9 Rn. 29) bei sog. Mischunternehmen und einer arbeitsvertraglich vorgesehenen dauerhaften Verpflichtung des Arbeitnehmers, auch als Leiharbeiter bei beliebigen Dritten zu arbeiten, ein Wahlrecht des Mitarbeiters befürwortet, sich für die Rechtsfolgen des § 9 Nr. 1, § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG zu entscheiden oder aber das Arbeitsverhältnis bei dem Verleiher ohne Verpflichtung zur Arbeitnehmerüberlassung fortzusetzen, folgt die Kammer dem nicht. Denn Sinn und Zweck des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ist es, dem Arbeitnehmer zu seinem Schutz einen Ersatz dafür zu schaffen, dass sein Arbeitsvertrag mit dem Verleiher wegen fehlender behördlicher Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung gemäß § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam ist. 49

Hierbei knüpft das Gesetz die Unwirksamkeitsfolge allein an das Fehlen der behördlichen Erlaubnis ohne Rücksicht darauf, ob der Verleiher zuverlässig ist, Kenntnis von der Erlaubnispflicht hatte oder seinen Arbeitgeberpflichten stets korrekt nachgekommen ist. Dementsprechend ist es auch unerheblich, ob der Arbeitnehmer in einem sog. Mischunternehmen arbeitet, bei dem das Unternehmen sowohl im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung als auch außerhalb dieses Bereichs tätig ist (vgl. LAG Düsseldorf vom 25.08.2008 - 17 Sa 153/08, EzAÜG § 3. AÜG Erlöschensgründe Nr. 3; ErfK/Wank, 12. Auflage, § 10 AÜG Rn. 6; vgl. auch BAG vom 10.02.1977 - 3. ABR 80/76, AP Nr. 9 zu § 103 BetrVG 1972).

Soweit teilweise angenommen wird, bei Arbeitnehmern, die in sog. Mischunternehmen im Rahmen einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung eingesetzt werden, bestehe lediglich eine Teilnichtigkeit des Arbeitsvertrages nach § 139 BGB im Hinblick auf die Verpflichtung zu dem unerlaubten Einsatz im Wege der Arbeitnehmerüberlassung, während der Arbeitsvertrag zum Verleiher im Übrigen wirksam bleibe (Schüren/Hamann, AÜG, 4. Auflage, § 10 Rn. 170 ff; ebenso Gerdorf, öAT 2011, 150, 152), kann dahingestellt bleiben, ob dies jedenfalls für solche Arbeitsverträge zutrifft, in denen der Arbeitnehmer sowohl für Tätigkeiten des Mischunternehmens außerhalb der Arbeitnehmerüberlassung als auch für die (unerlaubte) Arbeitnehmerüberlassung eingestellt worden ist. Das ist hier aber gerade nicht der Fall. Denn nach dem Arbeitsvertrag wird der Kläger ausschließlich als Fachassistent im Außendienst im Bereich SGB II eingesetzt und zwar im Wege der Personalgestellung für und bei der ARGE L. W. bzw. dem Jobcenter. Eine andere Tätigkeit im Unternehmen der Beklagten zu 1. ist vertraglich überhaupt nicht vorgesehen und im gesamten Verlauf des Arbeitsverhältnisses erkennbar auch nicht praktiziert worden. Die Beklagte zu 1. ist zwar als sog. Mischunternehmen zu qualifizieren, der Kläger wurde jedoch nicht in einem "gemischten Arbeitsverhältnis" (Begriff nach Thüsing/Mengel, AÜG, 3. Auflage, § 9 Rn. 19) beschäftigt, sondern ausschließlich im Wege der Personalgestellung und damit der ab 01.12.2011 unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung.

51

In diesem Fall kommt es nicht in Betracht, in direkter oder entsprechender Anwendung des § 139 BGB lediglich eine Teilnichtigkeit des Arbeitsvertrages anzunehmen, denn hier ist nach der gesamten vertraglichen Konzeption und dem erkennbaren Willen der Vertragsparteien gerade nicht anzunehmen, dass das Rechtsgeschäft, also der Abschluss des Arbeitsvertrages auch bei Kenntnis der Unwirksamkeit der Arbeitnehmerüberlassung abgeschlossen worden wäre. Die Beklagte zu 1. hat von vornherein für ihre nicht im Bereich der Personalgestellung liegende Tätigkeit gar keine Verwendung für den Kläger gehabt. Sonst hätte es der hier streitgegenständlichen Befristungsabrede auch zu keiner Zeit bedurft. Dementsprechend kann die Annahme einer Teilnichtigkeit allenfalls in solchen Arbeitsverhältnissen bei sog. Mischunternehmen in Betracht kommen, die sowohl vertraglich als auch in der tatsächlichen Umsetzung eine Tätigkeit des Arbeitnehmers in und außerhalb der Arbeitnehmerüberlassung vorsehen (so wohl auch Thüsing/Mengel, AÜG, 3. Auflage, § 9 Rn. 19).

52

8. Da die Rechtsfolgen der §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG unabhängig vom subjektiven Kenntnisstand der Vertragsparteien bei objektiv fehlender, aber notwendiger Erlaubnis eintreten (Thüsing/Mengel, AÜG, 3. Auflage, § 9 Rn. 9 m.w.N.), und im Übrigen die weitere Voraussetzung der tatsächlichen Durchführung der ab 01.12.2011 unerlaubten Personalgestellung im Falle des Klägers mit Wirkung ab dem selben Tage und dann im Verlauf des gesamten Monats Dezember 2011 tatsächlich gegeben war, bestand ab 01.12.2011 zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 1. nach § 9 Nr. 1 AÜG kein Arbeitsverhältnis mehr, während ein solches mit Wirkung vom gleichen Tage zwischen dem

53

Kläger und dem Beklagten zu 2. gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG zustande gekommen ist.

Folge dessen ist, dass die Klage mit dem Klageantrag Ziffer 1. gegen die Beklagte zu 1. abzuweisen ist, da zum Zeitpunkt des streitigen Befristungsendes am 31.12.2011 bereits von Rechts wegen kein Arbeitsverhältnis mehr zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 1. bestanden hat. 54

II. 55

Die Klage ist aus den zuvor unter I. dargelegten Gründen zugleich auch mit dem Antrag Ziffer 2. unbegründet, denn mangels fortbestehenden Arbeitsverhältnisses steht dem Kläger gegen die Beklagte zu 1. kein Anspruch auf Weiterbeschäftigung zu. 56

III. 57

Hingegen ist der Klageantrag Ziffer 3. zulässig und begründet. 58

1. Der Antrag ist zunächst zulässig. Es handelt sich um eine allgemeine Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO. Ein Entfristungsantrag nach § 17 Satz 1 TzBfG war gegen den Beklagten zu 2. nicht zu stellen, denn eine vertraglich vereinbarte Befristung, die mit dem entsprechenden Antrag anzugreifen wäre, besteht zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 2. nicht. Dementsprechend ist die allgemeine Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO die zulässige Klageform zur Feststellung eines - wie hier - streitigen Arbeitsverhältnisses nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG (vgl. Schüren/Hamann, AÜG, 4. Auflage, § 10 Rn. 135; Thüsing/Mengel, AÜG, 3.. Auflage, § 10 Rn. 49). Berufte sich - wie hier - der Entleiher auf eine Befristung des gesetzlich fingierten Arbeitsverhältnisses, soll nach wohl herrschender Meinung die Klagefrist des § 17 Satz 1 TzBfG entsprechend anwendbar sein (Schüren/Hamann, AÜG, 4. Auflage, § 10 Rn. 136; Thüsing/Mengel, AÜG, 3.. Auflage, § 10 Rn. 49 m.w.N.). Selbst wenn man dem folgt, hat der Kläger die Klagefrist mit der Klageerweiterung vom 20.01.2012, die am gleichen Tage bei Gericht eingegangen und dem Beklagten zu 2. demnächst i.S.v. § 167 ZPO, nämlich am 25.01.2012 zugestellt worden ist, eingehalten. Denn der frühestmögliche Zeitpunkt einer von dem Beklagten zu 2. geltend zu machenden Befristung wäre der 31.12.2011 gewesen, so dass die Klagefrist nach § 17 Satz 1 TzBfG auch in diesem Falle erst am 21.01.2012 abgelaufen wäre. 59

2. Die Klage ist mit dem Antrag Ziffer 3. auch begründet. Aus den vorstehend unter I. dargelegten Gründen ist zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 2. mit Wirkung ab 01.12.2011 ein Arbeitsverhältnis gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG zustande gekommen. Dieses Arbeitsverhältnis besteht auch als unbefristetes Arbeitsverhältnis sowohl über den 31.12.2011 als auch über den 30.06.2012 als einzige in Betracht kommende Befristungszeitpunkte hinaus fort. 60

Zwar gilt das gesetzlich fingierte Arbeitsverhältnis nach § 10 Abs. 1 Satz 3. AÜG als befristet, wenn die Tätigkeit des Leiharbeitnehmers bei dem Entleiher nur befristet vorgesehen war und ein die Befristung des Arbeitsverhältnisses sachlich rechtfertigender Grund vorliegt. Eine solche Befristung hätte allerdings bereits nichts mit dem Arbeitsvertrag des Klägers mit der Beklagten zu 1. und dem dort am 27.08.2010 geregelten Befristungsgrund zu tun. Entscheidend wäre vielmehr, ob die Tätigkeit des Klägers bei dem Beklagten zu 2. im Zeitpunkt des Zustandekommens des Arbeitsverhältnisses am 01.12.2011 nur befristet vorgesehen war und bezogen auf diesen Zeitpunkt ein die Befristung des Arbeitsverhältnisses sachlich rechtfertigender Grund vorgelegen hat. Denn hinsichtlich der gesetzlich fingierten Befristung kommt es entscheidend darauf an, ob die Tätigkeit bei dem 61

Entleiher und nicht bei dem Verleiher befristet vorgesehen war und bezogen hierauf ein sachlicher Grund für die Befristung vorgelegen hat (ErfK/Wank, 12. Auflage, § 10 AÜG Rn. 16; vgl. auch ArbG Bremen-Bremerhaven vom 19.04.2007 - 9 Ca 9381/06, Juris).

Ein sachlicher Grund für eine Befristung des am 01.12.2011 zustande gekommenen Arbeitsverhältnisses zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 2. liegt hier nicht vor. Hinsichtlich der Anforderungen an den Sachgrund ist auch im Rahmen des § 10 Abs. 1 Satz 3. AÜG auf die Voraussetzungen des § 14 Abs. 1 TzBfG zurückzugreifen (ArbG Bremen-Bremerhaven vom 19.04.2007 - 9 Ca 9381/06, Juris; Schüren/Hamann, AÜG, 4. Auflage, § 10 Rn. 59 ff). Eine sachgrundlose Befristung nach § 14 Abs. 3. TzBfG scheidet gemäß § 10 Abs. 1 Satz 3. AÜG von vornherein aus (Schüren/Hamann, 4. Auflage, § 10 AÜG Rn. 66).

62

Da es im Hinblick auf die Überprüfung der Wirksamkeit des Befristungsgrundes allein auf das Verhältnis Entleiher-Arbeitnehmer ankommt (Schüren/Hamann, AÜG, 4. Auflage, § 10 Rn. 59; ebenso ArbG Bremen-Bremerhaven vom 19.04.2007 - 9 Ca 9381/06, Juris), ist der entscheidende Stichtag, auf den bezogen das Vorliegen eines sachlichen Grundes zur Befristung des Arbeitsverhältnisses zu prüfen ist, der Tag seines Zustandekommens, hier also der 01.12.2011.

63

Zu diesem Zeitpunkt scheidet eine sachlich begründete Befristung des Arbeitsverhältnisses zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 2. zum 31.12.2011 von vornherein aus. Denn bereits seit 23./28.12.2010 war der Personalgestellungsvertrag, in den der Beklagte zu 2. im Wege des dreiseitigen Vertrages eingetreten ist, über den 31.12.2011 bis 30.06.2012 verlängert worden. Damit war zum Zeitpunkt 01.12.2011 klar, dass der Bedarf für eine weitere Tätigkeit des Klägers in seiner bisherigen Tätigkeit beim Jobcenter nicht nur vorübergehend bis 31.12.2011, sondern zumindest bis 30.06.2012 bestehen würde.

64

Auch eine Befristung zum 30.06.2012 scheidet hier jedoch aus. Denn soweit sich der Beklagte zu 2. darauf beruft, dass er ab 01.07.2012 allein noch mit eigenem, qualifizierterem Personal die Tätigkeit beim Jobcenter fortführen will, genügt dies den Anforderungen an einen sachlichen Grund zur Befristung eines Arbeitsverhältnisses nicht. Einzig in Betracht kommt der Sachgrund des vorübergehenden Bedarfs an der Arbeitsleistung. Dieser ist jedoch nicht davon abhängig, dass der Arbeitgeber zwischenzeitlich das Anforderungsprofil ändert, wenn die Tätigkeit als solche unverändert fortbesteht und der betriebliche Bedarf an dieser Tätigkeit nicht nur vorübergehend, sondern dauerhaft besteht. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, der die Kammer folgt, besteht der betriebliche Bedarf an der Arbeitsleistung so lange, wie der Arbeitgeber die von dem befristet eingestellten Arbeitnehmer ausgeübten Tätigkeiten innerhalb seiner betrieblichen Organisation erledigt, und zwar unabhängig davon, ob dies mit eigenen Arbeitnehmern geschieht oder mit fremden, also bspw. Leiharbeitnehmern (BAG vom 17.01.2007 - 7 AZR 20/06, AP Nr. 30 zu § 14 TzBfG). Nichts anderes hat für den Fall zu gelten, dass der Arbeitgeber bei unverändertem betrieblichen Bedarf eine bestimmte Tätigkeit nur deshalb einem Arbeitnehmer entziehen will, weil er das Anforderungsprofil ändert und der Ansicht ist, dass der Arbeitnehmer dem Anforderungsprofil nicht mehr entspricht. Denn der Bedarf an der Tätigkeit, der allein Maßstab für die Überprüfung des sachlichen Grundes für die Befristung ist, bleibt unverändert. Der Arbeitgeber trifft lediglich die Entscheidung, dass er diesen Bedarf mit anders qualifizierten Mitarbeitern decken will. Das kann ggf. die Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen, soweit die weiteren Voraussetzungen für die soziale Rechtfertigung nach § 1 Abs. 3. KSchG gegeben sind. Von einem lediglich vorübergehenden Bedarf an der Tätigkeit und damit einem entsprechenden Befristungsgrund kann jedoch keine Rede sein.

65

Der Beklagte zu 2. führt die von dem Kläger erbrachte Tätigkeit als Fachassistent im Außendienst im Bereich SGB II unverändert fort. An dieser Tätigkeit besteht auch unstreitig ein nicht nur vorübergehender Bedarf. Damit ist gerade bei dem Beklagten zu 2. als Träger des Jobcenters kein Befristungsgrund für die Tätigkeit des Klägers gegeben.	66
Da andere Befristungszeitpunkte und/oder Befristungsgründe von dem Beklagten zu 2. nicht geltend gemacht worden sind, ist dem Klageantrag zu Ziffer 3. zu entsprechen und festzustellen, dass zwischen den Parteien seit 01.12.2011 ein unbefristetes Arbeitsverhältnis besteht.	67
IV.	68
Der Klageantrag Ziffer 4. ist begründet. Der Kläger hat gegen den Beklagten zu 2. einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung als Fachassistent im Außendienst im Bereich SGB II zu im Übrigen unveränderten Arbeitsbedingungen.	69
Der Beschäftigungsanspruch ergibt sich aus dem verfassungsrechtlich geschützten Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers (Art. 1, 3. GG), das ihm im bestehenden Arbeitsverhältnis auch eine vertragsgemäße Betätigung sichert. Für den Fall des gekündigten Arbeitsverhältnisses überwiegt dieses Beschäftigungsinteresse jedenfalls dann das entgegenstehende Interesse des Arbeitgebers, wenn gleichzeitig ein die Unwirksamkeit der Kündigung feststellendes erstinstanzliches Urteil ergeht (BAG, Großer Senat, vom 27.02.1985 - GS 1/84, AP Nr. 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht). Der vorliegende Sachverhalt ist hinsichtlich der Interessenlage der Parteien vergleichbar, so dass die Grundsätze der Rechtsprechung des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts auf den Fall der erstinstanzlichen Feststellung des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG übertragen werden können (ebenso ArbG Bremen-Bremerhaven vom 19.04.2007 - 9 Ca 9381/06, Juris). Da der Beklagte zu 2. auch keine besonderen Arbeitgeberinteressen an der Nichtbeschäftigung des Klägers vorgetragen hat, vielmehr im Gegenteil aufgrund des noch bis 30.06.2012 laufenden Personalgestellungsvertrages sogar unstreitig bei dem Beklagten zu 2. aktuell Beschäftigungsbedarf für den Kläger besteht und auch darüber hinaus die von ihm bislang ausgeübte Tätigkeit unverändert unproblematisch fortgesetzt werden kann, ist der Beklagte zu 2. antragsgemäß zur Weiterbeschäftigung zu verurteilen.	70
V.	71
Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 46 Abs. 3. ArbGG, 92 Abs. 1, 100 Abs. 3. ZPO und entspricht dem Anteil von Obsiegen und Unterliegen der Parteien.	72
Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 61 Abs. 1, 46 Abs. 3. ArbGG, 3 ff ZPO, 42 Abs. 3 GKG (je Feststellungsantrag 3 Gehälter; je Weiterbeschäftigungsantrag 3. Gehälter).	73
RECHTSMITTELBELEHRUNG	74
Gegen dieses Urteil kann von dem Kläger und dem Beklagten zu 2. Berufung eingelegt werden. Für die Beklagte zu 1. ist gegen das Urteil kein Rechtsmittel gegeben.	75
Die Berufung muss innerhalb einer Notfrist* von einem Monat schriftlich beim	76
Landesarbeitsgericht Düsseldorf	77
Ludwig-Erhard-Allee 21	78

40227 Düsseldorf	79
Fax: 0211-7770 2199	80
eingegangen sein.	81
Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach dessen Verkündung.	82
Die Berufungsschrift muss von einem Bevollmächtigten unterzeichnet sein. Als Bevollmächtigte sind nur zugelassen:	83
1.Rechtsanwälte,	84
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,	85
3.juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nr. 3. 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.	86
Eine Partei, die als Bevollmächtigte zugelassen ist, kann sich selbst vertreten.	87
* Eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.	88
gez. (Klein)	89