

Bundesarbeitsgericht
Neunter Senat

Urteil vom 5. März 2024
- 9 AZR 204/23 -
ECLI:DE:BAG:2024:050324.U.9AZR204.23.0

I. Arbeitsgericht Herne

Urteil vom 10. September 2021
- 2 Ca 209/21 -

II. Landesarbeitsgericht Hamm

Urteil vom 14. Juni 2023
- 3 Sa 1242/21 -

Entscheidungsstichworte:

Arbeitnehmerüberlassung - Offenlegung und Konkretisierung

Leitsatz:

Die Erfüllung der Offenlegungspflicht nach § 1 Abs. 1 Satz 5 AÜG und der Konkretisierungspflicht nach § 1 Abs. 1 Satz 6 AÜG setzt das Bestehen eines formwirksamen Arbeitnehmerüberlassungsvertrags im Zeitpunkt des Überlassungsbeginns voraus.

BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 204/23
3 Sa 1242/21
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
5. März 2024

URTEIL

Kleinert, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 5. März 2024 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Kiel, den Richter am Bundesarbeitsgericht Zimmermann und die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Darsow-Faller sowie die ehrenamtlichen Richter Gell und Dr. Thau für Recht erkannt:

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 14. Juni 2023 - 3 Sa 1242/21 - wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob zwischen ihnen kraft Gesetzes ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen und die Beklagte verpflichtet ist, den Kläger zu beschäftigen. 1

Die A GmbH stellte den Kläger am 4. Juni 2012 als Arbeitnehmer ein. Seitdem war er zunächst bei der E GmbH, der Rechtsvorgängerin der Beklagten, und anschließend bei der Beklagten als Lagerist tätig. Er wurde dort im Wareneingang und -ausgang, in der Kommissionierung und in der Inventur beschäftigt. 2

Bis zum 15. Februar 2018 erfolgte der Einsatz auf Grundlage eines nominellen Werkvertrags, wobei zwischen den Parteien streitig ist, ob es sich dabei tatsächlich um verdeckte Arbeitnehmerüberlassung handelte. Ab dem 16. Februar 2018 wurde der Kläger aufgrund eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags beschäftigt, der von der A GmbH am 5. Februar 2018 und von E GmbH am 28. Februar 2018 unterzeichnet wurde. Der Vertrag enthält eine von den Vertragsparteien zeitgleich unterzeichnete Anlage mit Angaben zum Einsatz des Klägers vom 16. Februar 2018 bis zum 31. Dezember 2018. Über den geplanten Einsatz des Klägers in diesem Zeitraum informierte die Beklagte den bei ihr gebildeten Betriebsrat mit Schreiben vom 5. Februar 2018. Der Betriebsrat stimmte am 8. Februar 2018 zu. 3

Zum 1. Januar 2019 ging der Betrieb der A GmbH auf die W GmbH über. Die Beklagte beschäftigte in ihrem Betrieb permanent Arbeitnehmer der A GmbH bzw. der W GmbH. 4

Der Kläger hat zuletzt ua. die Auffassung vertreten, zwischen den Parteien sei mit Wirkung zum 16. Februar 2018 ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen, weil die gesetzlichen Offenlegungs- und Konkretisierungspflichten vor der Überlassung von Arbeitnehmern nicht eingehalten worden seien. Die Offenlegungspflicht könne nur durch einen im Zeitpunkt des Einsatzes formwirksam geschlossenen Überlassungsvertrag erfüllt werden. Daran fehle es. Der Vertrag mit der E GmbH sei erst zustande gekommen, nachdem er seine Tätigkeit bei der Beklagten bereits aufgenommen gehabt hätte. 5

Der Kläger hat - soweit für die Revision relevant - beantragt, 6

1. festzustellen, dass zwischen ihm und der Beklagten ein Arbeitsverhältnis besteht;
2. für den Fall des Obsiegens mit dem Antrag zu 1. die Beklagte zu verurteilen, ihn als Lagerist/Magaziner zu beschäftigen;
3. hilfsweise festzustellen, dass zwischen den Parteien seit dem 16. Februar 2018 ein Arbeitsverhältnis besteht.

Die Beklagte hat zur Begründung ihres Klageabweisungsantrags den Standpunkt eingenommen, die gesetzlichen Offenlegungs- und Konkretisierungspflichten gewahrt zu haben. Für deren Erfüllung komme es nicht darauf an, ob bereits bei Beginn der Arbeitnehmerüberlassung ein formwirksamer Arbeitnehmerüberlassungsvertrag vorliege. Im Fall des Klägers sei die Überlassung offen erfolgt. Nachdem die Beklagte sich entschieden habe, den Kläger einzusetzen, sei der Betriebsrat beteiligt worden. Die A GmbH habe den Kläger als Leiharbeiter durch die Unterzeichnung der Anlage zum Arbeitnehmerüberlassungsvertrag konkretisiert. 7

Das Arbeitsgericht hat der Klage, soweit sie erstinstanzlich schon anhängig gewesen ist (Anträge zu 1. und 2.), stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht 8

hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Den erst in der Berufungsinstanz gestellten Antrag zu 3. hat es als hilfsweise Anschlussberufung betrachtet, die nicht zur Entscheidung angefallen sei. Mit der Revision begehrt die Beklagte weiterhin die Klageabweisung.

Entscheidungsgründe

- Die Revision der Beklagten hat keinen Erfolg. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten gegen das klagestattgebende Urteil des Arbeitsgerichts zu Recht zurückgewiesen. Die Klage ist begründet. Zwischen dem Kläger und der Beklagten ist ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen. Damit hat der Kläger auch einen Anspruch auf antragsgemäße Beschäftigung. 9
- I. Die Klage ist zulässig. 10
1. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht angenommen, dass Streitgegenstand des Klageantrags zu 1. die gegenwartsbezogene Feststellung ist, ob zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis bestand (*vgl. zum gegenwartsbezogenen Feststellungsbegehren BAG 1. Dezember 2020 - 9 AZR 102/20 - Rn. 17, BAGE 173, 111*). Der Gegenwartsbezug des Hauptantrags ergibt sich aus der offenen Antragsformulierung ohne Nennung eines Datums, zu dem das Arbeitsverhältnis begonnen haben soll, und der Klagebegründung. Bei dem Feststellungsbegehren handelt es sich um einen einheitlichen Streitgegenstand, auch wenn der Kläger unterschiedliche Sachverhalte zur Begründung anführt. Die Tatbestände des § 9 Abs. 1 Nr. 1, 1a und 1b AÜG werden durch die gemeinsame Rechtsfolge des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG zu einem einheitlichen Streitgegenstand verklammert. 11
2. Das Landesarbeitsgericht ist auch zutreffend davon ausgegangen, dass der Antrag zu 1. hinreichend bestimmt ist. Dem steht nicht entgegen, dass darin die Tätigkeit des Klägers nicht konkretisiert ist. Der erstrebte Tätigkeitsinhalt ergibt sich aus dem Beschäftigungsantrag zu 2. sowie aus der Klagebegründung, 12

die zur Ermittlung des Inhalts auslegungsbedürftiger Klageanträge herangezogen werden kann (*BAG 26. April 2022 - 9 AZR 228/21 - Rn. 15, BAGE 177, 298*). Unschädlich ist, dass der Antrag kein Datum für den Beginn des Arbeitsverhältnisses enthält. Denn für die begehrte gegenwartsbezogene Feststellung ist es unerheblich, wann in der Vergangenheit das Arbeitsverhältnis begründet worden ist (*vgl. BAG 24. Mai 2022 - 9 AZR 337/21 - Rn. 25, BAGE 178, 75*).

3. Ebenfalls zu Recht hat das Landesarbeitsgericht den Antrag zu 2., der auf die Beschäftigung als Lagerist/Magaziner gerichtet ist, als hinreichend bestimmt erachtet. Es hat klargestellt, dass der Kläger damit seine Beschäftigung im Wareneingang und -ausgang, in der Kommissionierung und in der Inventur verfolgt, wie er sie in der Vergangenheit bei der Beklagten ausgeübt hat. 13

II. Die Klage ist begründet. 14

1. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend erkannt, dass zwischen den Parteien wegen Verstoßes gegen die Offenlegungs- und Konkretisierungspflichten des § 1 Abs. 1 Satz 5 und 6 AÜG nach § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG iVm. § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis besteht. 15

a) Zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer kommt nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis zustande, wenn der Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer aus einem der in § 9 Abs. 1 AÜG aufgeführten Gründe unwirksam ist und der Arbeitnehmer keine Festhaltungserklärung abgibt. Der Unwirksamkeitsgrund des § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG ist erfüllt, wenn die Arbeitnehmerüberlassung entgegen § 1 Abs. 1 Satz 5 und 6 AÜG nicht ausdrücklich als solche bezeichnet und die Person des Leiharbeitnehmers nicht konkretisiert worden ist. Die Erfüllung der Offenlegungs- und Konkretisierungspflichten setzt einen formwirksamen Überlassungsvertrag im Zeitpunkt des Überlassungsbeginns voraus. Davon ist das Landesarbeitsgericht zutreffend ausgegangen. Ob die Unwirksamkeitsfolge des § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG - so wie das Landesarbeitsgericht angenommen hat - nur bei einem kumulativen Verstoß gegen die Offenlegungs- und Konkretisierungspflichten eintritt oder dafür bereits der Verstoß gegen eine der beiden Pflichten genügt, bedarf keiner Entscheidung. Das Landes- 16

arbeitsgericht hat das Vorliegen eines kumulativen Verstoßes im Streitfall zu Recht bejaht, weshalb es auf die Frage nicht ankommt.

aa) Der Wortlaut von § 1 Abs. 1 Satz 5 und 6 AÜG spricht für das Erfordernis eines formwirksamen Überlassungsvertrags im Zeitpunkt des Überlassungsbeginns. 17

(1) Verleiher und Entleiher obliegt es gemäß § 1 Abs. 1 Satz 5 AÜG, die Arbeitnehmerüberlassung *in ihrem Vertrag* ausdrücklich als solche zu bezeichnen, bevor sie den Leiharbeitnehmer überlassen oder tätig werden lassen. Nach § 1 Abs. 1 Satz 6 AÜG haben sie die Person des Leiharbeitnehmers *unter Bezugnahme auf diesen Vertrag* zu konkretisieren. Beide Vorschriften setzen das Vorliegen eines - wirksamen - Überlassungsvertrags bei Beginn der Arbeitnehmerüberlassung voraus. Zu seiner Wirksamkeit muss der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag das Schriftformerfordernis des § 12 Abs. 1 Satz 1 AÜG erfüllen. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber bei der Erfüllung der Offenlegungs- und Konkretisierungspflichten auf einen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag abstellt, der nicht die vom Arbeitnehmerüberlassungsgesetz geforderten Wirksamkeitsvoraussetzungen erfüllt. Andernfalls würden in demselben Gesetz an einen Vertragstyp unterschiedliche Anforderungen gestellt. 18

(2) Vor Vertragsunterzeichnung ist der noch nicht der Schriftform entsprechende Arbeitnehmerüberlassungsvertrag nach § 125 Satz 1 BGB nichtig. Ein solcher formnichtiger Arbeitnehmerüberlassungsvertrag wird nicht dadurch nachträglich wirksam, dass Entleiher und Verleiher nach der Arbeitsaufnahme durch den Arbeitnehmer die Schriftform erfüllen (*vgl. zur Befristungsabrede BAG 25. Oktober 2017 - 7 AZR 632/15 - Rn. 64; 15. Februar 2017 - 7 AZR 223/15 - Rn. 38*), und kann deshalb als solcher nicht schon die Grundlage für die Erfüllung der Offenlegungspflicht bilden (*im Ergebnis ebenso Schüren/Hamann/Hamann AÜG 6. Aufl. 2022 § 1 Rn. 394; BeckOK ArbR/Motz 71. Ed. 1.3.2024 AÜG § 12 Rn. 8; Scharff BB 2018, 1140, 1144; aA Traut/Pötters DB 2017, 846, 847; BeckOK ArbR/Kock 71. Ed. 1.3.2024 AÜG § 1 Rn. 147; vgl. auch Bissels DB 2017, 246, 247, der zwar ein Schriftformerfordernis für die Offenlegung annimmt, aber an der Rechtsfolge einer Fiktion des Arbeitsverhältnisses zweifelt*). 19

Auch die Konkretisierung der Person des Leiharbeitnehmers, die zwar - anders als die Offenlegung - nicht zwingend im Arbeitnehmerüberlassungsvertrag selbst, aber „unter Bezugnahme auf diesen Vertrag“ zu erfolgen hat, knüpft an das Vorliegen eines Vertrags an und setzt damit einen formwirksamen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag bei Überlassungsbeginn voraus (vgl. *BeckOK ArbR/Motz 71. Ed. 1.3.2024 AÜG § 12 Rn. 10*).

bb) Die Bedeutung, die der Gesetzgeber den Offenlegungs- und Konkretisierungspflichten beigemessen hat, unterstreicht dieses am Wortlaut der Vorschriften ausgerichtete Normverständnis. Sie spricht dafür, dass diese Pflichten erst erfüllt werden können, wenn ein formwirksamer Vertrag vorliegt. Die Verortung im Gesetz und die einschneidende Rechtsfolge der Unwirksamkeit des Arbeitnehmerüberlassungsvertrags zeigen die Bedeutung, die von den in § 1 Abs. 1 Satz 5 und 6 AÜG geregelten Offenlegungs- und Konkretisierungspflichten ausgeht. Die Pflichten wurden der Bestimmung des § 1 Abs. 1 AÜG über die zentralen Grundlagen der Arbeitnehmerüberlassung nachträglich hinzugefügt (*durch das Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze vom 21. Februar 2017 BGBl. 2017 I S. 258*). Zeitgleich wurde § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG in das Gesetz eingefügt, der bei einer Verletzung des § 1 Abs. 1 Satz 5 und 6 AÜG explizit die Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer anordnet. 20

cc) Ein anderes Auslegungsergebnis folgt auch nicht daraus, dass die Pflicht zur Offenlegung nicht in § 12 Abs. 1 Satz 3 und 4 AÜG als zwingender Inhalt des schriftlichen Arbeitnehmerüberlassungsvertrags geregelt ist. Zwar wäre es in systematischer Hinsicht auch in Betracht gekommen, die Vorschrift des § 12 Abs. 1 AÜG um die Offenlegungspflicht zu ergänzen, weil dort bereits Vorgaben zum Vertragsinhalt zwischen Verleiher und Entleiher geregelt waren (vgl. *zur Kritik des Regelungsorts: Henssler RdA 2017, 83, 88; Lembke NZA 2017, 1, 8; BeckOK ArbR/Kock 71. Ed. 1.3.2024 AÜG § 1 Rn. 146*). Dann wäre aber die Bedeutung, die der Gesetzgeber der Offenlegungspflicht durch die explizite Anordnung in Satz 5 der zentralen Norm des § 1 Abs. 1 AÜG unmissverständlich beigemessen hat, nicht in gleicher Weise zum Ausdruck gekommen. Sie reicht über 21

die Frage der Wirksamkeit des Arbeitnehmerüberlassungsvertrags hinaus. Gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG ist die Offenlegung auch für die Wirksamkeit des Arbeitsvertrags zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer relevant.

dd) Die Regelungen zu Ordnungswidrigkeiten in § 16 Abs. 1 Nr. 1c und Nr. 1d AÜG bestätigen das Auslegungsergebnis. Sie sehen vor, dass ordnungswidrig handelt, wer entgegen § 1 Abs. 1 Satz 5 bzw. 6 AÜG „nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig“ die Überlassung als solche bezeichnet bzw. die überlassene Person konkretisiert. Diese Formulierung zeigt, dass eine verspätete Offenlegung und Konkretisierung gegen die Vorgaben des § 1 Abs. 1 Satz 5 und 6 AÜG verstößt. § 16 Abs. 1 Nr. 1c und Nr. 1d AÜG stellen mit der Wendung „nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig“ klar, dass fahrlässige oder vorsätzliche Fehler bei der Pflichterfüllung immer eine Ordnungswidrigkeit darstellen und verspätetes Handeln gerade nicht ordnungsgemäß ist. Damit korrespondiert, dass ein formnichtiger Arbeitnehmerüberlassungsvertrag nicht nachträglich wirksam werden kann. Die Bußgeldbewehrung als solche unterstreicht wiederum die Bedeutung, die der Gesetzgeber der Einhaltung der Offenlegungs- und Konkretisierungspflichten beimisst und spricht für ein strenges Normverständnis. 22

ee) Für eine teleologische Reduktion von § 1 Abs. 1 Satz 5 und 6 AÜG dahingehend, dass bereits ein (noch) formunwirksamer Vertrag als Grundlage für die Offenlegung und Konkretisierung genügt, besteht kein Raum. 23

(1) Die teleologische Reduktion einer Vorschrift ist dadurch gekennzeichnet, dass sie die nach ihrem Wortlaut anzuwendende Vorschrift hinsichtlich eines Teils der von ihr erfassten Fälle für unanwendbar hält, weil Sinn und Zweck, Entstehungsgeschichte und Zusammenhang der einschlägigen Regelung gegen eine uneingeschränkte Anwendung sprechen. Ausgehend vom Gesetzeszweck wird der zu weit gefasste Wortlaut auf den Anwendungsbereich reduziert, welcher der ratio legis entspricht. Sie kommt allerdings nur in Betracht, wenn sich eine verdeckte Regelungslücke im Sinn einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes feststellen lässt. Dies setzt voraus, dass sich die betreffende Vorschrift gemessen an ihrer zugrundeliegenden Regelungsabsicht in dem Sinn als unvollständig erweisen würde, dass sie einen erforderlichen Ausnahmetatbestand nicht 24

aufweist und ihre wortgetreue Anwendung demnach zu zweckwidrigen Ergebnissen führen und das gesetzgeberische Ziel deutlich verfehlen würde (vgl. BAG 20. Juli 2023 - 6 AZR 228/22 - Rn. 35; 24. Mai 2023 - 7 ABR 21/21 - Rn. 22 mwN; 29. April 2021 - 8 AZR 276/20 - Rn. 36, BAGE 167, 93). Auch bei einem nach wortlautgetreuer Auslegung drohenden Grundrechtsverstoß kann eine teleologische Reduktion der Norm geboten sein (vgl. BSG 4. November 2021 - B 6 KA 16/20 R - Rn. 26, BSGE 133, 112).

(2) Diese Anforderungen sind nicht erfüllt. Die Regelungen in § 1 Abs. 1 Satz 5 und 6 AÜG sind nicht planwidrig unvollständig. Ihre wortgetreue Auslegung und Anwendung führt nicht zu zweckwidrigen Ergebnissen und verfehlt das gesetzgeberische Ziel nicht deutlich. Anderes ergibt sich auch nicht aus grundrechtlichen Erwägungen. 25

(a) Sinn und Zweck der Offenlegungs- und Konkretisierungspflichten ist es, verdeckte Arbeitnehmerüberlassung zu verhindern. Verleiher und Entleiher können nur dann wirksam Arbeitnehmerüberlassung praktizieren, wenn sie sich dazu offen und transparent bekennen. Führen sie ihre Zusammenarbeit nominell auf der Grundlage eines Werkvertrags oä. durch, obwohl sich die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses als Arbeitnehmerüberlassung erweist, können sie - anders als noch nach der bis zum 31. März 2017 geltenden Rechtslage (vgl. BAG 12. Juli 2016 - 9 AZR 352/15 - Rn. 15 mwN; 12. Juli 2016 - 9 AZR 51/15 - Rn. 25 mwN) - der Begründung eines Arbeitsverhältnisses nicht mehr erfolgreich mit dem Hinweis auf das Vorliegen einer vorsorglich für diesen Fall vorgehaltenen Verleiherlaubnis entgegentreten. Dieser „Fallschirmlösung“ sollte durch die Offenlegungs- und Konkretisierungspflichten begegnet werden, deren Verletzung gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 iVm. § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG unabhängig davon zu einer Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher führt, ob der Verleiher eine Überlassungserlaubnis besitzt. Der vermeintliche Werkunternehmer und dessen Auftraggeber sollen auch bei Vorlage einer Verleiherlaubnis nicht bessergestellt sein als derjenige, der ohne die erforderliche Erlaubnis Arbeitnehmerüberlassung betreibt (BT-Drs. 18/9232 S. 19). 26

(b) Ausgehend von diesem Zweck besteht keine planwidrige Regelungslücke in § 1 Abs. 1 Satz 5 und 6 AÜG, die es erfordert hätte, Fallgestaltungen auszunehmen, in denen eine Offenlegung und Konkretisierung in einem formunwirksamen Vertrag erfolgt. Durch eine Offenlegung und Konkretisierung in einem formunwirksamen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag würde dem Regelungszweck nicht in gleicher Weise wie in einem formwirksamen Vertrag genügt. Wenn bereits vor Überlassungsbeginn ein formwirksamer, dh. schriftlicher Vertrag vorliegen muss, besteht bereits bei Aufnahme der Tätigkeit durch den Leiharbeiter die vom Gesetzgeber intendierte Transparenz. Ein rechtlicher „Schwebezustand“ zwischen Überlassungsbeginn und Vertragsunterzeichnung wird verhindert. Dadurch entfaltet sich von Anfang an sowohl die Warn- als auch die Beweissicherungs- und Dokumentationsfunktion der Schriftform mit der Folge, dass einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung wirksam vorgebeugt wird. 27

(c) Die wortgetreue Auslegung und Anwendung von § 1 Abs. 1 Satz 5 und 6 AÜG entfaltet - gemessen am gesetzgeberischen Ziel - keine überschießende Wirkung. Vielmehr gewährleistet sie, dass dem Zweck der Vermeidung von verdeckter Arbeitnehmerüberlassung in besonders effektiver Weise entsprochen wird. Zwar können sich Verleiher und Entleiher rein tatsächlich auch auf andere Weise als in einem formwirksamen Vertrag vor Beginn der Überlassung zur Arbeitnehmerüberlassung bekennen und den Leiharbeiter konkretisieren. Das verdeutlicht der Streitfall, in dem die Verleiherin den als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag bezeichneten Entwurf vor Überlassungsbeginn unterzeichnete und die Entleiherin den Betriebsrat unter Offenlegung der Arbeitnehmerüberlassung anhörte. Unter solchen Umständen erfolgt die Überlassung nicht verdeckt. Auch wenn dem Gesetzeszweck danach anders als durch formwirksamen Vertrag vor Überlassungsbeginn genügt werden könnte, trägt die im Gesetz vorgesehene strengere Lösung, der zufolge ein wirksamer Arbeitnehmerüberlassungsvertrag vorliegen muss, zu Rechtsklarheit und Rechtssicherheit bei. Denn andernfalls müsste im Wege der Rechtsfortbildung ein Zeitraum bestimmt werden, binnen dessen der Abschluss eines schriftlichen Arbeitnehmerüberlassungsvertrags rückwirkend nachgeholt werden könnte. 28

(d) Eine wortgetreue Anwendung des Gesetzes führt auch nicht zu zweckwidrigen Ergebnissen, weil sie den Schutzzweck des § 12 AÜG in sein Gegenteil verkehrte. Zwar hatte der Gesetzgeber mit dem Schriftformerfordernis primär den Schutz des Entleihers im Blick (*BT-Drs. VI/2303 S. 15*). Mit seinen Interessen stünde es nicht im Einklang. Er wird vielmehr mit der Unwirksamkeit seines Vertrags mit dem Verleiher belastet, wenn bei Überlassungsbeginn (noch) kein formwirksamer Überlassungsvertrag vorliegt. Zu berücksichtigen ist aber, dass der Sinn und Zweck der Schriftform nicht auf den Schutz des Entleihers beschränkt ist, sondern auch in der Erleichterung der Überwachung der Arbeitnehmerüberlassung durch die zuständigen Behörden sowie in einer Beweissicherungs- und Dokumentationsfunktion besteht (*Schüren/Hamann/Brors AÜG 6. Aufl. 2022 § 12 Rn. 3; BeckOK ArbR/Motz 71. Ed. 1.3.2024 AÜG § 12 Rn. 1; Thüsing AÜG/Thüsing 4. Aufl. 2018 AÜG § 12 Rn. 2; ErfK/Roloff 24. Aufl. 2024 AÜG § 12 Rn. 1*). Diesen Zwecken wird die wortgetreue Anwendung von § 1 Abs. 1 Satz 5 und 6 AÜG gerecht. 29

(e) Schließlich ist eine teleologische Reduktion auch nicht aus grundrechtlichen Erwägungen geboten. Bei wortlautgetreuer Anwendung droht kein Verstoß gegen Grundrechte. Die von der Beklagten angeführten Verletzungen der unternehmerischen Freiheit des Entleihers (*Art. 12, 14 und 2 Abs. 1 GG*) und der Berufsfreiheit des Arbeitnehmers (*Art. 12 Abs. 1 GG*) liegen nicht vor. Zwar haben das Fehlen einer Offenlegung in einem formwirksamen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag und die unterbliebene Konkretisierung des Leiharbeitnehmers in Bezug auf einen solchen bei Überlassungsbeginn zur Folge, dass der Arbeitsvertrag von Verleiher und Entleiher unwirksam ist und stattdessen zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis fingiert wird (*§ 9 Abs. 1 Nr. 1a iVm. § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG*). Hierdurch wird in die von Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 16 GRC geschützte unternehmerische Vertragsfreiheit des Entleihers eingegriffen. Das ist aber zum Schutz des Leiharbeitnehmers vor verdeckter Arbeitnehmerüberlassung und im allgemeinen Interesse an einem geordneten Arbeitsmarkt gerechtfertigt (*vgl. BT-Drs. 18/9232 S. 20*). Die Vertragsfreiheit des Arbeitnehmers ist schon deshalb nicht verletzt, weil er es gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG 30

durch die mögliche Festhaltungserklärung selbst in der Hand hat, das Arbeitsverhältnis zum Verleiher fortzusetzen.

b) Danach besteht zwischen den Parteien gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG 31
iVm. § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis. Zu dem für die Erfüllung der
Offenlegungs- und Konkretisierungspflichten nach § 1 Abs. 1 Satz 5 und 6 AÜG
maßgeblichen Zeitpunkt des Überlassungsbeginns, also dem 16. Februar 2018,
bestand noch kein wirksamer Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zwischen der
E GmbH und der A GmbH. Der Vertrag ist erst nach Beginn der Überlassung mit
der Unterschrift für die E GmbH geschlossen worden. Deshalb genügt es für die
Offenlegung nicht, dass der Kläger bereits in der Anlage des noch nicht unter-
schriebenen Vertrags aufgeführt war. Eine Konkretisierung ist nicht dadurch er-
folgt, dass die Beklagte den bei ihr gebildeten Betriebsrat mit Schreiben vom
5. Februar 2018 über den geplanten Einsatz des Klägers informierte. Zu diesem
Zeitpunkt lag noch kein formwirksamer Arbeitnehmerüberlassungsvertrag vor,
auf den iSv. § 1 Abs. 1 Satz 6 AÜG Bezug genommen werden konnte. Der Kläger
hat keine Erklärung gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG abgegeben, an dem unwirk-
samen Arbeitsvertrag mit der A GmbH, der auf die W GmbH übergegangen ist,
festhalten zu wollen.

2. Das Landesarbeitsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass der 32
Kläger in dem mit der Beklagten bestehenden Arbeitsverhältnis einen Anspruch
auf tatsächliche Beschäftigung als Lagerist/Magaziner hat. Sein Beschäftigungs-
interesse überwiegt das Interesse der Beklagten an seiner Nichtbeschäftigung.

a) Der Arbeitnehmer hat im bestehenden Arbeitsverhältnis grundsätzlich 33
einen Anspruch auf vertragsgemäße tatsächliche Beschäftigung. Rechtsgrundlage
des allgemeinen Beschäftigungsanspruchs des Arbeitnehmers sind §§ 611a, 613
BGB iVm. der Generalklausel des § 242 BGB, die durch die Wertentscheidungen
der Art. 1 und Art. 2 GG zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht ausgefüllt wird.
Der Arbeitnehmer soll - als Ausdruck und in Achtung seiner Persönlichkeit und
seines Entfaltungsrechts - tatsächlich arbeiten können. Korrespondierend mit
dem Beschäftigungsanspruch ist der Arbeitgeber zur vertragsgemäßen Beschäf-

tigung verpflichtet, wenn der Arbeitnehmer diese verlangt. Allerdings setzt der Beschäftigungsanspruch neben einer arbeitsvertraglichen Verbindung der Parteien voraus, dass das Interesse des Arbeitnehmers an seiner Beschäftigung das des Arbeitgebers an seiner Nichtbeschäftigung überwiegt (*grundlegend BAG 27. Februar 1985 - GS 1/84 - zu C I 2 der Gründe, BAGE 48, 122; seither st. Rspr., vgl. nur BAG 29. Februar 2024 - 8 AZR 359/22 - Rn. 12 mwN; 15. Juni 2021 - 9 AZR 217/20 - Rn. 43 ff. mwN*).

b) Danach hat das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt, dass die Beklagte verpflichtet ist, den Kläger antragsgemäß zu beschäftigen. Zwischen den Parteien besteht ein Arbeitsverhältnis. Die von der Beklagten erhobenen Einwände begründen keine überwiegenden, entgegenstehenden Interessen. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht angenommen, dass der Kläger, nachdem die Rechtsfolge des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG eingetreten ist, als eigener Arbeitnehmer der Beklagten zu betrachten ist. Daher kann die Beklagte seiner Beschäftigung nicht mit Erfolg entgegenhalten, sie habe beschlossen, die bisher durch Leiharbeitnehmer ausgeübten Tätigkeiten durch eigene Arbeitnehmer erledigen zu lassen. Soweit das Landesarbeitsgericht im Hinblick auf die übrigen Einwände angenommen hat, es handele sich um für den Kläger nicht einlassungsfähigen Vortrag, hat die Beklagte dies nicht mit einer Verfahrensrüge angegriffen. Die Einwände können daher vom Senat nicht berücksichtigt werden. 34

III. Die hilfsweise Anschlussberufung des Klägers ist dem Senat nicht zur Entscheidung angefallen. Bei dem erst in der Berufungsinstanz gestellten Hilfsantrag zu 3. handelt es sich um eine Anschlussberufung. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend erkannt, dass der Antrag inhaltlich über den Hauptantrag zu 1. hinausgeht und eine Klageerweiterung darstellt. Eine Klageerweiterung kann als Anschlussberufung ausgelegt werden, selbst wenn sie nicht als solche bezeichnet ist (*vgl. BAG 15. Juli 2021 - 6 AZR 460/20 - Rn. 24, BAGE 175, 257; 25. März 2021 - 8 AZR 120/20 - Rn. 45*). Der Kläger hat die hilfsweise Anschlussberufung unter die innerprozessuale Bedingung gestellt, dass die Berufung nicht zurückgewiesen wird. Diese Bedingung ist nicht eingetreten. 35

IV. Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen (§ 97 Abs. 1 ZPO). 36

Kiel

Zimmermann

Darsow-Faller

Gell

Thau