

Verfahrensgang

ArbG Bremen-Bremerhaven, Urt. vom 04.12.2017 – 1 Ca 1267/16
LAG Bremen, Urt. vom 30.10.2018 – 1 Sa 157/17, [IPRspr 2018-110](#)
ArbG Bremen-Bremerhaven, Urt. vom 13.01.2020 – 1 Ca 1267/16
LAG Bremen, Urt. vom 08.12.2020 – 1 Sa 30/20, [IPRspr 2020-27](#)
BAG, Urt. vom 26.04.2022 – 9 AZR 139/21, [IPRspr 2022-229](#)

Rechtsgebiete

Arbeitsrecht → Individualarbeitsrecht
Allgemeine Lehren → Eingriffsnormen

Leitsatz

Auch Verleiher mit Sitz im Ausland bedürfen bei Überlassungen ins Inland einer Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF. Dies folgt aus dem Territorialitätsprinzip sowie den Bestimmungen des § 1 Abs. 3 Nr. 3 und § 3 Abs. 4 AÜG aF.

§ 2 Nr. 4 AEntG aF, demzufolge die Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften auf Arbeitsverhältnisse zwischen einem im Ausland ansässigen Arbeitgeber und seinen im Inland beschäftigten Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen zwingend anzuwenden sind, stellt eine spezielle Kollisionsnorm iSv. Art. 23 Rom I-VO dar.

§ 9 Nr. 1 AÜG aF ist keine Eingriffsnorm iSv. Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO. [LS der Redaktion]

Rechtsnormen

AEnt-RL 96/71/EG **Art. 1**; AEnt-RL 96/71/EG **Art. 3**
AEntG **§ 1**; AEntG **§ 2**
ArbGG **§ 65**; ArbGG **§ 73**
AÜG **§ 1**; AÜG **§ 3**; AÜG **§ 9**; AÜG **§ 10**; AÜG **§ 16**
BGB **§ 623**
GG **Art. 12**
GVG **§ 17a**
Rom I-VO 593/2008 **Art. 1**; Rom I-VO 593/2008 **Art. 3**; Rom I-VO 593/2008 **Art. 8**; Rom I-VO 593/2008 **Art. 9**; Rom I-VO 593/2008 **Art. 23**
ZPO **§ 561**; ZPO **§ 563**

Sachverhalt

Die Parteien streiten über die Beendigung ihres Vertragsverhältnisses und in diesem Zusammenhang vorrangig darüber, ob zwischen ihnen aufgrund Vertrags oder gesetzlicher Fiktion nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG idF des Erstes Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes - Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung vom 28.4.2011 ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen ist. Außerdem nimmt die Klägerin die Beklagte auf Erteilung eines Zwischenzeugnisses in Anspruch. Die Beklagte ist eine Tochtergesellschaft der operativ nicht tätigen R Plc. und führt internationale Flüge unter irischer Fluglizenz durch. Beide Gesellschaften haben ihren Sitz in Dublin (Irland). Die Beklagte deckt ihren Personalbedarf im Flugbetrieb nicht nur mit bei ihr angestellten Arbeitnehmern, sondern auch mit Personal, das ihr von externen Dienstleistern zur Verfügung gestellt wird. Dazu schloss sie ua. mit der B Ltd. (B Ltd.), die ihren Sitz in Großbritannien hat, Verträge über Pilotendienstleistungen. Die B Ltd. nahm wiederum auf der Grundlage einer englischen Recht unterliegenden Vereinbarung vom 14.12.2012 mit der in Dublin (Irland) ansässigen W Ltd. Pilotendienstleistungen in Anspruch, um ihre Verpflichtungen gegenüber der Beklagten zu erfüllen. Die Klägerin ist Pilotin und geschäftsführende Gesellschafterin („Director“) der W Ltd., die über mindestens zwei weitere Gesellschafter verfügt. Seit Juli 2014 setzte die Beklagte die Klägerin auf der Grundlage des Vertrags mit der B Ltd. als Pilotin ein und wies ihr als Heimatbasis den Flughafen Bremen zu, an dem ein Teil der von der Beklagten genutzten Flugzeuge

stationiert war. Mindestens zwei Drittel aller Flüge der Klägerin starteten und endeten am Flughafen Bremen. Über ihre Einsatzzeiten und Flugstrecken wurde sie von der Beklagten ca. vier Wochen im Voraus per Dienst-Tablet online informiert. Die Flugvorbereitungen, Briefings und Debriefings fanden im Crew-Raum statt, in dem auch Arbeitsmittel und Arbeitskleidung verwahrt wurden. Über den dort befindlichen Computer musste sie sich wie alle anderen Crew-Mitglieder zum Dienstantritt melden, Flugunterlagen und Streckendokumentationen herunterladen, Flugpläne ausdrucken sowie Anweisungen und Safety-Memos empfangen. Im Einsatzplan vom 19.11.2016 gab die Beklagte für den Zeitraum ab Dezember 2016 Berlin-Schönefeld als Heimatbasis der Klägerin an. Am 6.12.2016 erhielt sie eine E-Mail der Beklagten, die von beiden Parteien als Kündigung verstanden wird.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, sie stehe zur Beklagten in einem Arbeitsverhältnis, das durch die Kündigung nicht beendet worden sei. Die Klägerin hat – soweit für die Revision von Bedeutung – beantragt, festzustellen, dass ihr Arbeitsverhältnis mit der Beklagten nicht durch die Erklärung der Beklagten mit E-Mail vom 6.12.2016 beendet worden ist. Das Landesarbeitsgericht hat mit rechtskräftigem Zwischenurteil vom 30.10.2018 die Zuständigkeit der deutschen Gerichtsbarkeit festgestellt. Das Arbeitsgericht hat der Klage – soweit für die Revision von Bedeutung – stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte ihr Ziel, die Abweisung der Klage, weiter.

Aus den Entscheidungsgründen:

[10] Die Revision der Beklagten hat Erfolg. Mit der Begründung des Landesarbeitsgerichts durfte weder dem Feststellungsantrag noch dem auf Erteilung eines Zwischenzeugnisses gerichteten Antrag entsprochen werden. Dies führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

[11] A. Die Klage ist zulässig.

[12] I. Die deutschen Gerichte sind aufgrund des rechtskräftigen Zwischenurteils des Landesarbeitsgerichts vom 30. Oktober 2018 – 1 Sa 157/17 ([IPRspr 2018-110](#)) – zuständig. Die Zulässigkeitsentscheidung der Vorinstanzen ist nach § 73 Abs. 2 iVm. § 65 ArbGG nicht mehr zu prüfen, obwohl sie entgegen § 17a Abs. 3 VVG nicht vorab durch Beschluss ergangen ist. Die Beklagte hat die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen vor dem Arbeitsgericht nicht gerügt (vgl. BAG 2. Dezember 2021 – 3 AZR 119/19 – Rn. 35; 19. März 2003 – 4 AZR 271/02 – zu I der Gründe, BAGE 105, 275).

[13] II. ... [16] III. ... [17] B. ... [30] C. Die angefochtene Entscheidung über den Feststellungsantrag erweist sich nicht aus anderen Gründen, von denen das Landesarbeitsgericht in seiner Hilfsbegründung ausgegangen ist, als richtig (§ 561 ZPO). Eine unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung zugunsten der Klägerin unterstellt, kann auf der Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen nicht davon ausgegangen werden, dass zwischen den Parteien ein fingiertes Arbeitsverhältnis zustande gekommen ist.

[31] I. Nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF gilt ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer zu dem zwischen dem Entleiher und dem Verleiher für den Beginn der Tätigkeit vorgesehenen Zeitpunkt als zustande gekommen, wenn der Vertrag zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer nach § 9 Nr. 1 AÜG aF unwirksam ist. § 9 Nr. 1 AÜG aF ordnet die Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags zwischen Verleiher und dem Leiharbeitnehmer für den Fall an, dass der Verleiher nicht über die nach § 1 AÜG aF erforderliche Erlaubnis verfügt. Gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF bedürfen Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleihern) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen wollen, der Erlaubnis.

[32] II. Das Landesarbeitsgericht ist im Ausgangspunkt zutreffend davon ausgegangen, dass auch Verleiher mit Sitz im Ausland bei Überlassungen ins Inland einer Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF bedürfen (vgl. BT-Drs. VI/2303 S. 10; Deinert ZESAR 2016, 107, 112; ErfK/Wank/ Roloff 22. Aufl. AÜG § 1 Rn. 8). Dies folgt aus dem Territorialitätsprinzip (vgl. BT-Drs. VI/2303 S. 10) sowie den Bestimmungen des § 1 Abs. 3 Nr. 3 und § 3 Abs. 4 AÜG aF.

[33] III. Die weitere Annahme des Landesarbeitsgerichts, aufgrund der gesetzlichen Fiktion des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF gelte ein Arbeitsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten als zustande

gekommen, hält jedoch einer revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand. Sollte das Landesarbeitsgericht davon ausgegangen sein, die Fiktionswirkung im Inland greife unabhängig davon ein, ob das Arbeitsverhältnis zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer unwirksam ist, träfe dies nicht zu. Die gegebene Begründung lässt auch nicht erkennen, aufgrund welcher Tatsachen das Landesarbeitsgericht davon ausgegangen ist, dass der Vertrag zwischen der Klägerin und der W Ltd. über Dienstleistungen als Pilotin nach § 9 Nr. 1 AÜG aF unwirksam wäre.

[34] 1. Die in § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF bestimmte Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher setzt zwingend voraus, dass das Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeitnehmer und dessen Arbeitgeber, dem Verleiher, nach § 9 Nr. 1 AÜG aF unwirksam ist. Dies gilt auch in den Fällen, in denen ein Leiharbeitnehmer von einem im Ausland ansässigen Verleiher ins Inland überlassen wird. Die Anwendung des § 9 Nr. 1 AÜG aF bestimmt sich einheitlich nach dem Statut des Arbeitsvertrags zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Verleiher. Unterliegt das Arbeitsverhältnis deutschem Recht, ist es ungeachtet des Auslandsbezugs unwirksam. Ein Nebeneinander von fortbestehendem Leiharbeitsverhältnis und fingiertem Arbeitsverhältnis sieht § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF nicht vor. Ist das Arbeitsverhältnis nach ausländischem Recht zu beurteilen, kommt eine Nichtigkeit gemäß § 9 Nr. 1 AÜG aF nicht in Betracht, sodass auch die Rechtsfolgen des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF nicht eintreten können (BAG 26. April 2022 - 9 AZR 228/21 ([IPRspr 2022-48](#)) - Rn. 23 ff.; aA Schüren/Hamann/ Brors AÜG 6. Aufl. Einl. Rn. 663 f.; Boemke/Lembke/ Boemke AÜG 3. Aufl. Einleitung Rn. 22; Ulber ZESAR 2015, 3, 6; ähnlich auch Deinert ZESAR 2016, 107, 115).

[35] a) Gegen die Anwendung der Fiktionsregelung in Fällen wie dem vorliegenden spricht bereits der Wortlaut von § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF. Die Bestimmung stellt ausdrücklich darauf ab, dass „der Vertrag zwischen ... Verleiher und ... Leiharbeitnehmer nach § 9 Nr. 1 unwirksam“ ist. Sie ordnet nur in diesem Fall an, dass „ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer ... als zustande gekommen“ gilt. Eine territoriale Beschränkung seiner Voraussetzungen und der Rechtsfolgen in Fällen mit Auslandsbezug sieht § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF nicht vor. Der Wortlaut von § 9 Nr. 1 AÜG aF bestätigt dieses Verständnis. Nach § 9 Nr. 1 AÜG aF sind die „Verträge zwischen Verleihern und Entleihern sowie zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern“ unwirksam, wenn der Verleiher nicht über die nach § 1 AÜG aF erforderliche Erlaubnis verfügt. Für eine Anwendung dieser Vorschriften ohne Rücksicht auf das rechtliche Schicksal des Arbeitsvertrags zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer ergeben sich weder aus § 9 Nr. 1 AÜG aF noch aus den Bestimmungen des AÜG aF im Übrigen Anhaltspunkte.

[36] b) Auch die Systematik des AÜG aF steht der Annahme entgegen, § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF führe unabhängig davon zu einem Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher, ob das Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Verleiher unwirksam ist.

[37] aa) Das Regelungsgefüge von § 1 Abs. 1 Satz 1, § 9 Nr. 1 und § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF differenziert - wie das AÜG aF insgesamt (vgl. BAG 25. März 2015 - 5 AZR 368/13 - Rn. 35, BAGE 151, 170) - zwischen den verschiedenen Vertragsverhältnissen der bei der Arbeitnehmerüberlassung beteiligten Personen. Es zielt auf einen gerechten Interessenausgleich zwischen den Beteiligten (BAG 20. Januar 2016 - 7 AZR 535/13 - Rn. 48). Die in § 1 AÜG aF normierte Erlaubnispflicht für die Arbeitnehmerüberlassung dient dazu sicherzustellen, dass Arbeitnehmerüberlassung nur von zuverlässigen Verleihern betrieben wird, die den sozialen Schutz der Leiharbeitnehmer gewährleisten (BT-Drs. VI/2303 S. 9). Die privatrechtliche Sanktion der Unwirksamkeit des Vertrags zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer gemäß § 9 Nr. 1 AÜG aF soll die Verleiher zu einem gesetzmäßigen Verhalten veranlassen (BT-Drs. VI/2303 S. 13). Die Begründung eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF dient dem Schutz des Leiharbeitnehmers, dessen Arbeitsvertrag mit dem Verleiher nach § 9 Nr. 1 AÜG aF unwirksam ist (BT-Drs. VI/2303 S. 13 f.).

[38] bb) § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF regelt die privatrechtlichen Rechtsfolgen einer iSv. § 1 AÜG aF unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung für das Rechtsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer. Das gesetzlich angeordnete Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher kompensiert den Verlust, den der Leiharbeitnehmer andernfalls infolge der Regelung in § 9 Nr. 1 AÜG aF erlitte. Ohne die Regelung in § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF arbeitete der Leiharbeitnehmer, der von seinem Vertragsarbeitgeber entgegen § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF ohne Erlaubnis einem Dritten überlassen wird, ohne arbeitsvertragliche Grundlage. Seine Ansprüche, die sich allein gegen den Verleiher richteten,

wären nach den Grundsätzen über das faktische Arbeitsverhältnis und der Schadensersatzbestimmung des § 10 Abs. 2 AÜG aF zu ermitteln (vgl. BAG 17. Januar 2017 – 9 AZR 76/16 – Rn. 28, BAGE 158, 6; 20. September 2016 – 9 AZR 735/15 – Rn. 54).

[39] c) Für eine Auslegung, der zufolge das Erlöschen des Leiharbeitsverhältnisses Voraussetzung für die in § 10 Abs. 1 AÜG aF angeordnete Fiktion ist, sprechen auch die Gesetzesmaterialien, denen für die Beantwortung der Frage, welche Regelungskonzeption dem Gesetz zugrunde liegt, neben Wortlaut und Systematik eine nicht unerhebliche Indizwirkung zukommt (vgl. hierzu im Einzelnen BVerfG 6. Juni 2018 – 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14 – Rn. 74, BVerfGE 149, 126). Nach der Begründung des – insoweit unverändert verabschiedeten – Gesetzentwurfs der Bundesregierung „fingiert“ § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF „im Fall der Nichtigkeit nach § 9 Nr. 1 das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher“ und „der Entleiher wird ... der alleinige Arbeitgeber des Leiharbeitnehmers“ (vgl. BT-Drs. VI/2303 S. 13 f.).

[40] d) Ein Verständnis im Sinne eines gesetzlich angeordneten Arbeitgeberwechsels, der ein Nebeneinander von Leiharbeitsvertrag und fingiertem Arbeitsverhältnis ausschließt, liegt auch der am 1. April 2017 in Kraft getretenen Neufassung von §§ 9, 10 AÜG vom 21. Februar 2017 zugrunde. § 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbs. 2 AÜG nF schränkt die – wie nach § 9 Nr. 1, § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF – eintretenden Rechtsfolgen einer Arbeitnehmerüberlassung ohne erforderliche Verleiherlaubnis ein, indem dem Leiharbeitnehmer ermöglicht wird, durch eine gegenüber dem Verleiher oder dem Entleiher abzugebende Erklärung an dem Arbeitsvertrag mit dem Verleiher festzuhalten. Ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, der insoweit unverändert verabschiedet wurde, soll die Neuregelung „nicht zuletzt aus verfassungsrechtlichen Gründen“ Leiharbeitnehmern zum Schutz von „deren Berufsfreiheit nach Artikel 12 des GG“ ein Festhalten am Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher ermöglichen, wenn – abweichend vom Regelfall – die Unwirksamkeit des Leiharbeitsvertrags und die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher nicht in ihrem Interesse liegt (vgl. BT-Drs. 18/9232 S. 25).

[41] 2. § 9 Nr. 1 AÜG aF konnte damit nur dann zur Unwirksamkeit des Vertragsverhältnisses zwischen der W Ltd. und der Klägerin führen und damit die Fiktionswirkung des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF auslösen, wenn es in dem Zeitraum, in dem die Klägerin für die Beklagte tätig war, deutschem Recht unterlag. § 9 Nr. 1 AÜG aF findet auf das Vertragsverhältnis zwischen der W Ltd. und der Klägerin nicht unabhängig von dem nach Art. 8 Rom I-VO zu bestimmenden Arbeitsvertragsstatut aufgrund vorrangig zu beachtender allgemeiner oder spezieller Kollisionsnormen Anwendung. Weder § 2 Nr. 4 AEntG in der vom 24. April 2009 bis 29. Juli 2020 gültigen Fassung vom 20. April 2009 (AEntG aF) noch das AÜG bestimmen, dass § 9 Nr. 1 AÜG aF gegenüber dem Recht eines anderen Mitgliedsstaats der Europäischen Union vorrangig gelten soll.

[42] a) Das auf das Arbeitsverhältnis der Parteien anwendbare materielle Recht bestimmt sich nach der Rom I-VO. Eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten besteht, weil die W Ltd. ihren Sitz in Dublin (Irland) hat und die Klägerin auf der Home Base in Bremen (Deutschland) eingesetzt wurde (Art. 1 Abs. 1 Satz 1 Rom I-VO).

[43] b) Die vorrangige Anwendung des § 9 Nr. 1 AÜG aF folgt nicht aus Art. 23 Rom I-VO iVm. Art. 3 Abs. 1 Buchst. d der Richtlinie 96/71/EG aF bzw. der sie in nationales Recht umsetzenden Bestimmung des § 2 Nr. 4 AEntG aF. Die Rom I-VO sieht in ihrem Art. 23 vor, dass von ihren Kollisionsnormen abgewichen werden kann, wenn unionsrechtliche Bestimmungen Kollisionsnormen für vertragliche Schuldverhältnisse in besonderen Bereichen enthalten. Art. 3 Abs. 1 Buchst. d der Richtlinie 96/71/EG aF stellt eine spezielle Kollisionsnorm iSv. Art. 23 Rom I-VO dar (vgl. zu Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71/EG aF und nF im Einzelnen: EuGH 8. Dezember 2020 – C-620/18 – [Ungarn/Parlament und Rat] Rn. 179 f.; 8. Dezember 2020 – C-626/18 – [Polen/Parlament und Rat] Rn. 133 f.; vgl. zu Art. 9 Rom I-VO einschränkend EuArbRK/Krebbler 4. Aufl. VO (EG) 593/2008 Art. 23 Rn. 1). Nach § 2 Nr. 4 AEntG aF, der Art. 3 Abs. 1 Buchst. d der Richtlinie 96/71/EG aF inhaltlich entspricht, sind die Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften auf Arbeitsverhältnisse zwischen einem im Ausland ansässigen Arbeitgeber und seinen im Inland beschäftigten Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen zwingend anzuwenden. Die Vorschrift ordnet nicht die Geltung von Bestimmungen an, die – wie § 9 Nr. 1 und § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF – den Bestand des Leiharbeitsverhältnisses betreffen. Sie bezieht sich nur auf Rechts- und Verwaltungsvorschriften des nationalen Rechts über Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von Leiharbeitnehmern sowie auf die im

Inland geltenden gewerbe-, vermittlungs- und erlaubnisrechtlichen Voraussetzungen der Arbeitnehmerüberlassung (ausführlich BAG 26. April 2022 - 9 AZR 228/21 ([IPRspr 2022-48](#)) - Rn. 46 ff.).

[44] aa) Zwar definiert der Gesetzeswortlaut, wonach nur Regelungen über die „Bedingungen“ für die Überlassung von Arbeitskräften erfasst werden, nicht selbst, was unter „Bedingungen“ für die Überlassung von Leiharbeitnehmern zu verstehen ist. Er trifft damit - für sich betrachtet - keine weitere Aussage über seinen Anwendungsbereich (BAG 26. April 2022 - 9 AZR 228/21 ([IPRspr 2022-48](#)) - Rn. 48).

[45] bb) Dieser erschließt sich jedoch aus dem Gesamtzusammenhang und einer richtlinienkonformen Auslegung. § 2 AEntG aF ist mit „Allgemeine Arbeitsbedingungen“ überschrieben. Die Bestimmung regelt danach zunächst die „Arbeitsbedingungen“, die Leiharbeitnehmern von ihrem im Ausland ansässigen Leiharbeitgeber zu gewährleisten sind. Dem entsprechend heißt es in der Gesetzesbegründung, die Vorschrift ordne an, „dass die in den Nummern 1 bis 7 einzeln aufgeführten Arbeitsbedingungen, soweit sie in Rechts- oder Verwaltungsvorschriften geregelt sind, auch auf aus dem Ausland entsandte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen ... unabhängig davon ..., in welcher Branche ... (sie) ... beschäftigt sind“, Anwendung fänden (BAG 26. April 2022 - 9 AZR 228/21 ([IPRspr 2022-48](#)) - Rn. 49).

[46] cc) Dieses Verständnis entspricht Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung und bestätigen dieses Verständnis. Das Gesetz beabsichtigt die Schaffung und Durchsetzung angemessener Mindestarbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen. § 1 AEntG aF greift damit die Motive des Unionsgesetzgebers für die Verabschiedung der Richtlinie 96/71/EG aF auf, die in deren Erwägungsgründen 13 und 14 ausdrücklich erwähnt sind (vgl. BT-Drs. 16/10486 S. 11). Ziel der Richtlinie ist es, „einen Kern zwingender Bestimmungen über ein Mindestmaß an Schutz festzulegen, das im Gastland von Arbeitgebern zu gewährleisten ist, die Arbeitnehmer für eine zeitlich begrenzte Arbeitsleistung in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats entsenden, in dem eine Dienstleistung zu erbringen ist“ (vgl. Erwägungsgrund 13), und vom Dienstleistungserbringer unabhängig von der Dauer der Entsendung des Arbeitnehmers als „harter Kern“ ... „klar definierter Schutzbestimmungen einzuhalten“ ist (vgl. Erwägungsgrund 14). Dies spricht dafür, den Begriff „Bedingungen“ iSv. Voraussetzungen der Arbeitnehmerüberlassung zu verstehen (BAG 26. April 2022 - 9 AZR 228/21 ([IPRspr 2022-48](#)) - Rn. 50).

[47] dd) Eine richtlinienkonforme Auslegung bestätigt, dass sich der Anwendungsbereich von § 2 Nr. 4 AEntG aF nicht auf § 9 Nr. 1 AÜG aF und § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF erstreckt (BAG 26. April 2022 - 9 AZR 228/21 ([IPRspr 2022-48](#)) - Rn. 52).

[48] (1) Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71/EG aF bestimmt, dass die Mitgliedsstaaten dafür Sorge zu tragen haben, dass unabhängig von dem auf das jeweilige Arbeitsverhältnis anwendbaren Recht die in Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 96/71/EG aF genannten Unternehmen den in ihr Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmern bezüglich der unter Art. 3 Abs. 1 Buchst. a bis g der Richtlinie 96/71/EG aF abschließend genannten Aspekte „die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen“ garantieren, die in dem Mitgliedsstaat, in dessen Hoheitsgebiet die Arbeitsleistung erbracht wird, durch Rechtsvorschriften festgelegt sind. Zu den genannten Aspekten gehören nach Art. 3 Abs. 1 Buchst. d der Richtlinie 96/71/EG aF die „Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften, insbesondere durch Leiharbeitsunternehmen“. Die Vertragsbeziehungen der bei der Arbeitnehmerüberlassung beteiligten Personen als solche bleiben unberührt. Die Richtlinie 96/71/EG aF verpflichtet die Mitgliedsstaaten nicht, dafür Sorge zu tragen, dass die nach nationalem Recht bei der Verletzung erlaubnisrechtlicher Bestimmungen vorgesehenen Sanktionen - wie die in § 9 Nr. 1 AÜG aF und § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF - unabhängig von dem auf das Leiharbeitsverhältnis anwendbaren Recht zwingend gelten. Wenn es an einer nationalen Rechtsvorschrift fehlt, die eine Sanktion für die Nichteinhaltung der Richtlinie durch Leiharbeitsunternehmen oder entleihende Unternehmen vorsieht, kann der Leiharbeitnehmer aus dem Unionsrecht kein subjektives Recht auf Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit dem entleihenden Unternehmen ableiten (vgl. zu Art. 1 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 5 Satz 1 der Richtlinie 2008/104/EG EuGH 17. März 2022 - C-232/20 - [Daimler] Rn. 97 ff.; BAG 26. April 2022 - 9 AZR 228/21 ([IPRspr 2022-48](#)) - Rn. 54, 56).

[49] (2) Dementsprechend können die Mitgliedsstaaten nach Art. 3 Abs. 9 der Richtlinie 96/71/EG aF vorsehen, dass die in Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 96/71/EG aF genannten Unternehmen Arbeitnehmern im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71/EG aF diejenigen Bedingungen garantieren, die in

dem Mitgliedsstaat, in dessen Hoheitsgebiet die Arbeitsleistung erbracht wird, für Leiharbeitnehmer gelten. Die Bestimmung, die vor der Richtlinie 2008/104/EG in Kraft trat, eröffnet den Mitgliedsstaaten - als Ausnahme zu der abschließenden Aufzählung in Art. 3 Abs. 1 Buchst. a bis g der Richtlinie 96/71/EG aF - die Möglichkeit, den Grundsatz der Gleichbehandlung auch gegenüber Arbeitnehmern anzuwenden, die aus anderen Mitgliedsstaaten überlassen werden (vgl. hierzu im Einzelnen unter Bezugnahme auf die Entstehungsgeschichte der Richtlinie Franzen EuZA 2011, 451, 462). Die Regelung wäre nicht erforderlich gewesen, bezöge sich Art. 3 Abs. 1 Buchst. d der Richtlinie 96/71/EG aF auf alle Rechtsvorschriften, die im aufnehmenden Mitgliedsstaat für die Arbeitnehmerüberlassung gelten (BAG 26. April 2022 - 9 AZR 228/21 ([IPRspr 2022-48](#)) - Rn. 57).

[50] c) § 9 Nr. 1 AÜG aF ist auch keine Eingriffsnorm iSv. Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO, die unabhängig vom Statut des Arbeitsvertrags auf das Rechtsverhältnis zwischen der W Ltd. und der Klägerin anzuwenden wäre (ausf. BAG 26. April 2022 - 9 AZR 228/21 ([IPRspr 2022-48](#)) - Rn. 61).

[51] aa) Eingriffsnormen iSv. Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO sind zwingende Vorschriften, deren Einhaltung von einem Staat als so entscheidend für die Wahrnehmung seines öffentlichen Interesses, insbesondere seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation, angesehen wird, dass sie auf alle in Betracht kommenden Sachverhalte angewendet werden müssen. Nicht alle nach deutschem Recht zwingenden Bestimmungen sind Eingriffsnormen. Dies folgt für arbeitsrechtliche Vorschriften aus Art. 8 Abs. 1 Satz 2 Rom I-VO, wonach die vereinbarte Rechtswahl dem Arbeitnehmer nicht den Schutz zwingenden deutschen Arbeitsrechts entziehen darf, sofern dieses ohne Rechtswahl nach den objektiven Anknüpfungen der Art. 8 Abs. 2, Abs. 3 und Abs. 4 Rom I-VO anzuwenden wäre. Diese Vorschrift wäre überflüssig, wenn jede vertraglich unabdingbare arbeitsrechtliche Norm über Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO auf das Arbeitsverhältnis einwirkte (Junker EuZA 2021, 468, 476; zu Art. 34 EGBGB aF: BAG 7. Mai 2020 - 2 AZR 692/19 ([IPRspr 2020-142](#)) - Rn. 49; 13. November 2007 - 9 AZR 134/07 ([IPRspr 2007-50](#)) - Rn. 78, BAGE 125, 24). Inländische Gesetze sind daher nur dann Eingriffsnormen iSv. Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO, wenn sie entweder ausdrücklich oder nach ihrem Sinn und Zweck ohne Rücksicht auf das nach den deutschen Kollisionsnormen anwendbare Recht gelten sollen. Erforderlich ist, dass die Vorschrift nicht nur auf den Schutz von Individualinteressen der Arbeitnehmer gerichtet ist, sondern mit ihr zumindest auch öffentliche Gemeinwohlinteressen verfolgt werden (st. Rspr. vgl. nur BAG 26. April 2022 - 9 AZR 228/21 ([IPRspr 2022-48](#)) - Rn. 62; 24. Juni 2021 - 5 AZR 505/20 ([IPRspr 2021-273](#)) - Rn. 24; 18. April 2012 - 10 AZR 200/11 ([IPRspr 2012-65](#)) - Rn. 14 mwN, BAGE 141, 129). Als Ausnahmeregelung ist Art. 9 Rom I-VO eng auszulegen (EuGH 18. Oktober 2016 - C-135/15 - [Nikiforidis] Rn. 44; 17. Oktober 2013 - C-184/12 - [Unamar] Rn. 49 zu Art. 7 Abs. 2 EVÜ; st. Rspr. vgl. nur BAG 7. Mai 2020 - 2 AZR 692/19 ([IPRspr 2020-142](#)) - Rn. 49; 21. März 2017 - 7 AZR 207/15 ([IPRspr 2017-104](#)) - Rn. 67, BAGE 158, 266).

[52] bb) Nach diesem Maßstab ist § 9 Nr. 1 AÜG aF keine Eingriffsnorm iSv. Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO. Das AÜG aF gewährt Leiharbeitnehmern, die von ihren Arbeitgebern aus einem anderen Mitgliedsstaat der europäischen Union ins Inland überlassen werden, keinen Schutz, der über den hinausgeht, der durch § 2 AEntG aF gewährleistet wird. Weder aus dem Wortlaut noch aus Sinn und Zweck des AÜG aF lässt sich ein Gesetzesbefehl ableiten, dem zufolge - über die Vorgaben der Richtlinie 96/71/EG aF hinausgehend (vgl. hierzu EuGH 17. Oktober 2013 - C-184/12 - [Unamar] Rn. 52 zu Art. 7 Abs. 2 EVÜ; Schilling ZEuP 2014, 843, 848 ff.; Lüttringhaus IPRax 2014, 146, 149; vgl. auch BGH 9. Juli 2009 - Xa ZR 19/08 ([IPRspr 2009-28](#)) - Rn. 32, BGHZ 182, 24 zu Art. 34 EGBGB) - § 9 Nr. 1 AÜG aF, wenn das Leiharbeitsverhältnis dem Recht eines anderen Mitgliedsstaats der Europäischen Union unterliegt, gegenüber diesem Recht vorrangig gelten soll. Das AÜG aF sichert das öffentliche Interesse an der Einhaltung von § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF, indem § 16 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 AÜG aF die Verletzung der Erlaubnispflicht als Ordnungswidrigkeit einstufen (BAG 26. April 2022 - 9 AZR 228/21 ([IPRspr 2022-48](#)) - Rn. 63).

[53] d) Das anzuwendende Recht bestimmt sich somit nach Art. 8 Rom I-VO. Das Arbeitsverhältnis iSd. AÜG zwischen der Klägerin und der W Ltd. wäre auch ein Arbeitsverhältnis iSd. für Art. 8 Rom I-VO maßgeblichen autonomen Arbeitnehmerbegriffs (vgl. Staudinger/Magnus 2021 Rom I-VO Art. 8 Rn. 35; MüKoBGB/Martiny 8. Aufl. Rom I-VO Art. 8 Rn. 21; Ferrari IntVertragsR/Staudinger 3. Aufl. VO (EG) 593/2008 Art. 8 Rn. 10).

[54] 3. Das Landesarbeitsgericht hat zu dem Vertragsverhältnis zwischen der W Ltd. und der Klägerin keine Feststellungen getroffen. Ohne Berücksichtigung des Vertragsinhalts und der gegebenenfalls damit im Zusammenhang stehenden Absprachen zwischen den Vertragsparteien ist dem Senat eine Entscheidung, welchem Vertragsstatut der Vertrag im Zeitraum des Einsatzes der Klägerin bei der Beklagten unterlag, und damit eine Entscheidung über die Anwendbarkeit der Vorschriften der § 9 Nr. 1, § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF nicht möglich.

[55] D. Dies führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht zur neuen Verhandlung und Entscheidung (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Im fortgesetzten Berufungsverfahren wird das Landesarbeitsgericht zunächst nach Art. 8 Rom I-VO das auf das Rechtsverhältnis zwischen der Klägerin und der W Ltd. anzuwendende Recht zu bestimmen haben, das Grundlage für den durch die B Ltd. vermittelten Einsatz bei der Beklagten war. Sollte auf dieses Rechtsverhältnis deutsches Recht anzuwenden sein, ist zu prüfen, ob es sich hierbei um ein Leiharbeitsverhältnis iSv. § 1 Abs. 1 AÜG aF gehandelt hat. Ist dies der Fall, wäre dieses nach § 9 Nr. 1 AÜG aF unwirksam mit der Folge, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG begründet worden wäre. Da die Beklagte dieses Arbeitsverhältnis gemäß § 623 BGB nicht per E-Mail am 6. Dezember 2016 wirksam gekündigt hätte, wäre der Klage stattzugeben. Das Landesarbeitsgericht wird folgendes zu beachten und die in diesem Zusammenhang notwendigen tatsächlichen Feststellungen zu treffen haben:

[56] I. Nach Art. 3 Abs. 1 Satz 1 Rom I-VO gilt der Grundsatz der freien Rechtswahl. Die Wahl kann ausdrücklich oder konkludent getroffen werden (Art. 3 Abs. 1 Satz 2 Rom I-VO). Das Landesarbeitsgericht wird festzustellen haben, ob die W Ltd. und die Klägerin in den sie verbindenden Vertrag eine Bestimmung aufgenommen haben, die das Vertragsstatut ausdrücklich iSv. Art. 3 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 Rom I-VO benennt.

[57] II. Sollte dies nicht der Fall sein, wird das Landesarbeitsgericht zu prüfen haben, ob die Vertragsparteien eine konkludente Rechtswahl iSv. Art. 3 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 Rom I-VO getroffen haben. Eine konkludente Rechtswahl setzt voraus, dass sie sich eindeutig aus den Bestimmungen des Vertrags oder den Umständen des Falls ergibt (vgl. BAG 15. Dezember 2016 - 6 AZR 430/15 ([IPRspr 2016-103](#)) - Rn. 40; 23. März 2016 - 5 AZR 767/14 ([IPRspr 2016-95b](#)) - Rn. 22, BAGE 154, 348). Anhaltspunkte für eine konkludente Rechtswahl können sich daraus ergeben, dass Rechtsvorschriften eines bestimmten Staates zitiert oder in Bezug genommen werden (vgl. BAG 24. Juni 2020 - 5 AZR 55/19 (A) ([IPRspr 2020-257](#)) - Rn. 79, BAGE 171, 132; 12. Dezember 2017 - 3 AZR 305/16 ([IPRspr 2017-111](#)) - Rn. 29, BAGE 161, 142; 26. April 2017 - 5 AZR 962/13 ([IPRspr 2017-105](#)) - Rn. 26, BAGE 159, 69; 15. Dezember 2016 - 6 AZR 430/15 ([IPRspr 2016-103](#)) - Rn. 45). Die Vertragssprache und der Ort des Vertragsschlusses sind lediglich unterstützend heranzuziehen (BAG 15. Dezember 2016 - 6 AZR 430/15 ([IPRspr 2016-103](#)) - Rn. 43 f.; 23. März 2016 - 5 AZR 767/14 ([IPRspr 2016-95b](#)) - Rn. 25 f., BAGE 154, 348).

[58] III. Haben die Parteien nach den ergänzenden Feststellungen die Anwendbarkeit deutschen Rechts vereinbart, wird das Landesarbeitsgericht weiter zu prüfen haben, welche Rechtsnatur der Vertrag zwischen der W Ltd. und der Klägerin hat. Handelte es sich bei diesem Vertrag um einen Individualarbeitsvertrag iSd. Art. 8 Abs. 1 Satz 1 Rom I-VO, wären die Vorgaben des Art. 8 Abs. 1 Satz 2 Rom I-VO zu beachten.

[59] 1. Nach Art. 8 Abs. 1 Satz 2 Rom I-VO darf die - ausdrückliche oder konkludente - Rechtswahl der Vertragsparteien nicht dazu führen, dass dem Arbeitnehmer der Schutz entzogen wird, der ihm durch die zwingenden Bestimmungen des Rechts gewährt wird, das nach Art. 8 Abs. 2, Abs. 3 und Abs. 4 Rom I-VO mangels Rechtswahl anzuwenden wäre. Deshalb ist ein Günstigkeitsvergleich zwischen den zwingenden Bestimmungen des objektiv anwendbaren Rechts, die dem Arbeitnehmer Schutz gewähren, und denen der gewählten Rechtsordnung, anzustellen (vgl. BAG 15. Dezember 2016 - 6 AZR 430/15 ([IPRspr 2016-103](#)) - Rn. 51; zu Art. 30 EGBGB: 19. März 2014 - 5 AZR 252/12 (B) ([IPRspr 2014-74](#)) - Rn. 23, BAGE 147, 342; 13. November 2007 - 9 AZR 134/07 ([IPRspr 2007-50](#)) - Rn. 35, BAGE 125, 24).

[60] 2. Das nationale Gericht hat das anwendbare Recht zunächst auf der Grundlage der in Art. 8 Abs. 2, Abs. 3 Rom I-VO genannten spezifischen Anknüpfungskriterien zu bestimmen. Ergeben die Gesamtumstände, dass der Arbeitsvertrag engere Verbindungen zu einem anderen Land aufweist, obliegt

es nach Art. 8 Abs. 4 Rom I-VO dem nationalen Gericht, die in Art. 8 Abs. 2, Abs. 3 Rom I-VO genannten Anknüpfungskriterien auszuschließen und das Recht dieses anderen Landes anzuwenden (vgl. zu Art. 6 Abs. 2 EVÜ EuGH 12. September 2013 - C-64/12 - [Schlecker] Rn. 35 und 40 unter Hinweis in Rn. 38 auf Art. 8 Rom I-VO).

[61] 3. Auf Arbeitsverträge und Arbeitsverhältnisse ist bei unterbliebener Rechtswahl nach Art. 8 Abs. 2 Rom I-VO objektiv das Recht des Staates anwendbar, in dem der Arbeitnehmer in Erfüllung des Vertrags gewöhnlich seine Arbeit verrichtet, selbst wenn er vorübergehend in einen anderen Staat entsandt wird. Übt der Arbeitnehmer seine Tätigkeit in mehreren Vertragsstaaten aus, ist gewöhnlicher Arbeitsort der Ort, an dem oder von dem aus er seine berufliche Tätigkeit tatsächlich ausübt, und, in Ermangelung eines Mittelpunkts der Tätigkeit, der Ort, an dem er den größten Teil seiner Arbeit verrichtet. Erst wenn auch dann ein gewöhnlicher Arbeitsort in einem Staat nicht feststellbar ist, darf auf die „einstellende Niederlassung“ iSv. Art. 8 Abs. 3 Rom I-VO zurückgegriffen werden (vgl. EuGH 15. Dezember 2011 - C-384/10 - [Voogsgeerd] Rn. 26 ff.; 15. März 2011 - C-29/10 - [Koelzsch] Rn. 43 ff.; BAG 15. Dezember 2016 - 6 AZR 430/15 ([IPRspr 2016-103](#)) - Rn. 57; zu Art. 30 Abs. 2 EGBGB aF vgl. 7. Mai 2020 - 2 AZR 692/19 ([IPRspr 2020-142](#)) - Rn. 24 ff.; 19. März 2014 - 5 AZR 252/12 (B) ([IPRspr 2014-74](#)) - Rn. 25, BAGE 147, 342).

[62] 4. Art. 8 Abs. 4 Rom I-VO sieht vor, dass diese Anknüpfungskriterien nicht anwendbar sind, wenn sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, dass der Arbeitsvertrag oder das Arbeitsverhältnis engere Verbindungen zu einem anderen Staat aufweist; in diesem Fall ist das Recht dieses anderen Staates anzuwenden (vgl. zu Art. 6 Abs. 2 EVÜ EuGH 12. September 2013 - C-64/12 - [Schlecker] Rn. 24 ff. unter Hinweis in Rn. 38 auf Art. 8 Rom I-VO). Für die „Gesamtheit der Umstände“ ist nicht allein die Anzahl der für eine Verbindung zu dem einen oder dem anderen Staat sprechenden Kriterien maßgebend. Vielmehr müssen die Anknüpfungsmomente gewichtet werden. Zu berücksichtigen sind ua. der Arbeitsort, der Sitz des Arbeitgebers, die Staatsangehörigkeit der Vertragsparteien und der Wohnsitz des Arbeitnehmers. Vertragsimmanente Gesichtspunkte wie die Vertragssprache, die Währung, in der die Vergütung gezahlt wird, oder die Bezugnahme auf Rechtsvorschriften eines bestimmten Staates haben nachrangige Bedeutung. Andernfalls hätte es der Arbeitgeber in der Hand, das vom Gesetzgeber vorgesehene Günstigkeitsprinzip durch die Vertragsgestaltung und entsprechende Abreden zu unterlaufen. Eine derartige Disposition über den zwingenden Arbeitnehmerschutz soll Art. 8 Abs. 4 Rom I-VO gerade verhindern. In seinem Rahmen kommt es auf davon unabhängige, objektive Umstände an. Ein wesentliches Kriterium ist dabei der Ort, an dem der Arbeitnehmer seine Steuern und Abgaben entrichtet und der Sozialversicherung angeschlossen ist. Sollen die Einzelumstände auf engere Verbindungen zu einem anderen Staat verweisen, müssen sie insgesamt das Gewicht der einschlägigen Regelanknüpfung deutlich übersteigen (zu Art. 30 Abs. 2 Halbs. 2 EGBGB aF: BAG 7. Mai 2020 - 2 AZR 692/19 ([IPRspr 2020-142](#)) - Rn. 30 f.; 21. März 2017 - 7 AZR 207/15 ([IPRspr 2017-104](#)) - Rn. 87, BAGE 158, 266).

[63] IV. ...

Fundstellen

LS und Gründe

AP, Nr. 41 zu § AÜG
NZA, 2022, 1333

nur Leitsatz

BB, 2022, 2291

Bericht

Kuhn, DB, 2022, 2993
Thüsing/Peisker, EWIR, 2022, 698

Aufsatz

Brors/Schüren, NZA, 2022, 1310

Permalink

<https://iprspr.mpipriv.de/2022-229>

Lizenz

Copyright (c) 2024 [Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht](#)



Dieses Werk steht unter der [Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz](#).