

## Arbeitsstrafrecht

---

Rechtsanwältin, Diplom - Finanzwirtin (FH) Antje Klötzer-Assion

# Sich selbst überlassen?!

**Zugleich Anmerkung zu BAG Urteil vom 17.01.2017 – 9 AZR 76/16, ZIP 2017, 836**

## I. Einleitung

Mit der Novellierung des AÜG zum 1. April 2017 rücken Rechtsfragen rund um Sachverhalte mit Fremdpersonaleinsatz wieder verstärkt in den Fokus der Protagonisten. Insbesondere zur Vermeidung straf- und bußgeldrechtlicher Haftung ist es erforderlich, Altverträge zu überprüfen und ggf. anzupassen, neue Verträge sind am geltenden Recht auszurichten. Sowohl Ver- als auch Entleiher von Personal sehen sich einem erweiterten Pflichtenkreis gegenüber. Entsprechend ist zu hinterfragen, welchen Sorgfalts- und/oder Prüfungsmaßstab die Vertragspartner anzulegen haben. Ein Urteil des 9. Senats des BAG vom 17.1.2017<sup>1</sup>, das die „Selbstüberlassung“ eines Alleingeschafters und alleinigen Geschäftsführers eines Verleihunternehmens – hier einer GmbH – zum Gegenstand hat, enthält auch hierzu einen Hinweis. Der nachstehende Beitrag beleuchtet die Entscheidung und untersucht etwaige Auswirkungen auf Sachverhalte, welche nach neuem Recht zu beurteilen sind sowie straf- und bußgeldrechtliche Risiken der dem Entscheidungsfall zugrundeliegenden Gestaltung.

## II. Entscheidung des BAG vom 17.01.2017 – 9 AZR 76/16

### 1. Sachverhalt und vorinstanzliche Entscheidungen

Der Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Kameramann war bei einer Rundfunkanstalt des öffentlichen Rechts als freier Mitarbeiter im Einsatz. Bei der Rundfunkanstalt gab es nach internen Vorgaben eine Beschränkung der Beauftragung freier Mitarbeiter auf höchstens 60 Tage im Kalenderjahr. Der frühere Produktionschef der Auftraggeberin erklärte dem freien Mitarbeiter, umfangreichere Einsätze seien möglich, wenn er über ein Verleihunternehmen mit Erlaubnis nach § 1 AÜG entliehen werden könne.

Vor diesem Hintergrund gründete der (vormals) freie Mitarbeiter die T.GmbH, welche auch eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung erhielt. Zwischen ihm als Alleingeschafter und alleinigem Geschäftsführer und der T.GmbH bestand kein Arbeitsverhältnis. Die T.GmbH beschäftigte aber Arbeitnehmer, welche sie auch verlieh; in geringem Umfang u.a. an besagte Rundfunkanstalt des öffentlichen Rechts.

Zwischen dieser – der späteren Beklagten – und der T.GmbH wurde eine Rahmenvereinbarung zur Arbeitnehmerüberlassung von Produktionspersonal und ggf. Sachmitteln getroffen. Die T.GmbH versicherte darin, über eine Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung gemäß § 1 AÜG<sup>2</sup> zu verfügen. Die T.GmbH verpflichtete sich zudem, nur solche Arbeitnehmer zu überlassen, die zu ihr mindestens für die Dauer der Überlassung in einem Arbeitsverhältnis stehen. Auf der Grundlage dieser Rahmenvereinbarung erfolgten entsprechende Personalabrufe und -einsätze.

Mit wenigen Ausnahmen wurde überwiegend der Alleingeschafter und alleinige Geschäftsführer der T.GmbH – der spätere Kläger – bei der Beklagten eingesetzt. 2014 erhob dieser Klage zum ArbG Kiel und begehrte die Feststellung eines Arbeitsverhältnisses zwischen ihm und der Beklagten. Er sei, so der Kläger, im Umfang einer Vollzeitkraft als Kameramann zu beschäftigen. „Der Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten könne nicht entgegengehalten werden, dass er im Rahmen einer erlaubten Arbeitnehmerüberlassung tätig geworden sei. Als Alleingeschafter und Geschäftsführer der T. GmbH sei er nicht deren Arbeitnehmer gewesen und könne dementsprechend auch nicht als sol-

<sup>1</sup> BAG Urteil vom 17.01.2017 – 9 AZR 76/16, ZIP 2017, 836.

<sup>2</sup> Der Sachverhalt betrifft Überlassungen im Zeitraum von 2001 bis 2014. Angesprochen sind die Normen des AÜG in der alten, jeweils gültigen Fassung. Das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit ist entfallen.

cher an die Beklagte verliehen worden sein.<sup>3</sup> Der Kläger trug vor, weisungsabhängig und in den Betrieb der Beklagten voll integriert gewesen zu sein.<sup>4</sup>

Das ArbG Kiel wies die Klage als unbegründet ab.<sup>5</sup> Es könne kein Arbeitsverhältnis festgestellt werden, da es an einer persönlichen Abhängigkeit des Klägers fehle. Diesem habe es u.a. freigestanden, auch andere Aufträge anzunehmen oder Aufträge der Beklagten abzulehnen. Im Zeitraum 2007 bis 2014 habe er – wenn auch in geringer Anzahl – auch Aufträge Dritter angenommen. Nicht entscheidend sei, dass er von der Beklagten ab 2007 zeitlich umfassend, „fast vollständig in Anspruch genommen wurde“. Dies spreche zwar für eine starke wirtschaftliche, nicht aber für eine persönliche Abhängigkeit des Klägers.

Das erstinstanzliche Urteil wurde auf die Berufung des Klägers hin vom LAG Schleswig-Holstein kassiert.<sup>7</sup> Die Beklagte wurde verurteilt, den Kläger als Kameramann in Vollzeit zu beschäftigen. Zwischen den Parteien sei ein Arbeitsverhältnis in Vollzeit begründet worden. Das AÜG finde aus Rechtsgründen keine Anwendung, da Voraussetzung sei, dass die zur Arbeitsleistung überlassene Person *Arbeitnehmer* des Verleihers ist. Dies sei jedoch nicht der Fall gewesen.

Entsprechend habe die Prüfung des Status des Klägers nach allgemeinen arbeitsrechtlichen Abgrenzungskriterien zu erfolgen.<sup>8</sup> Die zwischen der Beklagten und der T.GmbH geschlossene Rahmenvereinbarung zur Arbeitnehmerüberlassung sei darauf ausgerichtet gewesen, „die Schutzvorschriften des Arbeitsrechts zum Nachteil des Klägers zu umgehen. Die Einschaltung der Firma T. als Verleihunternehmen erfolgte aufgrund der Anregung des verantwortlichen Mitarbeiters M. des Beklagten gegenüber dem Kläger, er könne im Wege der Leiharbeit bei ihm eingesetzt werden. Den verantwortlichen Mitarbeitern der Beklagten war auch bekannt, dass der Kläger tatsächlich Geschäftsführer der Firma T. war. Das konnten diese ohne Weiteres aus den regelmäßig vom Kläger unterzeichneten Rahmendienstverträgen der Firma T. mit dem Beklagten ersehen, in denen der Kläger als Geschäftsführer der T. zeichnete. Nach den Erörterungen im Berufungstermin war unstreitig, dass nicht nur im Jahr 2012 sondern auch in den Jahren zuvor jeweils Rahmenverträge vom Kläger und dem verantwortlichen Produktionschef und dem verantwortlichen Produktionsleiter des Beklagten unterzeichnet worden waren. Ferner wiesen sämtliche vom Kläger für die Firma T. bei dem Beklagten eingereichten Rechnungen den Kläger als Geschäftsführer dieser Firma aus. Damit lag zum Zeitpunkt der jeweiligen Einsätze des Klägers für den Beklagten offen zutage, dass der Kläger gerade nicht in seiner Eigenschaft als Arbeitnehmer für die T. einer dieser gegenüber bestehenden Verpflichtung nachkam, wenn er seine Dienste bei dem Beklagten antrat.“<sup>9</sup>

Das LAG Schleswig-Holstein gelangt nach einer Gesamtabwägung der Merkmale, die für ein Arbeitsverhältnis oder für eine selbständige Tätigkeit (als freier Mitarbeiter) sprechen können, zu der Überzeugung, der Kläger sei in Vollzeit weisungsgebunden tätig und in den Betrieb der Beklagten eingegliedert gewesen. Dass der Kläger unregelmäßig von seinem sog. Ablehnungsrecht Gebrauch gemacht habe, sei unmaßgeblich. Zwar habe der Kläger Aufträge ablehnen können und dies auch getan. Gleichwohl sei er im Umfang einer Vollzeitkraft für die Beklagte tätig geworden.

Der Kläger habe darauf vertrauen dürfen, auch in Zukunft weiter herangezogen zu werden. Bei Gründung der T. GmbH sei es gerade darum gegangen, „regelmäßig mehr als die von dem Beklagten vorgegebene 60-Tageshöchstgrenze für Einsätze als freier Mitarbeiter bei dem Beklagten beschäftigt zu werden“.<sup>10</sup>

Dass die Beklagte sich darauf berufe, ein Arbeitsverhältnis sei weder gewollt gewesen noch zustande gekommen, sei rechtsmissbräuchlich, die Berufung des Klägers auf den Arbeitnehmerstatus hingegen nicht treuwidrig i.S.d. § 242 BGB. Denn dieser habe bei Gründung der T. GmbH „nicht zielgerichtet zur Erlangung des Arbeitnehmerstatus“<sup>11</sup> gehandelt. Es sei ihm darum gegangen, mehr eingesetzt werden zu können. Das klägerische Vorgehen sei weder heimlich noch auf Täuschung ausgerichtet gewesen. Rechtsmissbräuchliches Verhal-

<sup>3</sup> BAG ZIP 2017, 836.

<sup>4</sup> ArbG Kiel, Urteil vom 11.11.2014, 5 Ca 760 c/14, Rn. 6 ff., zitiert nach juris.

<sup>5</sup> ArbG Kiel, Urteil vom 11.11.2014, 5 Ca 760 c/14, recherchiert in juris.

<sup>6</sup> Arbeitsgericht Kiel, Urteil vom 11.11.2014, 5 Ca 760 c/14, Rn. 30, zitiert nach juris.

<sup>7</sup> LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 1.12.2015, 1 Sa 439 b/14, recherchiert in juris.

<sup>8</sup> LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 1.12.2015, 1 Sa 439 b/14, Rn. 60 ff., zitiert nach juris.

<sup>9</sup> LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 1.12.2015, 1 Sa 439 b/14, Rn. 66, zitiert nach juris.

<sup>10</sup> LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 1.12.2015, 1 Sa 439 b/14, Rn. 81, zitiert nach juris.

<sup>11</sup> LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 1.12.2015, 1 Sa 439 b/14, Rn. 89, zitiert nach juris.

ten liege nicht vor, „wenn eine der beiden Parteien zu späterer Zeit die Rechtmäßigkeit einer zunächst einvernehmlich praktizierten Verfahrensweise in Frage stellt.“<sup>12</sup>

## 2. Abweichende Auffassung des 9. Senats des BAG

Der 9. Senat des BAG ist anderer Ansicht und stützt das klageabweisende Urteil auf folgende Erwägungen:

Mit Blick auf die Anwendbarkeit des AÜG prüft der Senat zunächst die Arbeitnehmereigenschaft des Klägers im Verhältnis zur T.GmbH. Er kommt zu dem Ergebnis, dieser sei unter keinem Gesichtspunkt Arbeitnehmer der T.GmbH gewesen. Entsprechend habe keine Überlassung eines Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung i.S.d. § 1 Abs. 1 AÜG vorgelegen. Das sich „Sichselbstüberlassen“ eines Alleingeschafters und Alleingeschäftsführers eines Verleihunternehmens unterfalle nicht dem Anwendungsbereich des AÜG.<sup>13</sup>

Des Weiteren führt der Senat aus: Die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG diene dem Schutz des *Arbeitnehmers* für den Fall, dass der Verleiher nicht im Besitz einer Erlaubnis sei. Diese Fiktion kompensiere also „den Verlust, den der Leiharbeiter andernfalls infolge der Regelung in § 9 Nr. 1 AÜG erlitte. Ohne die Regelung in § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG arbeitete der Leiharbeiter, der von seinem Vertragsarbeitgeber entgegen § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG 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 zu ermitteln (BAG 20. September 2016 – 9 AZR 735/15 – Rn 54).“<sup>14</sup>

Das Vorliegen einer Verleiherlaubnis berechtige den Verleiher, Arbeitnehmer im Rahmen seiner wirtschaftlichen Tätigkeit an Dritte zur Arbeitsleistung zu überlassen. Die gesetzgeberische Wertung, wonach bei Vorliegen einer Verleiherlaubnis kein Arbeitsverhältnis zum Entleiher begründet werde, sei „auf die (Selbst-)Überlassung des Alleingeschafters und alleinigen Geschäftsführers einer GmbH grundsätzlich übertragbar, soweit der Gesellschafter-Geschäftsführer die weisungsgebundenen Arbeitsleistungen nach dem tatsächlichen Geschäftsinhalt der unter seiner Beteiligung getroffenen Überlassungsvereinbarung nicht bereits von vornherein persönlich zu erbringen hatte. Die Auswahlentscheidung, welche konkrete Arbeitskraft dem Entleiher zur Verfügung gestellt wird, trifft allein der Verleiher.“<sup>15</sup>

Rechtsverstöße – so der Senat – berührten das Außenverhältnis zum Entleiher nicht, sondern ausschließlich das Rechtsverhältnis zwischen Verleiher und der überlassenen Arbeitskraft. Soweit der Alleingeschafter und -geschäftsführer die autonome Entscheidung treffe, selbst tätig zu werden, werde „seine Vertragsbeziehung zur Gesellschaft“ betroffen, „ohne auf das durch den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag vermittelte Rechtsverhältnis zum Entleiher auszustrahlen. Der Geschäftsführeranstellungsvertrag behält seine Rechtswirksamkeit. Die Neubegründung eines weiteren Anstellungsverhältnisses bei dem Entleiher ist durch den Schutzzweck des AÜG nicht veranlasst.“<sup>16</sup>

Entgegen der Auffassung des LAG liege auch kein institutioneller Rechtsmissbrauch vor. Eine „Umgehung zwingender arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften zur Verhinderung einer gesetzlich an sich vorgesehenen Begründung eines Rechtsverhältnisses zur Beklagten“ sei nicht intendiert gewesen.<sup>17</sup> Ausschlaggebend sei hier die umfassende unternehmerische Betätigung der T.GmbH, welche über eine „Ein-Mann-GmbH“ mit dem einzigen Zweck des Verleihs des Klägers hinausgehe.

Die „Zwischenschaltung der T.GmbH“ stelle auch kein Scheingeschäft i.S.d. § 117 Abs. 1 BGB dar, durch das ein Arbeitsverhältnis hätte verdeckt werden sollen. Vielmehr hätten beide Vertragspartner übereinstimmend Rahmenvereinbarungen zur Überlassung von Arbeitskräften geschlossen.<sup>18</sup>

<sup>12</sup> LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 1.12.2015, 1 Sa 439 b/14, Rn. 90, zitiert nach juris.

<sup>13</sup> BAG ZIP 2017, 836, 838.

<sup>14</sup> BAG ZIP 2017, 836, 838.

<sup>15</sup> BAG ZIP 2017, 836, 838 f.

<sup>16</sup> BAG ZIP 2017, 836, 839.

<sup>17</sup> BAG ZIP 2017, 836, 840.

<sup>18</sup> BAG ZIP 2017, 836, 840.

### 3. Zusammenfassung

Als Kernaussagen lassen sich festhalten:

Das AÜG gelangt (nur) zur Anwendung, wenn Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung an einen Dritten überlassen werden und dessen Direktionsrecht unterliegen. Die gesetzgeberische Wertung, wonach bei Vorliegen einer Verleiherlaubnis kein Arbeitsverhältnis zum Entleiher begründet werde, ist „auf die (Selbst-)Überlassung des Alleingeschafters und alleinigen Geschäftsführers einer GmbH grundsätzlich übertragbar. Dies jedenfalls, solange dieser „die weisungsgebundenen Arbeitsleistungen nach dem tatsächlichen Geschäftsinhalt der unter seiner Beteiligung getroffenen Überlassungsvereinbarung nicht bereits von vornherein persönlich zu erbringen hatte.“<sup>19</sup>

Auf Seiten des Entleihers – und das ist mit Blick auf anzulegende Sorgfaltsmaßstäbe bedeutsam – besteht keine (!) Verpflichtung zur Überprüfung der konkreten Rechtsbeziehung zwischen der überlassenen Arbeitskraft und dem Verleiher.

Institutioneller Rechtsmissbrauch liegt hier nicht vor, da eine „Umgehung zwingender arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften zur Verhinderung einer gesetzlich an sich vorgesehenen Begründung eines Rechtsverhältnisses zur Beklagten“ nicht intendiert gewesen sei. Als ausschlaggebend wird die umfassende unternehmerische Betätigung der T.GmbH, welche über eine „Ein-Mann-GmbH“ mit dem einzigen Zweck des Verleihs des Klägers hinausging, angeführt.

Die „Zwischenschaltung der T.GmbH“ stelle auch kein Scheingeschäft i.S.d. § 117 Abs. 1 BGB dar, durch das ein Arbeitsverhältnis hätte verdeckt werden sollen. Vielmehr hätten beide Vertragspartner übereinstimmend Rahmenvereinbarungen zur Überlassung von Arbeitskräften geschlossen.

### III. Bemerkungen

Mit der AÜG – Novelle 2017 wurde § 1 AÜG neu gefasst. Gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG<sup>20</sup> bedürfen Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeiter) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen (Arbeitnehmerüberlassung) wollen, weiterhin der Erlaubnis.

In § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG wird Arbeitnehmerüberlassung nun definiert: Arbeitnehmerüberlassung liegt danach vor, wenn *Arbeitnehmer* in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und seinen Weisungen unterliegen. Weitere Zulässigkeitsvoraussetzung ist gemäß § 1 Abs. 1 Satz 3 AÜG, dass zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeiter ein Arbeitsverhältnis besteht.

Nach wie vor ist das AÜG auf die „Selbstüberlassung“ des Nicht-Arbeitnehmers also nicht anwendbar. Wird eine Person überlassen, die nicht Arbeitnehmer des Verleihers ist, ohne gegen § 1 Abs. 1 Satz 1, 5 und 6 AÜG zu verstoßen, wirkt sich dies weiterhin nur auf das Innenverhältnis, nicht jedoch auf das Außenverhältnis zum Entleiher aus.

Nur bei Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages zwischen Leiharbeiter und Verleiher wegen Verstößen gegen § 1 Abs. 1 Satz 1, 5 und 6 AÜG (also gegen die Erlaubnispflicht sowie die Kennzeichnungs- und Konkretisierungspflicht) oder § 1 Abs. 1b AÜG (also die Verletzung der Höchstüberlassungsdauer) kommt es zur Fiktion des Arbeitsverhältnisses. Für den Fall, dass *Arbeitnehmer* von einem anderen als dem Verleiher überlassen werden (früher möglicher Kettenverleih), ordnet der neu eingefügte § 10a AÜG die entsprechende Anwendung von § 9 Abs. 1 Nr. 1 bis 1b und § 10 AÜG an; die Fiktion des Arbeitsverhältnisses erfolgt zum Erstentleiher.

Aus der Perspektive des strafrechtlichen Beraters ist die gewählte Gestaltung keineswegs ohne Risiken. Der vorliegende Fall erinnert an die in der Praxis häufig anzutreffende Konstellation, in der alles reibungslos funktioniert – solange *beide* Seiten profitieren. Auseinandersetzungen der vorliegenden Art resultieren erfahrungsgemäß aus dem Rückgang der Beschäftigung oder Uneinigkeit über deren Vergütung und sind ebenfalls zu beobachten, wenn Auftragnehmer kurz vor Eintritt in das Rentenalter ihre soziale Absicherung überdenken.

<sup>19</sup> BAG ZIP 2017, 836, 838 f.

<sup>20</sup> In der Fassung vom 21.2.2017, gültig seit 1.4.2017.

Der Alleingesellschafter und Alleingeschäftsführer einer GmbH genießt aufgrund seiner Rechtsmacht keinen arbeitsrechtlichen Schutz; eine Arbeitnehmereigenschaft liegt nicht vor. Korrespondierend dazu unterliegt der Alleingesellschafter und Alleingeschäftsführer einer GmbH auch nicht der Sozialversicherungspflicht.<sup>21</sup>

Hätte der 9. Senat des BAG anders entschieden und auf ein Arbeitsverhältnis erkannt, wäre die Beklagte (ungeachtet etwaiger Gegenansprüche gegen den Kläger) nicht unerheblichen Nacherhebungen der Sozialversicherungsträger und des Fiskus ausgesetzt gewesen. Des einen Freud, des anderen Leid.

Aber das Risiko der Beklagten war hier nicht nur finanzieller Art. Derartige Fälle ziehen regelmäßig strafrechtliche Ermittlungen nach sich, wobei die subjektive Tatseite und/oder Irrtumsfragen über strafrechtliche Konsequenzen z.B. nach § 266a StGB, § 370 AO häufig genug den Ausschlag geben. Gleiches gilt im Zusammenhang mit etwaigen Beitragsnacherhebungen, wenn es darum geht, ob diese im Rahmen der 4-jährigen Regelverjährung oder – bei bedingtem Vorsatz in sozialversicherungsrechtlichem Sinne – 30 Jahre lang möglich sind.

Die Entscheidung lässt den auf arbeitsrechtlichem Terrain nicht ganz trittsicheren Strafverteidiger und strafrechtlichen Berater mit der Frage zurück, ob sich ein Strafgericht über die Beweggründe des Abschlusses der Rahmenvereinbarung zur Arbeitnehmerüberlassung wohl dieselbe Überzeugung gebildet hätte, wie der 9. Senat des BAG. Die Lesart der Strafverfolger wäre mit einiger Wahrscheinlichkeit eine andere.

---

<sup>21</sup> Jüngst: LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 28.3.2017, L 11 R 1310/16, recherchiert in juris.