

BUNDESARBEITSGERICHT



7 AZR 451/11
7 Sa 1583/10
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
18. Juli 2012

URTEIL

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 18. Juli 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Linsenmaier, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Zwanziger

und Prof. Dr. Kiel sowie die ehrenamtlichen Richter Willms und Busch für Recht erkannt:

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 6. Mai 2011 - 7 Sa 1583/10 - wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob die sachgrundlose Befristung ihres Arbeitsverhältnisses wirksam ist. 1

Die Klägerin war aufgrund eines schriftlichen Arbeitsvertrags vom 2. Oktober 2007 ab dem 1. Januar 2008 bei der Beklagten als „Mitarbeiterin Farblager/Plattenkontrolle“ tätig. Im Arbeitsvertrag ist eine wöchentliche Arbeitszeit von 35 Stunden und ein tariflicher Stundenlohn iHv. 13,05 Euro vereinbart. Zudem soll das Arbeitsverhältnis bis zum 31. Dezember 2009 sachgrundlos befristet sein. 2

Zuvor war die Klägerin bei der M GmbH mit Sitz in T tätig. Grundlage war zunächst ein sachgrundlos befristeter schriftlicher Arbeitsvertrag für den Zeitraum vom 11. September 2006 bis zum 31. August 2007. Dieser Vertrag wurde schriftlich bis zum 31. Dezember 2007 verlängert. Die M GmbH hat als Unternehmensgegenstand die Herstellung und den Vertrieb von Verpackungen. Über eine Erlaubnis zur gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung verfügte sie nicht. Die M GmbH und die Beklagte haben als einzige Gesellschafterin die M Beteiligungs- und Verwaltungs GmbH. Diese Gesellschaft schloss als herrschendes Unternehmen am 10. Mai 2006 mit der Beklagten und am 16. Oktober 2006 mit der M GmbH einen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag. 3

Die arbeitsvertraglichen Regelungen zwischen der Klägerin und der M GmbH sahen als Arbeitsort der Klägerin die Betriebsstätte der Beklagten in D vor. Dort erbrachte die Klägerin ihre Arbeitsleistung für die Beklagte. Dafür stellte die M GmbH der Beklagten die Lohn- und Lohnnebenkosten in Rechnung. Ein Einsatz der Klägerin in T bei der M GmbH war nicht vorgesehen. Neben der Klägerin waren noch fünf weitere Arbeitnehmer in gleicher Weise eingesetzt. Hintergrund des Einsatzes der sechs Arbeitnehmer war, dass die Beklagte noch bis zum 31. Juli 2007 die Tarifverträge für die Druckindustrie zur Anwendung brachte; erst danach wandte sie aufgrund eines mit der Gewerkschaft ver.di geschlossenen Überleitungstarifvertrags die Tarifwerke für die Papier, Pappe und Kunststoff verarbeitende Industrie an. Demgegenüber war die M GmbH nicht tarifgebunden.

4

Mit ihrer am 23. November 2009 zugestellten Klage hat die Klägerin die Rechtsunwirksamkeit der Befristung ihres Arbeitsvertrags mit der Beklagten zum 31. Dezember 2009 geltend gemacht. Sie hat sich darauf berufen, die Beklagte habe gemeinsam mit der M GmbH in rechtsmissbräuchlicher Weise eine Vertragskonstruktion gewählt, um zu verhindern, dass der sachgrundlosen Befristung ihres Arbeitsvertrags mit der Beklagten eine Zuvorbeschäftigung nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG entgegenstehe. Die Beklagte und die M GmbH seien als einheitlicher Arbeitgeber zu betrachten. Jedenfalls liege eine unzulässige Arbeitnehmerüberlassung der M GmbH an die Beklagte vor, sodass kraft gesetzlicher Fiktion bereits vor dem Vertragsschluss mit der Beklagten zwischen den Parteien ein sachgrundlos befristetes Arbeitsverhältnis bestanden habe. Diese Zuvorbeschäftigung stehe der sachgrundlosen Befristung des Arbeitsvertrags vom 2. Oktober 2007 entgegen.

5

Die Klägerin hat zuletzt beantragt

6

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgrund der Befristung vom 2. Oktober 2007 zum 31. Dezember 2009 beendet worden ist,
2. im Falle des Obsiegens mit dem Antrag zu 1. die Beklagte zu verurteilen, die Klägerin bis zum rechtskräftigen Abschluss des Befristungsrechtsstreits zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Mitarbeiterin Farblager/Plattenkontrolle weiterzube-

schäftigen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat vorgebracht, zwischen den Parteien sei vor dem Abschluss des befristeten Vertrags vom 2. Oktober 2007 kein Arbeitsverhältnis zustande gekommen. Die M GmbH habe zum Zeitpunkt des Abschlusses des Arbeitsvertrags mit der Klägerin infolge einer konzernweiten Restrukturierung geplant, eine eigene Betriebsstätte in D aufzubauen. An einer weiteren personellen Ausweitung der Beklagten habe der Konzern seinerzeit wegen der damit verbundenen höheren Kostenstruktur kein Interesse gehabt. Im Jahr 2006 habe sich die Beklagte unter einem erheblichen Kostendruck befunden und sei daher gehalten gewesen, Kosteneinsparungen durchzuführen. Nachdem es gelungen sei, die Bindung an die Tarifverträge für die Druckindustrie durch den Anerkennungstarifvertrag hinsichtlich der Tarifverträge der Papier, Pappe und Kunststoff verarbeitenden Industrie zu beseitigen, habe die M GmbH den Aufbau eines eigenen Betriebs in D nicht mehr weiterverfolgt.

7

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat ihr auf die Berufung der Klägerin stattgegeben. Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte den Klageabweisungsantrag weiter. Die Klägerin begehrt die Zurückweisung der Revision.

8

Entscheidungsgründe

A. Die Revision ist hinsichtlich des Klageantrags zu 1. unbegründet. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht unter Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung dem Befristungskontrollantrag stattgegeben. Der Klageantrag ist zulässig. Er ist auch begründet.

9

I. Das Feststellungsinteresse nach § 256 Abs. 1 ZPO für den Befristungskontrollantrag ergibt sich schon aus der in § 17 Satz 1 TzBfG geregelten dreiwöchigen Klagefrist. Eine Befristungskontrollklage kann auch - wie hier - schon

10

vor dem vereinbarten Befristungsende erhoben werden (*vgl. BAG 23. Juni 2010 - 7 AZR 1021/08 - Rn. 12 mwN, AP TzBfG § 14 Nr. 76 = EzA BGB 2002 § 620 Altersgrenze Nr. 8*).

- II. Die Klage ist hinsichtlich des Antrags zu 1. begründet. 11
1. Mit der bereits am 23. November 2009 zugestellten Klage hat die Klägerin die am 21. Januar 2010 ablaufende Klagefrist des § 17 Satz 1 TzBfG gewahrt. 12
2. Die sachgrundlose Befristung des Arbeitsverhältnisses der Parteien ist nicht nach § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG zulässig. Eine Befristung nach dieser Bestimmung ist nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG unzulässig, weil bereits zuvor mit demselben Arbeitgeber ein unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Die Voraussetzungen dieses auch als „Vorbeschäftigungsverbot“ bezeichneten Anschlussverbots (*siehe zur Kritik am Begriff „Vorbeschäftigungsverbot“: Hunold NZA 2012, 431, 432; vgl. auch BAG 18. Oktober 2006 - 7 AZR 145/06 - Rn. 16, BAGE 120, 34*) liegen vor. Das ergibt sich nicht bereits dadurch, dass die Beklagte und die M GmbH derselbe Arbeitgeber iSv. § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG gewesen wären. Zwischen den Parteien ist jedoch nach dem Arbeitnehmerüberlassungsrecht bereits vor dem Abschluss des Vertrags vom 2. Oktober 2007 durch den Einsatz der Klägerin bei der Beklagten ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen, sodass eine dem Anschlussverbot zuwiderlaufende Vorbeschäftigung vorliegt. 13
- a) Die Beklagte und die M GmbH sind nicht derselbe Arbeitgeber iSv. § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG. Das setzt voraus, dass Vertragspartner des Arbeitnehmers bei beiden Verträgen dieselbe natürliche oder juristische Person ist, auch wenn zwischen den Arbeitgebern - wie hier - ein Konzernverbund besteht (*BAG 18. Oktober 2006 - 7 AZR 145/06 - Rn. 13, BAGE 120, 34; 9. Februar 2011 - 7 AZR 32/10 - Rn. 15, AP TzBfG § 14 Nr. 80 = EzA AÜG § 10 Nr. 14*). Die Beklagte und die M GmbH sind unterschiedliche juristische Personen. 14

- b) Zwischen den Parteien ist jedoch bereits vor dem Abschluss des Arbeitsvertrags vom 2. Oktober 2007 aufgrund des Einsatzes der Klägerin bei der Beklagten ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen, sodass eine das Anschlussverbot auslösende Vorbeschäftigung vorlag. Maßgeblich ist dabei die Fassung des AÜG, wie sie während des Einsatzes der Klägerin bei der Beklagten in der Zeit vom 11. September 2006 bis zum 31. Dezember 2007 galt (*Bekanntmachung vom 3. Februar 1995, BGBl. I S. 158, für den maßgeblichen Zeitraum zuletzt geändert durch Gesetz vom 14. März 2005, BGBl. I S. 721, und Verordnung vom 31. Oktober 2006, BGBl. I S. 2407; im Folgenden: AÜG aF*). Zwischen den Parteien ist bereits in dieser Zeit nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen, weil der Arbeitsvertrag zwischen der Klägerin und der M GmbH nach § 9 Nr. 1 AÜG aF rechtsunwirksam war. Der Einsatz der Klägerin bei der Beklagten stellte eine gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung dar, für die die M GmbH einer - hier nicht vorliegenden - Erlaubnis bedurfte. Das Konzernprivileg nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG aF stand nicht entgegen. 15
- aa) Der Einsatz der Klägerin durch die M GmbH bei der Beklagten stellte eine gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF dar und löste damit die in dieser Vorschrift geregelte Erlaubnispflicht aus. 16
- (1) Die Klägerin war während ihres Einsatzes vollständig weisungsgebunden in den Betrieb der Beklagten eingegliedert, sodass eine Arbeitnehmerüberlassung nach der gesetzlichen Regelung vorlag (*vgl. BAG 18. Januar 2012 - 7 AZR 723/10 - Rn. 26 ff., ZTR 2012, 404*). 17
- (2) Diese Überlassung war auch gewerbsmäßig iSd. Vorschrift. Gewerbsmäßig iSv. § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF ist jede nicht nur gelegentliche, sondern auf eine gewisse Dauer angelegte und auf Erzielung unmittelbarer oder mittelbarer wirtschaftlicher Vorteile gerichtete selbstständige Tätigkeit (*dazu zuletzt BAG 9. Februar 2011 - 7 AZR 32/10 - Rn. 35 mwN, AP TzBfG § 14 Nr. 80 = EzA AÜG § 10 Nr. 14*). 18
- (a) Die Überlassung der Klägerin war dauerhaft in diesem Sinne. 19

(aa) Das Erfordernis der Dauerhaftigkeit dient dazu, Bagatellfälle auszuklammern (BAG 16. März 2000 - 2 AZR 196/99 - zu 3 a der Gründe, EzAÜG AÜG § 1 Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung Nr. 34). Die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung soll damit gegenüber dem nur gelegentlichen Verleih von Arbeitnehmern abgegrenzt werden (so bereits BAG 8. November 1978 - 5 AZR 261/77 - zu II 2 a der Gründe mwN, BAGE 31, 135). Aus dem Anwendungsbereich des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes fällt damit grundsätzlich nur die einmalige und kurzfristige Arbeitnehmerüberlassung heraus (ErfK/Wank 12. Aufl. § 1 AÜG Rn. 33; vgl. auch HWK/Kalb 5. Aufl. § 1 AÜG Rn. 34). Abzustellen ist darauf, ob die Arbeitnehmerüberlassung im Einzelfall der Hauptzweck des Geschäfts ist (BAG 18. Februar 1988 - 2 AZR 578/87 - zu III 2 b bb der Gründe, EzAÜG BGB § 613a Nr. 4; 15. Juni 1983 - 5 AZR 111/81 - zu I 3 a der Gründe, BAGE 43, 102). Inwieweit Arbeitnehmerüberlassung den Gegenstand der Tätigkeit des Unternehmens des Verleihers darstellt, ist dagegen unerheblich. Eine Einschränkung der Erlaubnispflicht auf Unternehmen, deren Unternehmensgegenstand ausschließlich oder überwiegend in der Überlassung von Arbeitnehmern liegt, ist mit dem Schutzzweck des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes nicht zu vereinbaren (BAG 8. November 1978 - 5 AZR 261/77 - aaO; vgl. auch 9. Februar 2011 - 7 AZR 32/10 - Rn. 32, AP TzBfG § 14 Nr. 80 = EzA AÜG § 10 Nr. 14).

(bb) Hiernach war die Überlassung der Klägerin dauerhaft. Ohne Bedeutung für die Entscheidung ist, dass es nicht überwiegender Zweck der Tätigkeit der M GmbH war, Arbeitnehmer zu überlassen. Die Überlassung der Klägerin war für sich betrachtet Hauptzweck des hier in Frage stehenden konkreten Geschäfts und daher hinreichend dauerhaft in diesem Sinne. Die insgesamt länger als ein Jahr andauernde und wiederholte Überlassung der Klägerin durch die M GmbH an die Beklagte war iSd. Ausschlusses von Bagatellfällen weder einmalig noch kurzfristig.

(b) Die Überlassung der Klägerin durch die M GmbH an die Beklagte war auch auf die Erzielung zumindest mittelbarer wirtschaftlicher Vorteile gerichtet.

(aa) Liegen - wie hier - der Überlassung keine unmittelbaren gemeinnützigen Zwecke zugrunde, ist grundsätzlich anzunehmen, dass der Verleiher aus der Arbeitnehmerüberlassung unmittelbare oder mittelbare wirtschaftliche Vorteile ziehen will. Jedoch fehlt es regelmäßig an der Gewinnerzielungsabsicht, wenn die Überlassung lediglich gegen Erstattung der entstehenden Kosten erfolgen soll und dem Verleiher auch mittelbar keine wirtschaftlichen Vorteile erwachsen. Ein solcher mittelbarer wirtschaftlicher Vorteil liegt bei konzerninterner Arbeitnehmerüberlassung auch vor, wenn nicht der Verleiher selbst, sondern der konzerninterne Entleiher oder die Konzernmutter einen wirtschaftlichen Vorteil von der Arbeitnehmerüberlassung haben. Eine solche Situation ist ua. gegeben, wenn ein konzernzugehöriges Unternehmen Arbeitnehmer einstellt, um sie an andere Konzernunternehmen zu Bedingungen zu überlassen, die für diese Unternehmen mit geringeren Kosten verbunden sind als wenn sie die Arbeitnehmer selbst einstellen würden (*BAG 9. Februar 2011 - 7 AZR 32/10 - Rn. 36 f., AP TzBfG § 14 Nr. 80 = EzA AÜG § 10 Nr. 14 unter teilweiser Aufgabe von BAG 20. April 2005 - 7 ABR 20/04 - zu B II 2 c aa der Gründe, EzA AÜG § 14 Nr. 5, diese Entscheidung betraf jedoch den hier nicht vorliegenden Fall von Personalführungsgesellschaften*).

23

(bb) Im Streitfall traten zwar nicht bei der M GmbH, die für die Arbeitnehmerüberlassung lediglich die dadurch entstandenen Kosten erstattet erhielt, wohl aber bei der Beklagten, die mit der M GmbH durch die gemeinsame Alleingesellschafterin - mit der zudem jeweils Gewinnabführungsverträge bestehen - konzernverbunden ist, wirtschaftliche Vorteile ein. Denn Zweck der von der Beklagten und der M GmbH gewählten Konstruktion war es, in D, wo die Beklagte ihren Sitz hat, die Beschäftigung von Arbeitnehmern zu ermöglichen, die nicht an die für die Beklagte geltenden Tarifverträge gebunden waren. Es wäre der Beklagten nicht möglich gewesen, tarifgebundene Arbeitnehmer einzustellen, ohne die tariflichen Arbeitsbedingungen gewähren zu müssen. Dass diese Arbeitsbedingungen günstiger waren als die Arbeitsbedingungen, die der Klägerin und den anderen überlassenen Arbeitnehmern gewährt wurden, folgt schon daraus, dass es gerade die sich aus der Tarifbindung ergebende Kostenstruktur war, die der Beklagten vor der Änderung ihrer tariflichen Lage

24

durch eine tarifliche Regelung mit der Gewerkschaft ver.di eine Ausdehnung erschwerte. Angesichts dieser Zielrichtung der Überlassung kommt es nicht mehr darauf an, ob die Klägerin konkret kostengünstiger arbeitete, als wenn zwischen ihr und der Beklagten ein nach den Tarifverträgen der Druckindustrie geregeltes Arbeitsverhältnis zustande gekommen wäre. Die im Hinblick auf die Feststellung der Gewinnerzielungsabsicht durch das Landesarbeitsgericht von der Beklagten erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft; sie greifen nicht durch (§ 564 ZPO).

bb) Die Erlaubnispflicht entfiel auch nicht aufgrund des „Konzernprivilegs“ des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG aF. Nach dieser Vorschrift ist das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz - mit Ausnahme einiger hier nicht in Betracht kommender Bestimmungen - nicht anzuwenden auf die Arbeitnehmerüberlassung zwischen Konzernunternehmen iSv. § 18 AktG, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit vorübergehend nicht bei seinem Arbeitgeber leistet. Die Voraussetzungen dieser Regelung sind jedoch nicht erfüllt. 25

(1) Im vorliegenden Fall liegt allerdings eine konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung vor. Es reicht aus, dass - wie hier - Kapitalgesellschaften unter der Leitung eines herrschenden Unternehmens (§ 15 ff. AktG) verbunden sind. Nicht erforderlich ist, dass der Konzern, dem Verleiher und Entleiher angehören, unter das Aktiengesetz fällt, also dem Konzern zumindest eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien angehört (*dazu BAG 5. Mai 1988 - 2 AZR 795/87 - zu III 2 d cc der Gründe, AP AÜG § 1 Nr. 8 = EzA ArbeitnehmerüberlassungsG § 1 Nr. 1*). 26

(2) Die Überlassung der Klägerin von der M GmbH an die Beklagte erfolgte jedoch nicht vorübergehend iSd. gesetzlichen Bestimmung. 27

(a) Für die Frage, wann eine Arbeitnehmerüberlassung innerhalb eines Konzerns als „vorübergehend“ iSv. § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG aF zu erachten ist, kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an (*vgl. BAG 21. März 1990*). 28

- 7 AZR 198/89 - zu I 3 b cc der Gründe, BAGE 65, 43). Nach dem gesetzlichen Leitbild setzt eine vorübergehende Überlassung im Konzern dabei zumindest voraus, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung „normalerweise“ gegenüber seinem Vertragsarbeitgeber erbringt (vgl. Brors/Schüren BB 2005, 494; Waas in Thüsing AÜG 3. Aufl. § 1 Rn. 194b f.) und lediglich anlassbezogen einer anderen Konzerngesellschaft zur Arbeitsleistung überlassen wird. Denn nur unter dieser Voraussetzung ist sichergestellt, dass der Schutzzweck des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes nicht berührt wird. Hat der Arbeitnehmer keinen echten „Stammarbeitsplatz“, unterscheidet sich Arbeitnehmerüberlassung im Konzern letztlich nicht von einer Arbeitnehmerüberlassung außerhalb des Konzerns, die der Gesetzgeber als erlaubnispflichtig ansieht. Es geht dann nicht um die Eröffnung eines konzerninternen Arbeitsmarkts (dazu BT-Drucks. 10/3206 S. 33), sondern um die Begründung einer bloßen Überlassungsmöglichkeit.

(b) Da die Klägerin bei der M GmbH keinen solchen Stammarbeitsplatz hatte, sondern von vornherein bei der Beklagten eingesetzt wurde, liegen die Voraussetzungen für die Anwendung des Konzernprivilegs nicht vor. Unerheblich ist, dass bereits vor der Überlassung in Aussicht genommen wurde, möglicherweise später durch Ausdehnung der Aktivitäten der M GmbH auf den Standort D einen solchen Stammarbeitsplatz zu schaffen. Dieser Umstand ändert nichts daran, dass ein solcher zu Beginn der Überlassung und später während der Überlassung nicht vorhanden war.

29

B. Der mit dem Klageantrag zu 2. gestellte Weiterbeschäftigungsantrag fällt dem Senat nicht zur Entscheidung an, da der Rechtsstreit über die Befristungskontrollklage mit der Verkündung der Entscheidung des Senats über den Klageantrag zu 1. rechtskräftig abgeschlossen ist (vgl. BAG 19. Oktober 2011 - 7 AZR 253/07 - Rn. 32, MDR 2012, 783).

30

C. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

31

Linsenmaier

Kiel

Zwanziger

Busch

Willms