

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 859/11
2 Sa 26/11
Landesarbeitsgericht
Saarland

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
20. Februar 2014

URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20. Februar 2014 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Kreft, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Berger und Dr. Rinck sowie den ehrenamtlichen Richter Prof. Dr. Sieg und die ehrenamtliche Richterin Nielebock für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Saarland vom 22. Juni 2011 - 2 Sa 26/11 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

- Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung. 1
- Der Beklagte ist der im Laufe des Revisionsverfahrens bestellte Insolvenzverwalter über das Vermögen der Schlecker XL GmbH (im Folgenden: Schuldnerin). Die Schuldnerin betrieb bundesweit mehrere Drogeriemärkte. Zumindest bis zur Insolvenzeröffnung war sie rechtlich verflochten mit dem Unternehmen des Einzelkaufmanns Anton Schlecker (im Folgenden: Anton Schlecker); dieses ist gleichfalls insolvent. 2
- Die 1955 geborene Klägerin war seit dem 1. September 1997 bei Anton Schlecker als Verkaufsstellenverwalterin/Erste Verkäuferin tätig, zuletzt in der Filiale Ü. Das Geschäftslokal wurde zum 31. Oktober 2009 geschlossen. Am 2. November 2009 eröffnete die Schuldnerin auf der gegenüberliegenden Straßenseite - in zuvor leer stehenden Räumlichkeiten - einen ihrer „XL“-Märkte. 3
- Am 26. Oktober 2009 schloss die Klägerin mit Anton Schlecker einen schriftlichen Aufhebungsvertrag zum 31. des Monats. Darin heißt es: „Resturlaubsanspruch wird mit zu XL - genommen (Rest 1 [Tag] ...)“. Ab dem 2. November 2009 war die Klägerin bei der M GmbH (im Folgenden: M) im Leiharbeitsverhältnis als „Mitarbeiterin Verkauf“ angestellt. Grundlage dieser Beschäftigung waren ein Arbeitsvertrag vom 14. Oktober 2009 und ein „Begrü- 4

ßungsschreiben“ vom gleichen Tage. M überließ die Klägerin der Schuldnerin, die sie in ihrem „XL“-Markt in G einsetzte. Am 18. Januar 2010 schloss die Klägerin mit der Schuldnerin einen Arbeitsvertrag mit Wirkung zum 1. Februar 2010. Mit einem neuerlichen „Begrüßungsschreiben“ wurde sie aufgefordert, sich wegen der Beendigung eines ggf. noch zu einem anderen Arbeitgeber bestehenden Arbeitsverhältnisses „schnellstmöglich“ mit ihren Vorgesetzten in Verbindung zu setzen. Daraufhin schloss sie mit M einen Aufhebungsvertrag zum 31. Januar 2010.

Die Schuldnerin, die regelmäßig mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigte, setzte die Klägerin weiterhin als Verkäuferin in ihrer Filiale G ein. Mit Schreiben vom 7. Juli 2010 kündigte sie das Arbeitsverhältnis der Parteien ordentlich zum 31. August 2010. 5

Die Klägerin hat mit ihrer rechtzeitig erhobenen Klage geltend gemacht, die Kündigung sei sozial ungerechtfertigt. Das Kündigungsschutzgesetz finde Anwendung. Die Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG sei aufgrund anzurechnender Vorbeschäftigungszeiten erfüllt. Die ehemals durch Anton Schlecker betriebene Verkaufsstelle Ü sei nicht stillgelegt, sondern durch die Schuldnerin im Wege eines Betriebs(teil)übergangs iSv. § 613a BGB übernommen und als „XL“-Markt weitergeführt worden. Unabhängig davon hätten die Schuldnerin und Anton Schlecker einen Gemeinschaftsbetrieb geführt. Zum Abschluss des Aufhebungsvertrags mit Anton Schlecker sei sie - die Klägerin - durch die Zusage einer Weiterbeschäftigung im Drogeriemarkt G bestimmt worden. Auch sei ihr langfristig ein Wechsel zurück nach Ü in Aussicht gestellt worden. Mit der Aufhebung des Arbeitsverhältnisses und der Zwischenbeschäftigung bei M habe das Kündigungsschutzgesetz umgangen werden sollen. Die Vereinbarungen seien deshalb unwirksam. 6

Die Klägerin hat - soweit für das Revisionsverfahren von Interesse - beantragt 7

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung vom 7. Juli 2010 nicht aufgelöst worden ist.

Die Schuldnerin hat beantragt, die Klage abzuweisen. Auf Kündigungsgründe iSv. § 1 Abs. 2 KSchG komme es nicht an. Das Arbeitsverhältnis der Parteien habe im Kündigungszeitpunkt noch nicht länger als sechs Monate bestanden. Die bei anderen Arbeitgebern erbrachten Beschäftigungszeiten der Klägerin seien nicht zu berücksichtigen. Die gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen zwischen ihr und Anton Schlecker und die unternehmerische Zusammenarbeit der Unternehmen seien hierfür kein Grund. Ein Betriebs(teil)übergang liege nicht vor. Sie habe weder sächliche Betriebsmittel der Verkaufsstelle Ü, noch einen Großteil des dort beschäftigten Personals übernommen. Im Übrigen beruhe die Kündigung auf Schlechtleistungen der Klägerin. 8

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter. 9

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. Mit der von ihm gegebenen Begründung durfte das Landesarbeitsgericht die Klage nicht abweisen. Der Rechtsstreit ist nicht entscheidungsreif. Dies führt zur Aufhebung des Berufungsurteils (§ 562 Abs. 1 ZPO) und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). 10

A. Die von Amts wegen zu prüfenden Prozessfortsetzungsvoraussetzungen liegen vor. Die Klägerin hat den Rechtsstreit, der durch das am 28. März 2012 eröffnete Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin gemäß § 46 Abs. 2 ArbGG, § 240 Satz 1 ZPO unterbrochen war, durch einen am 28. Februar 2013 beim Bundesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz wirksam gegen den Beklagten aufgenommen (§ 86 Abs. 1 InsO). 11

I. Die Klägerin kann im Falle des Obsiegens mit ihrer Feststellungsklage vermögensrechtliche Ansprüche geltend machen. Die damit verbundene mittelbare Betroffenheit der Insolvenzmasse führte dazu, dass der Kündigungs- 12

rechtsstreit durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin unterbrochen wurde (*BAG 18. Oktober 2006 - 2 AZR 563/05 - Rn. 19, BAGE 120, 27*).

II. Die Aufnahme des Verfahrens gegen den Insolvenzverwalter war mit dem von der Klägerin gestellten Antrag iSv. § 240 Satz 1 ZPO iVm. § 86 Abs. 1 InsO zulässig. 13

1. Nach § 86 Abs. 1 Nr. 3 InsO können Rechtsstreitigkeiten, die zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegen den Schuldner anhängig sind, sowohl vom Insolvenzverwalter als auch vom Gegner aufgenommen werden, wenn sie eine „Masseverbindlichkeit“ iSv. §§ 54, 55 InsO betreffen. Zu den Masseverbindlichkeiten nach § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO zählen ua. Ansprüche aus gegenseitigen Verträgen, die nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu erfüllen sind. Masseverbindlichkeiten können dementsprechend durch Bestandschutzprozesse entstehen, wenn das Arbeitsverhältnis nicht nur die Grundlage für in der Vergangenheit begründete Insolvenzforderungen ist, sondern sein Bestand über den Eröffnungszeitpunkt hinaus geklärt werden soll (*BAG 18. Oktober 2006 - 2 AZR 563/05 - Rn. 25, BAGE 120, 27; 15. Dezember 1987 - 3 AZR 420/87 - zu III 2 b der Gründe, BAGE 57, 152*). 14

2. Diese Voraussetzung ist gegeben. Sollte die Kündigung vom 7. Juli 2010 unwirksam sein, ist von einem Fortbestand des Arbeitsverhältnisses bis zum 30. November 2012 auszugehen. Zu diesem Termin hat der Insolvenzverwalter das Arbeitsverhältnis vorsorglich erneut gekündigt. Die Klägerin hat ihre dagegen gerichtete Kündigungsschutzklage zwischenzeitlich zurückgenommen. Ein anderer Beendigungstatbestand ist nicht geltend gemacht. Bei den möglichen Vergütungsansprüchen der Klägerin, die auf den Zeitraum nach Insolvenzeröffnung bis zum 30. November 2012 entfallen, handelt es sich um Masseverbindlichkeiten. 15

B. Ob die Kündigung vom 7. Juli 2010 wirksam ist, steht noch nicht fest. 16

I. Die bisherigen Feststellungen tragen nicht das Ergebnis, die Kündigung sei mangels Erfüllung der Wartezeit (§ 1 Abs. 1 KSchG) nicht am Maßstab des Kündigungsschutzgesetzes zu messen. Zwar bestand das zwischen den Parteien begründete Arbeitsverhältnis im Kündigungszeitpunkt noch keine sechs Monate. Es liegen auch keine Umstände vor, die typischerweise zu einer Anrechnung von Beschäftigungszeiten führen, die der Arbeitnehmer in einem vorangegangenen Arbeitsverhältnis - ggf. bei einem anderen Arbeitgeber - erbracht hat. Insbesondere sind die Voraussetzungen für einen Betriebs(teil)übergang oder einen Gemeinschaftsbetrieb nicht gegeben. Das Landesarbeitsgericht hat aber nicht geprüft, ob sich die Parteien nicht vertraglich - stillschweigend - auf die Berücksichtigung zumindest der bei Anton Schlecker erbrachten Beschäftigungszeiten verständigt haben. Auch hat es nicht alle Aspekte berücksichtigt, nach denen es dem Beklagten unter dem Gesichtspunkt eines Rechtsmissbrauchs verwehrt sein könnte, sich auf die Nichterfüllung der Wartezeit zu berufen. Eine eigene Sachentscheidung kann der Senat dazu nicht treffen. Es fehlt an den erforderlichen Feststellungen. 17

1. Nach § 1 Abs. 1 KSchG ist eine Kündigung dann rechtsunwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist und das Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat. Sinn und Zweck dieser „Wartezeit“ ist es, den Parteien des Arbeitsverhältnisses für eine gewisse Zeit die Prüfung zu ermöglichen, ob sie sich auf Dauer binden wollen (zB BAG 20. Juni 2013 - 2 AZR 790/11 - Rn. 12; 7. Juli 2011 - 2 AZR 12/10 - Rn. 21 mwN, BAGE 138, 321). 18

2. Auch wenn das Gesetz die sechsmonatige Wartezeit an einen ununterbrochenen rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses knüpft, so schadet nach dem Ziel der Regelung doch nicht jedwede rechtliche Zäsur. Wird etwa das Arbeitsverhältnis allein auf Veranlassung des Arbeitgebers für einen verhältnismäßig kurzen Zeitraum unterbrochen, so kann dieser sich in der Regel auf die von ihm selbst gesetzte Ursache nicht berufen (zu diesem aus § 162 BGB abgeleiteten Ansatz vgl. BAG 28. August 2008 - 2 AZR 101/07 - Rn. 18; 19

19. Juni 2007 - 2 AZR 94/06 - Rn. 13, BAGE 123, 185). Von einem „ununterbrochenen“ Arbeitsverhältnis iSv. § 1 Abs. 1 KSchG ist deshalb auch dann auszugehen, wenn sich ein neues Arbeitsverhältnis an ein vorangegangenes zwischen denselben Arbeitsvertragsparteien nahtlos anschließt. Selbst wenn mit der rechtlichen eine zeitliche Zäsur einhergeht, ist sie dann unschädlich, wenn die Dauer der tatsächlichen Unterbrechung verhältnismäßig kurz ist und zwischen den aufeinanderfolgenden Arbeitsverhältnissen ein enger sachlicher Zusammenhang besteht. Ob diese Voraussetzung erfüllt ist, hängt insbesondere vom Anlass der Unterbrechung und der Art der Weiterbeschäftigung ab (BAG 20. Juni 2013 - 2 AZR 790/11 - Rn. 13; 7. Juli 2011 - 2 AZR 12/10 - Rn. 22 mwN, BAGE 138, 321).

3. Wechselt der Inhaber des Betriebs oder Unternehmens, in dem der Arbeitnehmer beschäftigt ist, hat dies regelmäßig keinen Einfluss auf den Lauf der Wartefrist (*statt vieler KR/Griebeling 10. Aufl. § 1 KSchG Rn. 119 f.; vHH/L/Krause 15. Aufl. § 1 Rn. 116*). Liegt ein Betriebs(teil)übergang iSv. § 613a BGB vor, ergibt sich diese Folge unmittelbar aus Absatz 1 Satz 1 der Vorschrift. Danach tritt der Erwerber, auf den ein Betrieb oder ein Betriebsteil durch Rechtsgeschäft übergeht, kraft Gesetzes in die bestehenden Arbeitsverhältnisse ein. Selbst dann, wenn das Arbeitsverhältnis mit dem Veräußerer im Zuge des Betriebs(teil)übergangs durch Kündigung oder Aufhebungsvertrag aufgelöst und anschließend ein neues Arbeitsverhältnis mit dem Erwerber begründet wird, schließt dies die Anrechnung der beim früheren Betriebsinhaber erbrachten Beschäftigungszeiten des Arbeitnehmers nicht von vorneherein aus. Der Übernehmer muss sich aufgrund des Betriebs(teil)übergangs so behandeln lassen, als bestünden die arbeitsrechtlichen Beziehungen zum Veräußerer weiter. Wäre im Verhältnis zu diesem die rechtliche Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses unschädlich, gilt dies nach dem Schutzzweck von § 613a BGB und Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/23/EG auch gegenüber dem Betriebserwerber (*vgl. BAG 23. Mai 2013 - 2 AZR 54/12 - Rn. 26 f.; 27. Juni 2002 - 2 AZR 270/01 - zu B 3 der Gründe, BAGE 102, 58*).

20

4. Die Klägerin hat keinen Sachverhalt aufgezeigt, der nach diesen Grundsätzen die Annahme rechtfertigte, die Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG sei erfüllt. Das geht zu ihren Lasten. Der Arbeitnehmer trägt die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die persönlichen Voraussetzungen des allgemeinen Kündigungsschutzes vorliegen. Dazu gehört auch die Obliegenheit darzulegen, dass das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung mindestens sechs Monate „ohne Unterbrechung“ bestanden hat. Liegt unstreitig eine Unterbrechung vor, hat der Arbeitnehmer die Umstände darzulegen und ggf. zu beweisen, aus denen sich ergeben soll, dass sie sich mit Blick auf die Wartezeit als unschädlich erweist (vgl. BAG 20. Juni 2013 - 2 AZR 790/11 - Rn. 15 mwN; 10. Mai 2012 - 8 AZR 434/11 - Rn. 28). 21
- a) Die Parteien untereinander haben erstmals mit Wirkung zum 1. Februar 2010 einen Arbeitsvertrag geschlossen. Das Arbeitsverhältnis bestand im Kündigungszeitpunkt noch keine sechs Monate. Zuvor war die Klägerin - seit dem 2. November 2009 - bei M im Leiharbeitsverhältnis angestellt. Den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts ist nicht zu entnehmen, dass sie schon während dieser Beschäftigung in Wahrheit in einem Arbeitsverhältnis zur Schuldnerin stand. 22
- aa) Zeiten, die der Arbeitnehmer als Leiharbeitnehmer in den Betrieb des Entleihers eingegliedert war, finden in einem späteren Arbeitsverhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und dem Entleiher bei der Berechnung der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG grundsätzlich keine Berücksichtigung. Das gilt selbst dann, wenn sich dieses Arbeitsverhältnis nahtlos an die Überlassung anschließt und der Arbeitnehmer schon während seiner Tätigkeit als Leiharbeitnehmer im selben Betrieb eingesetzt war (vgl. vHH/L/Krause 15. Aufl. § 1 Rn. 123; HaKo-KSchR/Mayer 4. Aufl. § 1 KSchG Rn. 83; HWK/Quecke 4. Aufl. § 1 KSchG Rn. 10; Löwisch in Löwisch/Spinner/Wertheimer KSchG 10. Aufl. § 1 Rn. 63; KR/Griebeling 10. Aufl. § 1 KSchG Rn. 107). 23
- (1) Dafür spricht zunächst der Gesetzeswortlaut. § 1 Abs. 1 KSchG knüpft für die Geltung des allgemeinen Kündigungsschutzes an den - ununterbrochenen - rechtlichen Bestand eines Arbeitsverhältnisses mit dem 24

Arbeitgeber als Betriebsinhaber und nicht an eine tatsächliche Beschäftigung im Betrieb oder Unternehmen an (vgl. BAG 24. Januar 2013 - 2 AZR 140/12 - Rn. 14; 8. Dezember 1988 - 2 AZR 308/88 - zu 3 b der Gründe, BAGE 60, 282). Aufgrund der Tätigkeit im Rahmen eines Leiharbeitsverhältnisses entsteht kein Arbeitsverhältnis zum Entleiher. Das folgt im Umkehrschluss aus § 9 AÜG.

(2) Für ein solches Normverständnis spricht ferner Sinn und Zweck der Wartezeitregelung. Im Rahmen legaler, den Regelungen des AÜG unterfallender Arbeitnehmerüberlassung ist der Leiharbeitnehmer zwar weitgehend dem arbeitsbezogenen Weisungsrecht, der Organisationshoheit und der Dispositionsbefugnis des Entleihers und Betriebsinhabers unterstellt. Damit nimmt dieser aber lediglich in einem Teilbereich die Arbeitgeberfunktionen wahr. Andere Funktionen wie die Lohnzahlung, die Entgeltfortzahlung bei Krankheit und die Urlaubsgewährung fallen typischerweise dem Verleiher zu. Soweit den Leiharbeitnehmer in diesem Bereich Mitwirkungs- und Nebenpflichten treffen, kann der Entleiher regelmäßig nicht beurteilen, ob er sie ordnungsgemäß erfüllt. Ohne entsprechende Kenntnis wiederum ist eine sachgerechte, dem Gesetzeszweck genügende Erprobung nicht möglich. Das gilt auch dann, wenn die Beschäftigung des Leiharbeitnehmers dazu dient, einen „in der Regel“ vorhandenen Personalbedarf zu decken. Zwar zählen Leiharbeitnehmer in einem solchen Fall bei der Berechnung der Betriebsgröße iSv. § 23 Abs. 1 KSchG mit (BAG 24. Januar 2013 - 2 AZR 140/12 - Rn. 11 ff.). Dies beruht aber auf dem besonderen Ziel dieser Regelung. Es besteht darin, aus dem Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes solche Betriebe auszunehmen, die bei objektiver Betrachtung typische Merkmale eines Kleinbetriebs aufweisen. Für diese Beurteilung kommt es nicht entscheidend darauf an, ob der Arbeitgeber seinen Arbeitskräftebedarf durch eigene Arbeitnehmer oder durch Leiharbeitnehmer absichert, die seinem arbeitsbezogenen Weisungsrecht unterstehen. Dagegen kann der Erprobungszweck, der bei der Wartezeitregelung in § 1 Abs. 1 KSchG im Vordergrund steht, umfassend nur verwirklicht werden, wenn der Arbeitgeber im Rahmen eines mit ihm begründeten Arbeitsverhältnisses nicht nur die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers, sondern auch dessen sonstiges Verhalten zur ordnungsgemäßen Vertragserfüllung aus eigener Kenntnis zu beurteilen im-

25

stande ist (*in der Tendenz aA Kittner/Däubler/Zwanziger/Deinert KSchR 9. Aufl. § 1 KSchG Rn. 25*).

(3) Für Leiharbeitsverhältnisse, die von der Regelung des § 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 4 AÜG („Drehtürklausel“) erfasst werden, gilt nichts anderes. 26

(a) Nach dieser mit Wirkung zum 1. Mai 2011 in das Gesetz eingefügten Bestimmung wird der Gleichstellungsgrundsatz des § 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 AÜG durch einen auf das Leiharbeitsverhältnis anwendbaren Tarifvertrag dann nicht verdrängt, wenn der Leiharbeitnehmer in den letzten sechs Monaten vor der Überlassung an den Entleiher aus einem Arbeitsverhältnis bei diesem oder einem Arbeitgeber, der mit ihm einen Konzern iSd. § 18 AktG bildet, ausgeschieden ist. Damit soll eine Arbeitnehmerüberlassung in den fraglichen Fällen zwar nicht ganz unterbunden, es soll aber verhindert werden, dass Arbeitnehmer als Mitglieder der Stammebelegschaft entlassen und kurz darauf zu schlechteren Arbeitsbedingungen als Zeitarbeitskräfte wieder im Unternehmen(sverbund) beschäftigt werden (*BT-Drs. 17/4804 S. 9*). Zum Schutz der Leiharbeitnehmer soll in den gesetzlich beschriebenen Fällen der Grundsatz des „Equal Pay“ oder „Equal Treatment“ uneingeschränkt gelten (*vgl. ErfK/Wank 14. Aufl. § 3 AÜG Rn. 24a*). 27

(b) Die Regelung besagt nichts darüber, ob Vorbeschäftigungszeiten als Leiharbeitnehmer auf die Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG anzurechnen sind. Auf den Streitfall kommt sie ohnehin nicht zur Anwendung. § 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 4 AÜG gilt gemäß der Übergangsvorschrift in § 19 AÜG nicht für Leiharbeitsverhältnisse, die - wie das Arbeitsverhältnis der Klägerin zu M - vor dem 15. Dezember 2010 begründet worden sind. Die Vorschrift richtet sich zudem an den Verleiher, der seinen Arbeitnehmer zu Arbeitsbedingungen wie im Entleiherbetrieb beschäftigen muss, und nicht an den Entleiher. Hätte der Gesetzgeber mit der Bestimmung über ihren unmittelbaren Regelungsbereich hinaus bewirken wollen, dass Beschäftigungszeiten als Leiharbeitnehmer auf die Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG anzurechnen sind, wenn der Arbeitnehmer im Anschluss an die Überlassung vom Entleiher oder von einem mit diesem konzern- 28

rechtlich verbundenen Unternehmen eingestellt wird, hätte er dies deutlicher zum Ausdruck bringen müssen.

bb) Die Klägerin hat nicht geltend gemacht, dass M nicht im Besitz der erforderlichen Erlaubnis (§ 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG) gewesen und deshalb - kraft gesetzlicher Fiktion (§ 10 Abs. 1 Satz 1 iVm. § 9 Nr. 1 AÜG) - bereits vor dem 1. Februar 2010 ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien zustande gekommen sei. Ihr Arbeitsverhältnis mit M stellt auch kein Scheingeschäft iSv. § 117 Abs. 1 BGB dar. Nach dieser Bestimmung ist eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, nichtig, wenn sie mit dessen Einverständnis nur zum Schein abgegeben wird. Dahingehende Feststellungen hat das Landesarbeitsgericht nicht getroffen. Es hat nicht angenommen, M habe im Verhältnis zur Klägerin in der Weise als „Strohmann“ fungiert, dass die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis tatsächlich nicht mit ihr, sondern mit der Schuldnerin hätten begründet werden sollen, und die Klägerin damit einverstanden gewesen sei. Übergangenen Sachvortrag zeigt die Klägerin insoweit nicht auf. Ebenso wenig kann auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts angenommen werden, M habe im Rahmen des Leiharbeitsverhältnisses faktisch nicht die üblichen Arbeitgeberpflichten oder das Arbeitgeberrisiko (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 AÜG) übernommen - mit dem möglichen Ergebnis, dass nach § 1 Abs. 2 AÜG zu vermuten wäre, sie betreibe Arbeitsvermittlung. Im Übrigen hätte selbst dies nicht zur Folge, dass ein Arbeitsverhältnis zwischen der Klägerin und der Schuldnerin als Entleiherin begründet worden wäre (*zu den Rechtsfolgen der gesetzlichen Vermutung vgl. BAG 10. Dezember 2013 - 9 AZR 51/13 - Rn. 9; 15. Mai 2013 - 7 AZR 494/11 - Rn. 22*).

29

cc) Das Vorbringen der Klägerin, die „Zwischenschaltung“ des Leiharbeitsverhältnisses habe allein der Verkürzung bzw. Umgehung des ihr zustehenden kündigungrechtlichen Bestandsschutzes gedient, berechtigt nicht zu der Annahme, zwischen den Parteien habe in Wahrheit schon seit dem 2. November 2009 ein Arbeitsverhältnis bestanden. Werden durch ein Ausweichen auf Arbeitsvermittlung beim Entleiher geltende Arbeitsbedingungen in rechtsmiss-

30

bräuchlicher Weise umgangen, kann dies zu Leistungspflichten des Entleihers, nicht aber zum Entstehen eines Arbeitsverhältnisses zwischen ihm und dem Leiharbeitnehmer führen (*BAG 15. Mai 2013 - 7 AZR 494/11 - Rn. 32 ff.; BGH 12. Dezember 2012 - VIII ZR 89/12 - Rn. 15*). Zielt die Begründung eines Leiharbeitsverhältnisses auf die Umgehung zwingender Kündigungsschutzvorschriften, kann dem Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers in der Regel dadurch hinreichend Rechnung getragen werden, dass es dem Entleiher im Rahmen eines späteren Arbeitsverhältnisses verwehrt wird, sich auf die Unterbrechung durch das vorangegangene Leiharbeitsverhältnis zu berufen. Es ist nicht geboten, schon während der - als solcher legalen - Überlassung vom Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher auszugehen (*ähnlich BAG 15. Mai 2013 - 7 AZR 494/11 - Rn. 35*).

b) Eine Anrechnung vor dem 1. Februar 2010 erbrachter Beschäftigungszeiten kommt nicht deshalb in Betracht, weil die Schuldnerin die ehemals durch Anton Schlecker betriebene Verkaufsstelle gemäß § 613a BGB übernommen hätte. Ein Betriebs(teil)übergang im Sinne der Vorschrift liegt nicht vor. Daraus folgt zugleich, dass die Zwischenbeschäftigung bei M jedenfalls nicht dazu gedient hat, eine andernfalls nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB iVm. § 1 Abs. 1 KSchG gebotene Berücksichtigung der bei Anton Schlecker erbrachten Beschäftigungszeiten im Arbeitsverhältnis mit der Schuldnerin zu umgehen. 31

aa) Ein Betriebs(teil)übergang iSv. § 613a BGB setzt voraus, dass ein neuer Rechtsträger die wirtschaftliche Einheit unter Wahrung ihrer Identität fortführt. Der Begriff wirtschaftliche Einheit bezieht sich auf eine auf Dauer angelegte organisatorische Gesamtheit von Personen und/oder Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung. Ob ein im Wesentlichen unveränderter Fortbestand der organisierten Gesamtheit „Betrieb“ bei einem neuen Inhaber anzunehmen ist, richtet sich nach den Umständen des konkreten Einzelfalls. Dabei sind insbesondere die Art des betreffenden Betriebs, der Übergang materieller Betriebsmittel wie beweglicher Güter und Gebäude, der Wert immaterieller Aktiva im Zeitpunkt des Übergangs, die Übernahme der Hauptbelegschaft durch den neuen Inhaber, der Übergang von Kundschaft und 32

Lieferantenbeziehungen, der Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten und die Dauer einer Unterbrechung dieser Tätigkeit in den Blick zu nehmen. Die Identität der Einheit kann sich auch aus ihrem Personal, ihren Führungskräften, ihrer Arbeitsorganisation, ihren Betriebsmethoden und ggf. den ihr zur Verfügung stehenden Betriebsmitteln ergeben. Den für das Vorliegen eines Übergangs maßgeblichen Kriterien kommt je nach der ausgeübten Tätigkeit und den Produktions- oder Betriebsmethoden unterschiedliches Gewicht zu (*st. Rspr., vgl. BAG 23. Mai 2013 - 8 AZR 207/12 - Rn. 22; 15. Dezember 2011 - 8 AZR 197/11 - Rn. 39*).

bb) In Branchen, in denen es im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, kann auch eine Gesamtheit von Arbeitnehmern, die durch eine gemeinsame Tätigkeit dauerhaft verbunden sind, eine wirtschaftliche Einheit darstellen. Die Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit ist in diesem Fall anzunehmen, wenn der neue Betriebsinhaber nicht nur die betreffende Tätigkeit weiterführt, sondern auch einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals übernimmt, das sein Vorgänger gezielt bei dieser Tätigkeit eingesetzt hatte. Hingegen stellt die bloße Fortführung der Tätigkeit durch einen Anderen (Funktionsnachfolge) ebenso wenig einen Betriebsübergang dar wie die reine Auftragsnachfolge (*BAG 23. Mai 2013 - 8 AZR 207/12 - Rn. 23; 15. Dezember 2011 - 8 AZR 197/11 - Rn. 40*). Eine wirtschaftliche Einheit darf nicht als bloße Tätigkeit verstanden werden (*EuGH 20. Januar 2011 - C-463/09 - [CLECE] Rn. 41, Slg. 2011, I-95*). Wesentliche Änderungen in der Organisation, der Struktur oder im Konzept der betrieblichen Tätigkeit können einer Wahrung der Identität entgegenstehen (*BAG 23. Mai 2013 - 8 AZR 207/12 - Rn. 24; 10. Mai 2012 - 8 AZR 434/11 - Rn. 26*).

33

cc) Die von einem Erwerber übernommene organisierte Gesamtheit von Personen und/oder Sachen muss im Übrigen bereits beim Veräußerer eine abgrenzbare wirtschaftliche Einheit dargestellt und damit die Qualität eines Betriebs oder Betriebsteils gehabt haben, um die Voraussetzung des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB erfüllen zu können (*vgl. BAG 13. Oktober 2011 - 8 AZR 455/10 - Rn. 37, BAGE 139, 309; 7. April 2011 - 8 AZR 730/09 - Rn. 16*). Nicht

34

notwendig ist, dass die fragliche Einheit ihre „organisatorische Selbständigkeit“ behält (vgl. *EuGH 12. Februar 2009 - C-466/07 - [Klarenberg] Rn. 48, Slg. 2009, I-803*).

dd) Danach ist die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, die tatsächlichen Voraussetzungen des § 613a BGB lägen nicht vor, revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Dem Vorbringen der Klägerin, die Schuldnerin habe die ehemals durch Anton Schlecker betriebene Verkaufsstelle Ü als einen ihrer „XL“-Märkte fortgeführt, ist nicht zu entnehmen, dass es sich dabei um einen Betriebsteil im Sinne einer übergangsfähigen wirtschaftlichen Einheit gehandelt hätte. Abgesehen davon hat die Schuldnerin nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts weder sächliche Betriebsmittel der Verkaufsstelle - etwa die Ladeneinrichtung oder dort vorhandene Ware - in ihren Markt übernommen, noch die betreffenden Räumlichkeiten bezogen oder den „Hauptteil“ der Arbeitnehmer, die in der fraglichen Verkaufsstelle beschäftigt waren, übernommen. Dem ist die Klägerin nicht entgegengetreten. Soweit sie behauptet hat, am Eröffnungstag im fraglichen „XL“-Markt gemeinsam mit ehemaligen Arbeitskollegen Arbeitsleistungen erbracht zu haben, reicht dies für eine Anwendung von § 613a BGB nicht aus - zumal der Vortrag nicht erkennen lässt, auf wessen Weisung der Einsatz beruhte. Ebenso wenig ist die im Aufhebungsvertrag mit Anton Schlecker über den Urlaub getroffene Regelung ein Indiz für einen Betriebs(teil)übergang. Die Vereinbarung kann ebenso gut auf Absprachen beruhen, die mit einem solchen Übergang nichts zu tun haben. Das Gleiche gilt für die Behauptung der Klägerin, ihr sei eine Weiterbeschäftigung im „XL“-Markt der Schuldnerin in Ü in Aussicht gestellt worden.

35

c) Die Beurteilung, ebenso wenig liege ein Betriebs(teil)übergang von Anton Schlecker zu M und anschließend von M zur Schuldnerin vor, hat die Klägerin nicht angegriffen. Ein Rechtsfehler des Landesarbeitsgerichts ist in diesem Zusammenhang nicht zu erkennen.

36

d) Die bei Anton Schlecker erbrachten Vorbeschäftigungszeiten sind nicht deshalb auf die Wartezeit im Vertragsverhältnis der Parteien anzurechnen, weil die Schuldnerin mit Anton Schlecker einen Gemeinschaftsbetrieb geführt hätte.

37

Die Klägerin hat - auch unter Berücksichtigung ihr zugutekommender Beweiserleichterungen (dazu BAG 24. Mai 2012 - 2 AZR 62/11 - Rn. 21 mwN, BAGE 142, 36) - keine hinreichenden Umstände dargetan, die dafür sprächen, die Schuldnerin habe sich mit Anton Schlecker auf eine gemeinsame Betriebsführung verständigt. Ebenso wenig gibt es Anhaltspunkte für eine gemeinsame Betriebsführung von Schuldnerin und M. Es kann deshalb offenbleiben, ob die von mehreren Unternehmen gemeinsam ausgeübte betriebliche Leitungsmacht generell - und schon als solche - eine ausreichende Grundlage für die Anrechnung von Beschäftigungszeiten sein kann, die der Arbeitnehmer zuvor in einem Arbeitsverhältnis mit einem anderen der beteiligten Unternehmen erbracht hat.

aa) Von einem gemeinsamen Betrieb mehrerer Unternehmen ist auszugehen, wenn die im Betrieb vorhandenen materiellen und immateriellen Betriebsmittel für die arbeitstechnischen Zwecke zusammengefasst, geordnet und gezielt eingesetzt werden und der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft von einem einheitlichen Leitungsapparat gesteuert wird. Dazu müssen sich die beteiligten Unternehmen zumindest konkludent zu einer gemeinsamen Betriebsführung rechtlich verbunden haben. Die einheitliche Leitung muss sich auf die wesentlichen Funktionen eines Arbeitgebers in sozialen und personellen Angelegenheiten erstrecken. Eine lediglich unternehmerische Zusammenarbeit genügt hierfür nicht. Vielmehr müssen gerade die sozialen und personellen Angelegenheiten institutionell einheitlich für die beteiligten Unternehmen wahrgenommen werden (BAG 14. August 2013 - 7 ABR 46/11 - Rn. 27; 24. Mai 2012 - 2 AZR 62/11 - Rn. 20, BAGE 142, 36, jeweils mwN).

38

bb) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, Entscheidungen in personellen und sozialen Angelegenheiten seien für die bei der Schuldnerin angestellten Arbeitnehmer ausschließlich durch deren eigene Vertriebs- und/oder Regionalleitung getroffen worden. Die damit betrauten Personen seien nur für die Beschäftigten der Schuldnerin zuständig gewesen. Auch die Geschäftsführer der in Betracht kommenden Unternehmen seien nicht dieselben gewesen. Die Klägerin greift diese Feststellungen nicht an. Die unternehmerische Zusammenarbeit zwischen der Schuldnerin und Anton Schlecker, die Identität der

39

Bezugsquellen für das Warensortiment und eine einheitliche Lohnbuchhaltung erzeugen keinen gemeinsamen betrieblichen Leitungsapparat. Das gilt selbst dann, wenn die Zusammenarbeit auf der Ausübung einer - bis zur Betriebsebene durchschlagenden - konzernrechtlichen Weisungsmacht beruht haben sollte (*BAG 24. Mai 2012 - 2 AZR 62/11 - Rn. 20, BAGE 142, 36*).

cc) Der - rechtskräftige - Beschluss des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 30. August 2010 (- 13 TaBV 8/10 -) steht dieser Bewertung nicht entgegen. Soweit das Gericht im dortigen Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung dem Antrag eines Wahlvorstands auf Erteilung von Auskünften zur Erstellung einer Wählerliste stattgegeben und dies ua. mit einer gemeinsamen Betriebsführung durch Anton Schlecker und die Schuldnerin begründet hat, ist nicht erkennbar, dass sich die Feststellungen auf einen Betrieb bezögen, dem die Klägerin angehört hätte. Im Übrigen käme selbst einer Entscheidung im Beschlussverfahren nach § 18 Abs. 2 BetrVG über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Gemeinschaftsbetriebs für einen anschließenden Kündigungsrechtsstreit keine präjudizielle Wirkung zu (*vgl. BAG 18. Oktober 2006 - 2 AZR 434/05 - Rn. 44*).

5. Damit steht gleichwohl noch nicht fest, dass der Klägerin der allgemeine Kündigungsschutz nach § 1 ff. KSchG nicht zustand. Das Landesarbeitsgericht hätte prüfen müssen, ob sich die Parteien nicht konkludent auf eine Anrechnung der von der Klägerin bei Anton Schlecker und/oder M erbrachten Beschäftigungszeiten verständigt haben und ob andernfalls der Entgegnung des Beklagten, die Wartezeit sei nicht erfüllt, womöglich der Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegensteht.

a) Soweit die Klägerin in der Revision beanstandet, das Landesarbeitsgericht habe die Parteivereinbarungen zumindest unvollständig ausgelegt, und sie darin eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör sieht, erhebt sie - bei verständiger Würdigung - keine Verfahrens-, sondern eine Sachrüge. Im Übrigen hat der Senat im Rahmen der zulässigen Revision von Amts wegen zu prüfen, ob die behauptete Verletzung von §§ 133, 157 BGB vorliegt.

- b) Das Landesarbeitsgericht hat die Vereinbarungen, die Grundlage für den Wechsel der Klägerin zu M und anschließend zur Schuldnerin waren, nicht umfassend gewürdigt. 43
- aa) § 1 Abs. 1 KSchG ist einseitig zwingendes Recht. Vereinbarungen zum Nachteil des Arbeitnehmers sind unwirksam (*BAG 14. Mai 1987 - 2 AZR 380/86 - zu B I der Gründe, BAGE 55, 298*). Abweichende Regelungen zugunsten des Arbeitnehmers, etwa einzelvertragliche oder kollektivrechtliche Vereinbarungen über den Ausschluss oder die Verkürzung der Wartezeit oder über die Anrechnung von Vorbeschäftigungszeiten bei demselben oder einem anderen Arbeitgeber, sind dagegen zulässig (*BAG 2. Juni 2005 - 2 AZR 480/04 - zu B I 4 b aa der Gründe, BAGE 115, 92; 8. Juni 1972 - 2 AZR 285/71 - zu 5 b aa der Gründe; vgl. auch BAG 20. Juni 2013 - 2 AZR 790/11 - Rn. 14 mwN*). Einzelvertragliche Vereinbarungen dieser Art müssen nicht ausdrücklich getroffen werden. Sie können sich auch aus konkludentem Verhalten ergeben (*SES/Schwarze KSchG § 1 Rn. 30*). 44
- bb) Im Schrifttum wird die Auffassung vertreten, von einer stillschweigenden Vereinbarung über die Anrechnung von Vorbeschäftigungszeiten sei regelmäßig dann auszugehen, wenn der Arbeitnehmer innerhalb eines Konzerns zu einem anderen Unternehmen „versetzt“ werde, selbst wenn dies mit dem Abschluss eines neuen Arbeitsvertrags einhergehe (*vHH/L/Krause 15. Aufl. § 1 Rn. 115; SES/Schwarze KSchG § 1 Rn. 30*). Andere Stimmen verlangen eine konkrete Anrechnungsvereinbarung (*vgl. KR/Griebeling 10. Aufl. § 1 KSchG Rn. 118; MüKoBGB/Hergenröder 6. Aufl. § 1 KSchG Rn. 25; Windbichler Arbeitsrecht im Konzern 1989 S. 223 f.*). Teilweise wird danach unterschieden, ob es sich um einen Einzelfall handelt oder eine Gruppe von Arbeitnehmern betroffen ist. Im letztgenannten Fall sei typischerweise von einer Vereinbarung über die Anrechnung von Vorbeschäftigungszeiten auszugehen (*Löwisch in Löwisch/Spinner/Wertheimer KSchG 10. Aufl. § 1 Rn. 62*). Weitere Stimmen halten auch ohne entsprechende Abrede die bei einem Tochterunternehmen erbrachte Betriebszugehörigkeit im Arbeitsverhältnis mit der Konzernmutter für anrechenbar, weil andernfalls die Gefahr einer Umgehung von § 1 KSchG bestehe. Das glei- 45

che soll bei konzernbezogener Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses gelten (*APS/Dörner/Vossen 4. Aufl. § 1 KSchG Rn. 45; HaKo-KSchR/Mayer 4. Aufl. § 1 KSchG Rn. 63*).

cc) Im Streitfall dürfte zwar schon nach dem Vorbringen des Beklagten von einer konzernrechtlichen Verbundenheit der Schuldnerin mit Anton Schlecker auszugehen sein. Es stehen aber weder ein „Wechsel“ vom beherrschten zum herrschenden Unternehmen, noch eine konzernbezogene Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses der Klägerin in Rede. Zumindest außerhalb derartiger Fallgestaltungen widerspricht eine typisierende Betrachtung der Wertung des Gesetzes. Der allgemeine Kündigungsschutz ist nicht konzernbezogen, sondern betriebs-, allenfalls unternehmensbezogen ausgestaltet. Das gilt auch dann, wenn auf der Gesellschafterebene Personenidentität besteht. Wird der Arbeitnehmer nach Auflösung seines bisherigen Arbeitsverhältnisses im Unternehmensverbund weiterbeschäftigt, bedarf es deshalb für die Annahme einer konkludenten Vereinbarung über die Anrechnung vorangegangener Beschäftigungszeiten besonderer Anhaltspunkte. Diese können sich aus den Umständen ergeben, unter denen der Wechsel vollzogen wurde. Geht er ausschließlich auf die Initiative des Arbeitgebers zurück und wird der Arbeitnehmer beim verbundenen Unternehmen zu annähernd gleichen Arbeitsbedingungen ohne Vereinbarung einer Probezeit weiterbeschäftigt, kann dies ein gewichtiges Indiz für eine solche Vereinbarung sein. Möglicherweise soll eine Wartezeit im Arbeitsverhältnis mit dem neuen Arbeitgeber sogar ganz ausgeschlossen sein. 46

dd) Drängen „alter“ und „neuer“ Arbeitgeber den Arbeitnehmer gemeinsam zum Unternehmenswechsel und verfolgen sie dabei vorrangig das Ziel, den Verlust des Kündigungsschutzes herbeizuführen, kann der Arbeitnehmer überdies nach dem Rechtsgedanken des § 162 BGB so zu stellen sein, als hätte er die Wartezeit beim neuen Arbeitgeber bereits erfüllt (*HaKo-KSchR/Mayer 4. Aufl. § 1 KSchG Rn. 63*). 47

ee) Angesichts dessen ist nicht auszuschließen, dass das Kündigungsschutzgesetz auf das Arbeitsverhältnis der Parteien zur Anwendung gelangt. 48

(1) Die Klägerin hatte bei Abschluss des Aufhebungsvertrags mit Anton Schlecker einen erheblichen sozialen Besitzstand erworben. Sie war zu diesem Zeitpunkt 54 Jahre alt und gehörte dem Betrieb 12 Jahre an. Dass sie infolge der Schließung der Verkaufsstelle unter Berücksichtigung der gesetzlichen Vorgaben zur Sozialauswahl zur Kündigung angestanden hätte, ist weder behauptet noch objektiv ersichtlich. Ferner sprechen die äußeren Umstände dafür, dass die in Rede stehenden Arbeitgeberwechsel ausschließlich von Arbeitgeberseite veranlasst waren. So heißt es in dem „Begrüßungsschreiben“ der M vom 14. Oktober 2009: „Ihr Arbeitsvertrag wurde heute an Ihren zuständigen Vorgesetzten bei der Firma Schlecker versandt. Dieser wird sich in den nächsten Tagen zwecks Vertragsunterzeichnung mit Ihnen in Verbindung setzen“. Zu der wenige Monate später erfolgten Beendigung des Leiharbeitsverhältnisses und der Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit der Schuldnerin hat der Beklagte vorgetragen, beides beruhe auf deren Entscheidung, „künftig keine Leiharbeitnehmer mehr zu beschäftigen“. Im „Begrüßungsschreiben“ der Schuldnerin vom 18. Januar 2010 wird die Klägerin zudem aufgefordert, sich „schnellstmöglich mit [ihrem] Vorgesetzten im Hinblick auf die dortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses in Verbindung [zu] setzen“. Die Vorgaben waren faktisch darauf angelegt, die Klägerin aus einem durch Anton Schlecker geführten Betrieb in den Betrieb eines mit diesem verbundenen Unternehmens zu „versetzen“. Diesem wiederum war daran gelegen, für den Aufbau seiner eigenen Drogeriemarktkette erfahrene und mit den organisatorischen Abläufen vertraute Arbeitskräfte zu gewinnen.

49

(2) Es liegen darüber hinaus Umstände vor, die bei der Klägerin den Eindruck entstehen lassen konnten, ihre Beschäftigungsverhältnisse stünden trotz des Wechsels der Vertragsarbeitgeber und einer damit einhergehenden Verschlechterung einzelner Arbeitsbedingungen in einem inneren Zusammenhang. So wurde ihr bereits im Aufhebungsvertrag mit Anton Schlecker die „Mitnahme“ von Resturlaub zu „XL“ zugesagt. In dem „Begrüßungsschreiben“ von M heißt es, sie möge ihre Urlaubs- und Freizeitplanung mit dem „Vorgesetzten der Fa. Schlecker“ abstimmen; Urlaubs-, Freizeit- und Krankheitstage sollten über die Systeme der „Fa. Schlecker“ erfasst werden. Der mit M geschlossene Arbeits-

50

vertrag enthält unter § 5 (Probezeit) das Kürzel „./.“. Auch der mit der Schuldnerin geschlossene Vertrag sieht keine Probezeit vor. Der ausdrückliche oder stillschweigende Verzicht auf eine Probezeit mag zwar für sich genommen kein hinreichendes Indiz für die Vereinbarung sein, Vorbeschäftigungszeiten auf die Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG anzurechnen. Anderes kann aber gelten, wenn - wie hier - zusätzliche Umstände beim Arbeitnehmer die Vorstellung erwecken mussten, seine Tätigkeit beim bisherigen Vertragsarbeitgeber setze sich beim neuen unverändert fort.

ff) Der Senat kann die Umstände nicht selbst abschließend würdigen. Das Landesarbeitsgericht hat sich mit der Frage, ob sich die Parteien konkludent auf eine Anrechnung von Vorbeschäftigungszeiten verständigt haben, nicht befasset. Die Antwort liegt im Wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet. Sie ist damit zunächst Sache der Tatsacheninstanzen. Auch erscheint es nicht ausgeschlossen, dass die Parteien zu den Umständen, die zu den Arbeitgeberwechseln geführt haben, weiter vortragen können. 51

II. Das Berufungsurteil war aufzuheben und die Sache war an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen. Das Urteil stellt sich weder aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO), noch ist der Rechtsstreit mit gegenteiligem Ergebnis zur Endentscheidung reif (§ 563 Abs. 3 ZPO). 52

1. Die Schuldnerin beschäftigte im Kündigungszeitpunkt mehr als zehn Arbeitnehmer iSv. § 23 Abs. 1 KSchG. Der betriebliche Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes ist damit eröffnet. Lägen auch die persönlichen Anwendungsvoraussetzungen vor, wäre die Kündigung sozial ungerechtfertigt. Der Beklagte hat keine Gründe iSv. § 1 Abs. 2 KSchG dargetan. Er hat sich lediglich pauschal auf Schlechtleistungen der Klägerin berufen, ohne aufzuzeigen, worin diese bestanden haben. 53

2. Greift § 1 KSchG nicht ein, ist die Kündigung wirksam. Sie verstößt nicht gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Auf einen anderen Unwirksamkeitsgrund hat sich die Klägerin nicht berufen. Sie wendet sich auch nicht gegen die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Kündigungsfrist 54

sei jedenfalls dann gewahrt, wenn keine Vorbeschäftigungszeiten anzurechnen seien. Ein Rechtsfehler ist insoweit nicht erkennbar.

Kreft

Richterin am Bundes-
arbeitsgericht Dr. Rinck
ist wegen Krankheit
verhindert, ihre Unter-
schrift beizufügen

Berger

Kreft

Nielebock

Sieg