

# BUNDESARBEITSGERICHT



7 AZR 525/11  
4 Sa 1399/10  
Landesarbeitsgericht  
Köln

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
15. Mai 2013

## URTEIL

Schiege, Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

Der Tenor des Urteils  
wurde durch Beschluss  
vom 08. August 2013 be-  
richtet.

Erfurt, den 13.08.2013

Noll, Justizinspektorin

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 15. Mai 2013 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Linsenmaier, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Zwanziger, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Schmidt sowie die ehrenamtlichen Richter Coulin und Zwisler für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 25. März 2011 - 4 Sa 1399/10 - aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

## Von Rechts wegen!

### Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob zwischen ihnen ein (*unbefristetes*) Arbeitsverhältnis besteht. 1

Die Klägerin war aufgrund eines Anstellungsvertrags vom 13. Februar 2007 in der Zeit vom 1. April 2007 bis 31. März 2009 bei der D AG (*D*), einem Unternehmen der E-Versicherungsgruppe, als „Sachbearbeiterin Arbeitsvorbereitung Leistung“ beschäftigt. Kurz vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses wegen Fristablaufs wurde sie von der D auf die Möglichkeit hingewiesen, zu den bisherigen Arbeitsbedingungen weiterhin an ihrem Arbeitsplatz tätig zu werden, wenn sie einen Arbeitsvertrag mit der R GmbH & Co. KG (*R*) - einem Personaldienstleister und Zeitarbeitsunternehmen - schließe, um an die D „zurückverliehen“ werden zu können. Ein entsprechendes Angebot auf Abschluss eines Arbeitsvertrags mit R leitete die Personalabteilung der D an die Klägerin weiter. Im Rahmen einer Informationsveranstaltung wurden der Klägerin und anderen Arbeitnehmern in einer vergleichbaren Situation die Details der mit R abzuschließenden Verträge mitgeteilt. 2

Zwischen der Beklagten und R besteht eine unter dem 5. April 2004 unterzeichnete „Zentrale Rahmenvereinbarung“ zum Vertragsgegenstand „Überlassung von R-Mitarbeitern auf der Grundlage des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) vom 07.08.1972 in der jeweils gültigen Fassung“ (*ZRV 2004*). Nach § 1 Nr. 1.1 Satz 2 der ZRV 2004 betraut der „Auftraggeber“ - die Beklagte - „R mit der Überlassung von R-Mitarbeitern ... an den Auftraggeber bzw. an 3

seine ... zu seiner Unternehmensgruppe gehörenden Einzelgesellschaften (nachfolgend: ‚Anschlussunternehmen‘ genannt)“. Im März 2009 vereinbarte die D als ein solches „Anschlussunternehmen“ mit R eine „Ergänzung der Zentralen Rahmenvereinbarung ... mit Abschluss vom 05. April 2004“ (ZV 2009), in der es auszugsweise heißt:

- „1. Diese Zusatzvereinbarung gilt nur für die Mitarbeiter, deren befristete Verträge bei D auslaufen und die von R ab dem 01. April 2009 übernommen und an D zunächst bis maximal 2 Jahre überlassen werden. ...
2. Die vorliegende Zusatzvereinbarung wird befristet abgeschlossen. Diese Zusatzvereinbarung gilt ab dem 01. April 2009 und endet automatisch mit Ablauf des 30. Juni 2010. ...
3. Die Mitarbeiter, die vom Anwendungsbereich dieser Zusatzvereinbarung erfasst sind, werden abweichend vom BTV BZA-DGB vergütet. Zu Gunsten der Mitarbeiter erhalten diese bei R das jährliche Bruttogehalt, das ihrem letzten Jahresbruttogehalt bei D entspricht. ...  
  
Die Mitarbeiter haben ferner abweichend vom BTV BZA-DGB einen Urlaubsanspruch von 30 Tagen. Im Übrigen gelten die Regelungen des BTV BZA-DGB.
4. Die Vergütung seitens D an R richtet sich nach der Anlage 2 (siehe Kalkulationsmodell) dieser Vereinbarung, die integraler Bestandteil derselben ist. Die Kosten für sämtliche unverschuldete Nichteinsatzzeiten des Mitarbeiters (ua. Urlaub, Krankheit) ersetzt D R. ...  
  
...
6. D verpflichtet sich, die unter Punkt 1 genannten Mitarbeiter auf jeden Fall von R im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung zu übernehmen und auf der Position einzusetzen, die sie vorher bei der D ausgeübt haben. ...“

Am 30. März 2009 schlossen die Klägerin und R einen Arbeitsvertrag für die Zeit vom 1. April 2009 bis zum 30. Juni 2010. Nach dessen § 1 - „Tätigkeit und Aufgabengebiet“ - „wird“ die Klägerin „als Sachbearbeiterin eingestellt und als überbetriebliche Mitarbeiterin bei R-Kunden eingesetzt“.

4

Nach § 2 Satz 2 des Vertrags erfolgt die Befristung „gemäß § 14 Abs. 2 TzBfG ohne Vorliegen eines Sachgrundes“. Die textliche Fassung des Arbeitsvertrags und die darin niedergelegten Vertragsbedingungen richten sich im Übrigen nach den bei R für Leiharbeitnehmer üblicherweise verwendeten Arbeitsverträgen. So finden nach § 6 Satz 1 und Satz 2 des Vertrags auf das Arbeitsverhältnis „die jeweils für den Arbeitgeber kraft eigenen Abschlusses oder kraft Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband geltenden oder nachwirkenden Tarifverträge in ihrer jeweiligen Fassung Anwendung. Derzeit sind dies die Branchentarifverträge Zeitarbeit, ... und die vom Bundesverband Zeitarbeit Personaldienstleistungen (BZA) abgeschlossen wurden...“. Daneben vereinbarten die Klägerin und R in einer „Einsatzbezogenen Zusatzvereinbarung zum Arbeitsvertrag + Anlage 1“ - von der Klägerin unter dem 26. März 2009 unterzeichnet - besondere Arbeitsbedingungen. In dieser Vereinbarung sind ua. „abweichend zum § 1 ‚Tätigkeit und Aufgabengebiet‘ des Arbeitsvertrages“ ein Einsatz der Klägerin ausschließlich „als kaufmännischer Sachbearbeiter bei der D AG, am Standort in K“ festgelegt und die Zahlung einer „monatlichen freiwilligen anrechenbaren Zulage“ sowie ein Urlaubsanspruch von 30 Tagen ab dem ersten Beschäftigungsjahr vereinbart. Im Ergebnis wurden damit die Arbeitsbedingungen an die des Arbeitsverhältnisses mit der D angepasst, wobei das Weihnachts- und das Urlaubsgeld auf die einzelnen Monate des Jahres aufgeteilt wurden. Die Klägerin wurde ab dem 1. April 2009 von R an die D zur Arbeitsleistung überlassen und bis zum 30. Juni 2010 auf ihrem bisherigen Arbeitsplatz eingesetzt. Nach dem unwidersprochen gebliebenen Vortrag der Klägerin ging mit Wirkung zum 1. Oktober 2009 „der Bereich Leistung und Antragsvorbereitung auf die Beklagte über“; nach den Angaben des Landesarbeitsgerichts ist die D „Rechtsvorgängerin der Beklagten“.

Mit am 30. Juni 2010 beim Arbeitsgericht eingegangener und der Beklagten am 14. Juli 2010 zugestellter Klage hat die Klägerin den Bestand eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten geltend gemacht und ihre Weiterbeschäftigung begehrt. Sie hat die Auffassung vertreten, die Befristung des mit R geschlossenen Arbeitsvertrags sei wegen rechtsmissbräuchlicher Vertragsgestaltung nichtig. Infolgedessen sei mit der Beklagten ein unbefriste-

5

tes Arbeitsverhältnis zustande gekommen. Ein solches ab dem 1. April 2009 anzunehmendes Arbeitsverhältnis folge auch aus dem Umstand, dass sie nach dem Ende der mit der D vereinbarten Befristung - also nach dem 31. März 2009 - von dieser weiterbeschäftigt worden sei.

Die Klägerin hat zuletzt - sinngemäß - beantragt

6

1. festzustellen, dass zwischen den Parteien ein unbefristetes Arbeitsverhältnis besteht;
2. die Beklagte zu verurteilen, die Klägerin zu den Arbeitsbedingungen weiterzubeschäftigen, die im Arbeitsvertrag vom 13. Februar 2007 zwischen ihr und der Rechtsvorgängerin der Beklagten, der D, vereinbart waren.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat sich auf den Standpunkt gestellt, ein Arbeitsverhältnis mit ihr sei unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zustande gekommen.

7

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat ihr auf die Berufung der Klägerin stattgegeben. Mit ihrer Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

8

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision der Beklagten hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts kann der Klage nicht mit der Begründung entsprochen werden, wegen der rechtsmissbräuchlichen Vereinbarung der sachgrundlosen Befristung des Arbeitsvertrags mit R sei mit der Beklagten als Beschäftigungsarbeitgeberin ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zustande gekommen. Der Klage kann nach den bislang getroffenen Feststellungen auch weder mit anderer Begründung entsprochen noch kann sie abgewiesen werden (§§ 561, 563 Abs. 3 ZPO). Vielmehr bedarf es hierzu noch weiterer Feststellungen, um beurteilen zu können, ob ggf. im

9

Hinblick auf einen Betriebs- oder Unternehmens(teil-)übergang von der D auf die Beklagte zwischen der Klägerin als einer von R überlassenen Arbeitnehmerin und der Beklagten ein Arbeitsverhältnis entstanden ist, auf dessen Befristung sich die Beklagte nicht berufen könnte.

I. Der Klageantrag zu 1. ist zulässig. Wie die gebotene Auslegung ergibt, handelt es sich bei ihm um eine allgemeine Feststellungsklage, mit der das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten festgestellt werden soll. Damit verbunden ist eine Befristungskontrollklage iSv. § 17 Satz 1 TzBfG, mit der die Feststellung begehrt wird, das zwischen den Parteien entstandene Arbeitsverhältnis habe nicht durch die zwischen der Klägerin und R vereinbarte Befristung zum 30. Juni 2010 geendet (*vgl. zu einem solchen Antragsverständnis auch BAG 2. Juni 2010 - 7 AZR 946/08 - Rn. 13*). 10

1. Zum einen geht es der Klägerin um die Feststellung, dass mit der Beklagten ein Arbeitsverhältnis besteht. Insoweit handelt es sich um eine allgemeine Feststellungsklage. Sie genügt den Erfordernissen nach § 256 Abs. 1 ZPO. Die Klägerin hat ein rechtliches Interesse daran, dass das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten alsbald festgestellt wird. 11

2. Zum anderen begehrt die Klägerin die Feststellung eines „unbefristeten“ Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten. Insoweit handelt es sich um eine Befristungskontrollklage nach § 17 Satz 1 TzBfG. Auch in diesem Verständnis ist der Antrag zulässig, insbesondere hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Die Klägerin hat in der Begründung ihres Begehrens deutlich zum Ausdruck gebracht, dass sie im Wege einer gegen die Beklagte gerichteten Befristungskontrollklage die mit R vereinbarte Befristung zum 30. Juni 2010 angreifen will. Damit ist (*nur*) diese Befristung Gegenstand des (*auch*) als Befristungskontrollklage zu verstehenden Antrags zu 1.; streitgegenständlich ist nicht die mit der D als „Rechtsvorgängerin“ der Beklagten vereinbarte Befristung zum 31. März 2009. 12

II. Ob der Klageantrag zu 1. begründet oder unbegründet ist, kann der Senat nicht abschließend entscheiden. 13

1. Dies gilt zunächst für die allgemeine Feststellungsklage. Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht aus der von ihm zutreffend erkannten Unwirksamkeit der zwischen der Klägerin und R getroffenen Befristungsvereinbarung den Schluss gezogen, zwischen den Parteien des Rechtsstreits sei ein Arbeitsverhältnis entstanden. Die Feststellungsklage ist auch nicht nach § 9 Nr. 1, § 10 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 AÜG oder im Hinblick auf eine von der Klägerin angenommene vermutete Arbeitsvermittlung nach § 1 Abs. 2 AÜG oder unter dem Gesichtspunkt eines Gestaltungsmissbrauchs der Arbeitnehmerüberlassung begründet. Ebenso wenig ist ihr unter Berücksichtigung von § 15 Abs. 5 TzBfG oder §§ 134, 138 BGB oder wegen der Annahme eines Scheingeschäfts iSv. § 117 BGB stattzugeben. Das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses kommt aber ggf. im Hinblick auf den „Übergang des Bereichs Leistung und Antragsvorbereitung von der D auf die Beklagte“ (*so der Vortrag der Klägerin*) bzw. den Umstand, dass die „D Rechtsvorgängerin der Beklagten ist“ (*so das Landesarbeitsgericht*), in Betracht. Hierzu fehlt es aber an Feststellungen, um beurteilen zu können, ob es sich um einen Betriebs(teil-)übergang nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB oder um einen Unternehmens(teil-)übergang gehandelt hat. Sollte dies der Fall sein, wäre zu prüfen, ob der Antrag aus unionsrechtlichen Erfordernissen begründet ist. 14
- a) Die vom Landesarbeitsgericht zutreffend angenommene Rechtsmissbräuchlichkeit der Befristung des zwischen der Klägerin und R geschlossenen Arbeitsvertrags zum 30. Juni 2010 trägt die von ihm erkannte Rechtsfolge des Bestehens eines - unbefristeten - Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten nicht. 15
- aa) Allerdings ist das Landesarbeitsgericht frei von Rechtsfehlern davon ausgegangen, dass der Befristung des Arbeitsvertrags zwischen der Klägerin und R zum 30. Juni 2010 eine rechtsmissbräuchliche Vertragsgestaltung zugrunde lag. Durch diese Befristung wurde das Anschlussverbot des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG in einer mit den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) unvereinbaren Weise umgangen. 16
- (1) Der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) als Gebot der Redlichkeit und allgemeine Schranke der Rechtsausübung beschränkt sowohl sub- 17

jektive Rechte als auch Rechtsinstitute und Normen. Die sich aus einem Rechtsinstitut oder einer Rechtsnorm an sich ergebenden Rechtsfolgen müssen zurücktreten, wenn sie zu einem mit Treu und Glauben unvereinbaren Ergebnis führen (*Palandt/Grüneberg 72. Aufl. § 242 Rn. 40*). Dies ist ua. der Fall, wenn ein Vertragspartner eine an sich rechtlich mögliche Gestaltung in einer mit Treu und Glauben unvereinbaren Weise nur dazu verwendet, sich zum Nachteil des anderen Vertragspartners Vorteile zu verschaffen, die nach dem Zweck der Norm und des Rechtsinstituts nicht vorgesehen sind. Auch die Ausnutzung der durch das Teilzeit- und Befristungsgesetz (*TzBfG*) vorgesehenen Gestaltungsmöglichkeiten kann unter bestimmten Voraussetzungen rechtsmissbräuchlich sein, etwa wenn mehrere rechtlich und tatsächlich verbundene Vertragsarbeitgeber in bewusstem und gewolltem Zusammenwirken mit einem Arbeitnehmer aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge ausschließlich deshalb schließen, um auf diese Weise über die nach § 14 Abs. 2 TzBfG vorgesehenen Befristungsmöglichkeiten hinaus sachgrundlose Befristungen aneinanderreihen zu können (*vgl. BAG 9. März 2011 - 7 AZR 657/09 - Rn. 21; zum Beschäftigungsförderungsgesetz vgl. BAG 25. April 2001 - 7 AZR 376/00 - zu IV 1 a der Gründe, BAGE 97, 317*).

(2) Hiernach ist die zwischen der Klägerin und R vereinbarte kalendermäßige Befristung ihres Arbeitsvertrags zum 30. Juni 2010 ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes eine rechtsmissbräuchliche Vertragsgestaltung. Sie diene allein dem Zweck, das Anschlussverbot des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG zu umgehen. 18

(a) Das TzBfG gilt auch für (*befristete*) Arbeitsverträge zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern. Anders als die Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge vom 18. März 1999, die nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union - Gerichtshof - weder auf das befristete Arbeitsverhältnis zwischen einem Leiharbeitnehmer und einem Leiharbeitsunternehmen noch auf das befristete Arbeitsverhältnis zwischen einem Leiharbeitnehmer und einem entleihenden Unternehmen Anwendung findet (*vgl. EuGH* 19



11. April 2013 - C-290/12 - [Della Rocca] Tenor und Rn. 35 bis 44), ist der Geltungsbereich des TzBfG insoweit nicht eingeschränkt. Nach § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG ist die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrags ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig. Eine sachgrundlose Befristung ist nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG nicht zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Arbeitgeber iSv. § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG ist der Vertragsarbeitgeber, also die natürliche oder juristische Person, die mit dem Arbeitnehmer den Arbeitsvertrag abgeschlossen hat. Ein vorhergehender Arbeitsvertrag hat daher nur dann mit demselben Arbeitgeber bestanden, wenn der Vertragspartner des Arbeitnehmers bei beiden Verträgen dieselbe natürliche oder juristische Person ist (*st. Rspr. vgl. zB BAG 18. Juli 2012 - 7 AZR 451/11 - Rn. 14 mwN*). Dies ist hier nicht der Fall. R und D sind verschiedene juristische Personen. Deshalb stand § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG dem Abschluss eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags zwischen der Klägerin und R für die Zeit nach dem Ablauf des befristeten Arbeitsvertrags mit D am 31. März 2009 nicht entgegen. Es ist auch nicht von Bedeutung, dass die Klägerin auf der Grundlage des mit R geschlossenen Arbeitsvertrags nach dem 31. März 2009 weiterhin auf ihrem bisherigen Arbeitsplatz im Betrieb der D - und später der Beklagten - beschäftigt worden ist. Das in § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG normierte Anschlussverbot ist arbeitgeberbezogen, nicht betriebsbezogen (*vgl. BAG 18. Oktober 2006 - 7 AZR 749/05 - Rn. 19*).

(b) Der „Wechsel“ der Klägerin zu R erfolgte aber ausschließlich deshalb, 20  
um eine weitere sachgrundlose Befristungsmöglichkeit ihres Arbeitsvertrags nach § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG zu eröffnen, die für die D als Arbeitgeberin (*später die Beklagte*) nach dem TzBfG nicht (*mehr*) gegeben war.

(aa) Insoweit ist es nicht von ausschlaggebender Bedeutung, dass die Be- 21  
schäftigungsdauer der Klägerin auf ihrem Arbeitsplatz insgesamt weniger als vier Jahre betragen sollte. Soweit der Senat in der Vergangenheit unter Bezugnahme auf die gesetzgeberische Wertung in § 14 Abs. 2a TzBfG angenommen hat, dass jedenfalls bis zu der dort genannten zeitlichen Grenze von vier Jahren

die Ausnutzung der durch § 14 Abs. 2 TzBfG und das AÜG eröffneten Gestaltungsmöglichkeit regelmäßig nicht als rechtsmissbräuchlich angesehen werden könne (so BAG 18. Oktober 2006 - 7 AZR 145/06 - Rn. 26, BAGE 120, 34), wird hieran nicht festgehalten (vgl. auch bereits die Entscheidung BAG 9. März 2011 - 7 AZR 657/09 - Rn. 21, wo von einer Anlehnung an eine in § 14 Abs. 2a TzBfG zum Ausdruck kommende gesetzliche Wertung nicht die Rede ist). Die Rechtsmissbrauchskontrolle hat sich vielmehr an allen Umständen des Einzelfalls zu orientieren. Die Gesamtdauer der befristeten Arbeitsverhältnisse ist (nur) ein in diese Gesamtabwägung einzustellender Aspekt.

(bb) Hier sprechen sämtliche Umstände für eine missbräuchliche Umgehung des Anschlussverbots in § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG und des damit verfolgten Zwecks. 22

(aaa) Zum einen hatte die D der Klägerin ein Arbeitsvertragsangebot von R überhaupt erst zugeleitet. Dass es dabei nicht - jedenfalls nicht entscheidend - darum ging, die Klägerin nunmehr im Wege der Arbeitnehmerüberlassung wieder bei ihrer bisherigen Arbeitgeberin einzusetzen, zeigt die zwischen der Klägerin und R geschlossene „Einsatzbezogene Zusatzvereinbarung zum Arbeitsvertrag + Anlage 1“ vom 26. März 2009, die von der sonst bei R für Leiharbeiter üblichen Vertragsgestaltung abwich. Im Hinblick auf die in der „Zusatzvereinbarung“ festgelegten Vertragsbedingungen unterschieden sich die Arbeitsverträge der Klägerin mit der D und mit R letztlich inhaltlich nicht. Die Klägerin konnte darauf vertrauen, weiterhin ausschließlich auf ihrem bisherigen Arbeitsplatz bei der D (später der Beklagten) zu unveränderten Modalitäten, insbesondere zu der gleichen Vergütung, beschäftigt zu werden. 23

(bbb) Zum anderen sprechen für eine missbräuchliche Ausnutzung der im TzBfG geregelten Zulässigkeit sachgrundloser Befristungen die zwischen R und der D vereinbarten - auch andere Arbeitnehmer in einer vergleichbaren Situation betreffenden - besonderen Bedingungen der Arbeitnehmerüberlassung nach der ZV 2009. Die in Ergänzung zu und in Abweichung von der ZRV 2004 befristet für die Zeit vom 1. April 2009 bis zum 30. Juni 2010 geschlossene ZV 2009 gilt „nur für die Mitarbeiter, deren befristete Verträge bei der D auslaufen und 24

die von R ab dem 01. April 2009 übernommen und an die D zunächst bis maximal 2 Jahre überlassen werden“ (*vgl. Nr. 1 Satz 1 der ZV 2009*). Hinsichtlich dieses Mitarbeiterkreises - zu denen die Klägerin gehörte - verpflichtete sich die D zu einer „Übernahme“ von R im Wege der Arbeitnehmerüberlassung und zu einem Einsatz auf „der Position ..., die sie vorher bei der D ausgeübt haben“ (*vgl. Nr. 6 Satz 1 ZV 2009*). Außerdem vereinbarten R und die D für diese Arbeitnehmer spezifische Konditionen, wie etwa beim jährlichen Bruttogehalt, das dem letzten Jahresbruttogehalt bei D entspricht (*vgl. Nr. 3 Satz 1 und Satz 2 der ZV 2009*), oder beim Urlaubsanspruch (*vgl. Nr. 3 vorletzter Satz der ZV 2009*). Vor allem die Übernahme- und Einsatzverpflichtung nach Nr. 6 Satz 1 der ZV 2009 ist ein deutliches Indiz dafür, dass den vormals bei der D befristet angestellten Mitarbeitern iSd. Nr. 1 Satz 1 der ZV 2009 nur deshalb ein sachgrundlos befristeter Arbeitsvertrag mit R angeboten worden ist, weil der D eine solche Vertragsgestaltung nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG nicht mehr eröffnet war. Hierauf deuten ferner die besondere Vergütungsvereinbarung für die Arbeitnehmerüberlassung (*vgl. Nr. 4 Satz 1 ZV 2009*) und die auf die Kosten für sämtliche unverschuldete Nichteinsatzzeiten des Mitarbeiters gerichtete Ersatzverpflichtung der D gegenüber R (*vgl. Nr. 4 Satz 2 der ZV 2009*). Schließlich spricht für eine missbräuchliche Vertragsgestaltung auch der Umstand, dass nicht nur die Klägerin zu R „wechselte“, sondern diese - jedenfalls für einen vorübergehenden Zeitraum - institutionalisiert war. Entsprechend wurden auch mehrere bei der D befristet angestellte Arbeitnehmer über die Möglichkeit eines Wechsels zu R informiert, so dass insoweit von einer die Begründung unbefristeter Arbeitsverhältnisse vermeidenden Praxis ausgegangen werden kann. Das Verhalten der D und R war letztlich darauf angelegt, durch die Vertragsgestaltung zum Nachteil der betroffenen Arbeitnehmer eine Rechtsposition zu erlangen, die nach dem Zweck von § 14 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 TzBfG nicht vorgesehen ist.

bb) Die rechtsmissbräuchliche Vertragsgestaltung führt jedoch entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts nicht zu der mit dem allgemeinen Feststellungsantrag zu 1. erstrebten Rechtsfolge eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten.

25

(1) Ein sich aus dem bewussten und gewollten Zusammenwirken mehrerer Personen bei den Vertragsgestaltungen ergebender Rechtsmissbrauch kann zur Folge haben, dass sich Rechte - die etwa durch die Zwischenschaltung eines „Strohmanns“ umgangen werden sollen - gegen einen Dritten richten können (BAG 15. Mai 2013 - 7 AZR 494/11 - Rn. 33; BGH 22. November 2006 - VIII ZR 72/06 - Rn. 15 ff., BGHZ 170, 67). Sollen arbeitsrechtliche Schutzvorschriften umgangen werden, kann dies dazu führen, dass sich eine hieran beteiligte Person so behandeln lassen muss, wie sie bei Anwendung der umgangenen Vorschrift zu behandeln wäre (vgl. dazu BAG 20. Juli 1982 - 3 AZR 446/80 - zu 3 b und d der Gründe, BAGE 39, 200). Hieraus folgt aber nicht zwingend, dass das Vertragsverhältnis zu dem dazwischen geschalteten Dritten nichtig wäre (vgl. BGH 12. Dezember 2012 - VIII ZR 89/12 - Rn. 15). Die Rechtsfolge kann vielmehr auch darin bestehen, dass sich bei Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses zum Dritten einzelne Ansprüche gegen denjenigen richten, der rechtsmissbräuchlich vertragliche Beziehungen zu sich verhindert hat. Entscheidend sind der Schutzzweck der umgangenen Norm und die Frage, ob die Umgehung gerade - wie etwa bei einer solchen von § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB - in der Verhinderung der gesetzlich an sich vorgesehenen Begründung eines Rechtsverhältnisses zu einem Dritten insgesamt oder lediglich in der Vermeidung oder Verkürzung einzelner Ansprüche liegt. Bei einer rechtsmissbräuchlichen Ausnutzung der Zulässigkeit sachgrundloser Befristungsmöglichkeiten nach § 14 Abs. 2 TzBfG - konkret: bei einer Umgehung des Anschlussverbots nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG - besteht die mit Treu und Glauben nicht zu vereinbarende Rechtsfolge nicht in dem Vertragsschluss „an sich“, sondern in der Rechtfertigung der in dem Vertrag vereinbarten Befristung nach § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG. Der unredliche Vertragspartner kann sich auf eine solche Befristung nicht berufen (vgl. BAG 18. Oktober 2006 - 7 AZR 749/05 - Rn. 20; offengelassen in BAG 9. März 2011 - 7 AZR 657/09 - Rn. 27; ebenso zB Gräfl FS Bauer S. 375, 384; aA im Sinn der Annahme eines Arbeitsverhältnisses mit dem Beschäftigungsarbeitgeber APS/Backhaus 4. Aufl. § 14 TzBfG Rn. 400b; Boemke Anm. AP TzBfG § 14 Verlängerung Nr. 4).

26

(2) Hiervon ausgehend führt die unredliche Vertragsgestaltung unter Ausnutzung der im TzBfG vorgesehenen Zulässigkeit einer sachgrundlosen Befristung nicht zum Entstehen eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten, also zu einem „Wechsel des Vertragspartners“ der Klägerin. Die Erwägung des Landesarbeitsgerichts, die umgangene Norm müsse auf den angewandt werden, der die Umgehung begehe und veranlasse, verkennt, dass das Anschlussverbot des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG die umgangene Norm ist. Zweck der Regelung in § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG ist es zu verhindern, dass die in § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG vorgesehene Möglichkeit der sachgrundlosen Befristung zu „Befristungsketten“ missbraucht wird (*ausf. BAG 6. April 2011 - 7 AZR 716/09 - Rn. 20 und 24, BAGE 137, 275*). Die D (*als „Rechtsvorgängerin“ der Beklagten*) und R haben in bewusstem und gewolltem Zusammenwirken die von § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG bezweckte Beschränkung der wiederholten sachgrundlosen Befristung nach § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG, nicht dagegen eine gesetzliche Norm, die die Begründung eines Arbeitsverhältnisses gebietet oder fingiert, umgehen wollen. Der Arbeitsvertrag zwischen der Klägerin und R als solcher ist damit wirksam, auch wenn er zur rechtsmissbräuchlichen Umgehung von § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG abgeschlossen wurde. Dem Schutzzweck der umgangenen Norm ist genügt, indem sich der Vertragspartner der Klägerin - also R oder derjenige, auf den das Arbeitsverhältnis ggf. mittlerweile übergegangen ist - nach § 242 BGB nicht auf die Zulässigkeit der Befristung berufen kann.

27

b) Der allgemeine Feststellungsantrag zu 1. ist nicht in unmittelbarer oder mittelbarer Anwendung von § 10 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 AÜG iVm. § 9 Nr. 1 AÜG begründet. Dass R nicht im Besitz der nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG erforderlichen Erlaubnis zur Überlassung von Arbeitnehmern ist, hat die Klägerin nicht behauptet. Ebenso folgt aus dem von der Klägerin angenommenen insgesamt „unzulässigen Ausweichen“ auf eine Arbeitnehmerüberlassung kein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten. Es kann offenbleiben, ob der Vertrag zwischen der Klägerin und R gegen das AÜG in der im Zeitpunkt des Vertragschlusses im März 2009 geltenden Fassung verstoßen hat. Jedenfalls war in diesem Zeitpunkt eine zeitlich unbeschränkte Überlassung von Arbeitnehmern

28

nicht unzulässig (vgl. Art. 6 Nr. 3 Buchst. b des Ersten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23. Dezember 2002 - BGBl. I S. 4607 -). Im Übrigen führte auch ein - zu Gunsten der Klägerin unterstellter - Missbrauch der Gestaltungsmöglichkeiten des AÜG in der im Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit R geltenden Fassung nicht zum Entstehen eines Arbeitsvertrags mit dem Entleiher (vgl. hierzu BAG 15. Mai 2013 - 7 AZR 494/11 - Rn. 34).

- c) Anders als die Klägerin meint, besteht zwischen den Parteien auch kein Arbeitsverhältnis aufgrund vermuteter Arbeitsvermittlung iSv. § 1 Abs. 2 AÜG. Die Annahme, dass sich R der typischen Arbeitgeberrisiken begeben hat, scheint zwar vor allem im Hinblick auf Nr. 4 Satz 2 der ZV 2009 nicht ganz fernliegend. Nachdem aber § 13 AÜG durch Art. 63 Nr. 9 des Arbeitsförderungs-Reformgesetzes vom 24. März 1997 (BGBl. I S. 594) mit Wirkung vom 1. April 1997 ersatzlos aufgehoben wurde, gibt es in den Fällen der nach § 1 Abs. 2 AÜG vermuteten Arbeitsvermittlung keine gesetzliche Grundlage mehr für die Begründung eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Entleiher. Die Entstehung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher kann weder mit § 1 Abs. 2 AÜG noch mit einer entsprechenden Anwendung von § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG begründet werden (ausführlich: BAG 28. Juni 2000 - 7 AZR 100/99 - zu III der Gründe mwN, BAGE 95, 165; vgl. auch BAG 15. Mai 2013 - 7 AZR 494/11 - Rn. 22; vgl. auch 2. Juni 2010 - 7 AZR 946/08 - Rn. 31). 29
- d) Das mit dem allgemeinen Feststellungsantrag zu 1. verfolgte Klageziel ergibt sich entgegen der Ansicht der Klägerin nicht aus § 15 Abs. 5 TzBfG. 30
- aa) Nach § 15 Abs. 5 TzBfG gilt ein Arbeitsverhältnis als auf unbestimmte Zeit verlängert, wenn es nach Ablauf der Zeit, für die es eingegangen ist, mit Wissen des Arbeitgebers fortgesetzt wird und der Arbeitgeber nicht unverzüglich widerspricht. 31
- bb) Diese Voraussetzungen sind im Streitfall nicht erfüllt. 32

(1) Die Klägerin hat zwar nach dem Ende der Vertragslaufzeit des mit der D geschlossenen befristeten Arbeitsvertrags am 31. März 2009 Arbeitsleistungen in deren Betrieb - und später im Betrieb der Beklagten - erbracht. Hierbei handelte es sich aber nicht um die weitere Erfüllung der Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis mit der D oder (*später*) mit der Beklagten, sondern um Arbeitsleistungen auf der Grundlage des mit R für die Zeit vom 1. April 2009 bis zum 30. Juni 2010 geschlossenen Arbeitsvertrags. 33

(2) Selbst wenn man annähme, dass der Vertrag zwischen der Klägerin und R insgesamt - also nicht nur seine Befristung - wegen Umgehung von § 14 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 TzBfG unwirksam wäre, lägen die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 15 Abs. 5 TzBfG nicht vor. Die Klägerin hätte auch in diesem Fall ihre weitere Tätigkeit nach dem 31. März 2009 nicht willentlich und in dem Bewusstsein erbracht, die Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis mit der D oder (*später*) der Beklagten weiter zu erfüllen, zumal die D ihr gegenüber klar ausgedrückt hatte, sie in keinem mit ihr zu schließenden Vertragsverhältnis weiterbeschäftigen zu wollen. Auch wäre die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mit Wissen der D erfolgt. Denn diese beschäftigte die Klägerin nicht in Fortsetzung des bisherigen Arbeitsverhältnisses, sondern auf der Grundlage der mit R abgeschlossenen Arbeitnehmerüberlassungsvereinbarung. 34

e) Der allgemeine Feststellungsantrag zu 1. ist nicht unter Berücksichtigung von §§ 134, 138 BGB begründet. Ungeachtet der Frage, ob bei einem nach § 134 BGB oder § 138 BGB nichtigen Rechtsgeschäft das Zustandekommen des Vertrags mit einem anderen Vertragspartner - und damit eines anderen Rechtsgeschäfts - überhaupt in Betracht kommt, verstößt der Arbeitsvertrag der Klägerin mit R weder gegen ein gesetzliches Verbot noch ist er sittenwidrig. Verstöße gegen die befristungsrechtlichen Vorschriften des TzBfG, somit auch gegen § 14 Abs. 2 TzBfG, führen nicht zur Nichtigkeit des Arbeitsvertrags, sondern allenfalls dazu, dass die Befristung unwirksam ist und der Arbeitsvertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen gilt (*vgl. BAG 18. Oktober 2006 - 7 AZR 749/05 - Rn. 21*). 35

f) Aus § 117 BGB folgt nichts Anderes. Sähe man zu Gunsten der Klägerin in ihrem Arbeitsvertrag mit R ein Scheingeschäft iSv. § 117 BGB, weil die zu seinem Abschluss führenden Willenserklärungen Scheinerklärungen gewesen seien, so folgte hieraus zwar die Nichtigkeit der arbeitsvertraglichen Willenserklärungen, nicht aber, wie es die Klägerin geltend macht, ein Austausch des Vertragspartners (*vgl. zu § 117 BGB auch BAG 17. Februar 1993 - 7 AZR 167/92 - zu I 2 c der Gründe, BAGE 72, 255*).

g) Allerdings stellt sich die Frage, ob ggf. durch einen Betriebs- oder Unternehmens(teil-)übergang von der D auf die Beklagte zwischen der Klägerin als einer von R überlassenen Arbeitnehmerin und der Beklagten ein Arbeitsverhältnis entstanden ist. Zwar gehen nach bisherigem Verständnis des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB die Arbeitsverhältnisse überlassener Arbeitnehmer bei einem Übergang des Entleiherbetriebs(teils) nicht auf einen Erwerber über (*vgl. zB HWK/Willemsen/Müller-Bonanni 5. Aufl. § 613a BGB Rn. 225*). Nach einem Urteil des Gerichtshofs kann aber bei einem Übergang eines konzernangehörigen Unternehmens auf ein Unternehmen, das diesem Konzern nicht angehört, als Veräußerer iSv. Art. 2 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2001/23/EG auch das Konzernunternehmen anzusehen sein, zu dem die Arbeitnehmer ständig abgestellt waren, ohne mit diesem durch einen Arbeitsvertrag verbunden gewesen zu sein, obwohl es in diesem Konzern ein Unternehmen gibt, an das die betreffenden Arbeitnehmer durch einen Arbeitsvertrag gebunden waren (*EuGH 21. Oktober 2010 - C-242/09 - [Albron Catering] Tenor und Rn. 32, Slg. 2010, I-10309; hierzu zB APS/Steffan 4. Aufl. § 613a BGB Rn. 83*). Es erscheint danach nicht völlig ausgeschlossen, dass aus unionsrechtlichen Gründen der Übergang eines Konzernunternehmens Auswirkungen auf die Arbeitsverhältnisse konzernintern überlassener Arbeitnehmer hat (*vgl. dazu Bauer/v. Medem NZA 2011, 20; ErfK/Preis 13. Aufl. § 613a BGB Rn. 67; Gaul/Ludwig DB 2011, 298; Kühn NJW 2011, 1408; Raab EuZA 2011, 537; vgl. auch BAG 9. Februar 2011 - 7 AZR 32/10 - Rn. 43*). Die Entscheidung des Gerichtshofs kann unter Umständen auch in einer Fallgestaltung wie der vorliegenden für die Auslegung und Anwendung des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB von Bedeutung sein. Sie wird in Teilen des arbeitsrechtlichen Schrifttums dahingehend verstanden, dass nicht



nur in einem Konzern dauerhaft überlassene Leiharbeitnehmer bei einem Betriebs(teil-)übergang auf den Erwerber übergehen, sondern „auch sonstige Leiharbeitnehmer erfasst werden“ (vgl. *Forst RdA 2011, 228; aA Willemsen NJW 2011, 1546*).

Der Senat sieht insoweit von einer Beurteilung und näheren Hinweisen bereits deshalb ab, weil er nach der Geschäftsverteilung des Bundesarbeitsgerichts für Verfahren, die den Übergang eines Arbeitsverhältnisses betreffen, nicht zuständig ist. Die Frage einer Klärung und Beurteilung des Sachverhalts vor dem Hintergrund der Entscheidung des Gerichtshofs vom 21. Oktober 2010 (- C-242/09 - [*Albron Catering*] *Slg. 2010, I-10309*) stellt sich nur dann, wenn es sich bei dem „Übergang des Bereichs Leistung und Antragsvorbereitung von der D auf die Beklagte“ um einen Betriebs(teil-)übergang iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB oder einen Unternehmens(teil-)übergang gehandelt hat. Das Landesarbeitsgericht wird daher zunächst die hierzu notwendigen Feststellungen zu treffen haben. Im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat konnten die Parteien zu der Frage der „Rechtsnachfolge“ der Beklagten keine übereinstimmenden Angaben machen. Vor allem konnten sie weder anführen noch ausschließen, dass es sich um eine bloße Umfirmierung gehandelt hat.

38

2. Auch im Verständnis einer Befristungskontrollklage iSd. § 17 Satz 1 TzBfG ist dem Senat eine abschließende Entscheidung über den Antrag zu 1. nicht möglich. Der Antrag wäre begründet, wenn ein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten bestünde. Dies kommt allein noch unter unionsrechtlichen Gesichtspunkten in Betracht. Das Landesarbeitsgericht wird die hierzu notwendigen tatsächlichen Feststellungen zu treffen und eine hiernach etwa gebotene rechtliche Prüfung nachzuholen haben. Jedenfalls gälte die Befristung - nähme man ein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten an - nicht bereits nach § 17 Satz 2 TzBfG iVm. § 7 Halbs. 1 KSchG als wirksam, denn die Klägerin hätte ihre Rechtsunwirksamkeit rechtzeitig geltend gemacht. Mit ihrer der Beklagten am 14. Juli 2010 zugestellten Klage hat sie die Klagefrist des § 17 Satz 1 TzBfG eingehalten. Die Beklagte könnte sich als nunmehrige Vertragsarbeitgeberin

39

nicht auf die Befristung zum 30. Juni 2010 berufen. Diese ist rechtsmissbräuchlich vereinbart.

III. Die Zurückverweisung umfasst auch den Weiterbeschäftigungsantrag. 40

Linsenmaier

Zwanziger

Schmidt

Für den durch Ablauf  
der Amtszeit an der  
Unterschrift gehin-  
derten ehrenamtli-  
chen Richter Coulin.

M. Zwisler

Linsenmaier

# BUNDESARBEITSGERICHT



7 AZR 525/11  
4 Sa 1399/10  
Landesarbeitsgericht  
Köln

## BESCHLUSS

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

gegen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts am 8. August 2013 beschlossen:

Gemäß § 319 ZPO wird der Tenor des Urteils des Senats vom 15. Mai 2013 - 7 AZR 525/11 - wegen offenkundiger Unrichtigkeit dahin berichtigt, dass es statt der Formulierung „Auf die Revision der Klägerin...“ richtig lautet:

„Auf die Revision der **Beklagten**...“

Linsenmaier      Zwanziger      Schmidt