

- Abschrift -



# Landesarbeitsgericht Niedersachsen

Im Namen des Volkes

## Urteil

**15 Sa 860/19**  
**1 Ca 171/19 ArbG Nienburg**

In dem Rechtsstreit

Verkündet am: 19.10.2020

\_\_\_\_\_  
Gerichtsangestellte  
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

– Klägerin und Berufungsbeklagte –

Prozessbevollmächtigte:  
DGB Rechtsschutz GmbH Büro Bremen, Bahnhofplatz 22 - 28, 28195 Bremen

gegen

- 1.
- 2.

– Beklagter und Berufungskläger –

Prozessbevollmächtigte:  
zu 1-2:

hat die 15. Kammer des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen auf die mündliche Verhandlung vom 19. Oktober 2020 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... sowie den ehrenamtlichen Richter ... und den ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Beklagten zu 1. wird das Urteil des Arbeitsgerichts Nienburg vom 8.10.2019 – 1 Ca 171/19 – abgeändert.

Es wird festgestellt, dass die Beklagte zu 1. verpflichtet ist, der Klägerin ab dem 1.3.2019 eine Vergütung nach der Entgeltgruppe 4 c gemäß § 7 des Entgelttarifvertrages für die deutsche Kautschukindustrie vom 11. Februar 2000 i. V. m. §§ 2, 4 Entgelttarifvertrag für die niedersächsische Kautschukindustrie vom 24. Mai 2018 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

Auf die Anschlussberufung der Klägerin wird das Urteil des Arbeitsgerichts Nienburg vom 8.10.2019 – 1 Ca 171/19 – abgeändert.

Die Beklagte zu 1. wird verurteilt, an die Klägerin für den Abrechnungszeitraum

Oktober 2018 324,49 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1.11.2018,

November 2018 15,11 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1.12.2018,

Dezember 2018 301,61 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1.1.2019,

Januar 2019 373,01 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1.2.2019,

Februar 2019 307,33 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1.3.2019 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Anschlussberufung zurückgewiesen.

Die erstattungsfähigen außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2. trägt die Klägerin. Von den Gerichtskosten 1. und 2. Instanz trägt die Klägerin 37 % und die Beklagte zu 1. 63 % von den erstattungsfähigen außergerichtlichen Kosten der Klägerin trägt die Beklagte zu 1. 63 %, im Übrigen trägt jede Partei ihre außergerichtlichen Kosten selbst.

Die Revision wird nicht zugelassen.

### **Tatbestand:**

Die Parteien streiten über das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1.

Die Beklagte zu 1. ist ein Unternehmen der H.-Gruppe, einem globalen Zu-lieferer für die Automobilbranche mit Sitz in R. und weiteren Standorten in V. und M. Geschäftszweck und Schwerpunkt der betrieblichen Tätigkeit der Beklagten zu 1. ist die Entwicklung, Herstellung und der Vertrieb von Automobilversiegelungs- und Anti-vibrationssystemen. Die Beklagte zu 1. beschäftigt auch Mitarbeiter in der Produktion.

Die Beklagte zu 2. ist ebenfalls ein Unternehmen der H.-Gruppe Sie hat ihren Geschäftssitz an dem Betriebsstandort R. und beschäftigt dort ca. 106 Mitarbeiter. Als Unternehmenszweck der Beklagten zu 2. ist im Handelsregister eingetragen: „Die Herstellung und der Vertrieb technischer Gummi-Waren aller Art, insbesondere die Herstellung und der Vertrieb von Elastomern in Irland. Die Gesellschaft ist berechtigt, auch andere Erzeugnisse herzustellen, zu bearbeiten, zu erwerben und zu vertreiben. Beteiligung an anderen Unternehmen.“ Die Beklagte zu 2. besaß eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung nach § 1 AÜG. Die Arbeitnehmer der Beklagten zu 2. werden teilweise gemeinsam mit Arbeitnehmern der Beklagten zu 1. in der Vorproduktion am Standort R. eingesetzt. Darüber-hinausgehende Geschäftstätigkeiten entfaltet die Beklagte zu 2. nicht. Die materiellen Betriebsmittel am Standort R. gehören nicht zum Betriebsvermögen der Beklagten zu 2.

Die Beklagte zu 1. hält 99,97% der Gesellschaftsanteile der Beklagten zu 2. Die Bilanz der Beklagten zu 2. weist kein Anlagevermögen auf. Die Gewinn- und Verlustrechnung weist im wesentlichen Personalaufwand aus. Zwischen der Beklagten zu 1. und der Beklagten zu 2. besteht ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag vom 22. Dezember 1989, nach dem das jeweilige Ergebnis der Beklagten zu 2. von der Beklagten zu 1. übernommen wird. Wegen des Inhalts des Jahresabschlusses für das Jahr 2017 der Beklagten zu 2. wird auf Bl. 368 und 369 dA. Bezug genommen.

Die Klägerin steht seit dem 22. März 2011 bei der Beklagten zu 2. im Arbeitsverhältnis. Der zwischen den Parteien geschlossene schriftliche Arbeitsvertrag vom 21. März 2011 lautet auszugsweise:

#### **„Präambel**

Es ist verstärkt erforderlich, die Dienstleistungen unmittelbar beim Kunden unter Eingliederung der Arbeitnehmer/innen in deren betriebliche Organisation (Arbeitnehmerüberlassung) zu erbringen. Vor diesem Hintergrund hat das Unternehmen eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung der Agentur für Arbeit beantragt und am 06.10.2006 von der Bundesagentur für Arbeit, Regionaldirektion Niedersachsen-Bremen, erhalten. Die Arbeitnehmerin soll in beiden Geschäftsbereichen eingesetzt werden. Ein Merkblatt der Bundesagentur für Arbeit über die wesentlichen Inhalte des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes ist diesem Vertrag beigelegt.

#### **1. Tätigkeit und Aufgabengebiet**

- a) Der Arbeitgeber überträgt der Arbeitnehmerin eine Tätigkeit in der Organisationseinheit „Scheibenumrahmung/Konfektion“.
- b) Der Arbeitgeber behält sich vor, die Arbeitnehmerin je nach Bedarf in Normal/Wechsel- oder Dreischicht einzusetzen.
- c) Die Festlegung der vereinbarten Art der Tätigkeit schließt nicht aus, dass die Arbeitnehmerin innerhalb des Unternehmens bei unveränderten Bezügen auch eine andere ihrer Vorbildung und ihren Fähigkeiten entsprechende Tätigkeit übertragen bekommt.
- d) Die Arbeitnehmerin ist verpflichtet, die vertraglich geschuldete Tätigkeit auch im Rahmen von Arbeitnehmerüberlassung zu erbringen. Die Arbeitnehmerin wird dann

an den Kunden des Arbeitgebers (Entleiher) zur Leistung der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung überlassen. Die Arbeitnehmerin erklärt sich damit einverstanden, an wechselnden Arbeitsorten – auch außerhalb ihres Wohnsitzes und des Sitzes des Unternehmens – tätig zu werden.

- e) Während einer Überlassung an einen Entleiher unterliegt die Arbeitnehmerin dem Direktionsrecht des Entleihers. Der Arbeitgeber ist berechtigt, die Arbeitnehmerin jederzeit von ihrem Einsatzort abzurufen und anderweitig einzusetzen.

(...)

Wegen des weiteren Wortlautes des Arbeitsvertrages wird auf Bl. 37-40 dA. Bezug genommen.

Die Beklagte zu 1. ist durch Verbandsmitgliedschaft gebunden an die Tarifverträge für die Beschäftigten in der niedersächsischen Kautschukindustrie, unter anderen den Manteltarifvertrag vom 17.12.2003 in der Fassung vom 24.5.2018 (MTV Kautschuk), den Entgelttrahmentarifvertrag vom 11.2.2000 (EntgelttrahmentV) und den Entgelttarifvertrag vom 24.5.2018 (EntgeltTV).

Die Beklagte zu 2. ist Mitglied im Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen (IGZ e.V.).

Die Klägerin ist Mitglied der Industriegewerkschaft Bergbau, Chemie, Energie. Die Klägerin erhält Vergütung nach dem Entgelttarifvertrag zwischen der IGZ e.V. und der DGB-Tarifgemeinschaft.

Die Personalangelegenheiten beider Unternehmen werden durch eine gemeinsame Personalabteilung verwaltet. Die Personalabteilung wird durch eine Person geleitet, die Ansprechpartnerin sowohl für den Betriebsrat als auch für die Arbeitnehmer beider Unternehmen ist. Die operative Leitung in R. wird durch einen gemeinsamen Werkleiter ausgeübt. Dieser bestimmt den unternehmensübergreifenden Dienstesatz und die Urlaubsplanung der Arbeitnehmer sowie die Vertretung bei urlaubs- und krankheitsbedingten Ausfällen. Seit November 2016 sind die Geschäftsführer der Beklagten personenidentisch.

In dem Betrieb in R. besteht ein gemeinsamer Betriebsrat. Mit diesem schlossen die Beklagte zu 1. und 2. verschiedene Betriebsvereinbarungen, u. a. die Betriebsvereinbarung „Leiharbeiter“ vom 17. November 2016 (Bl. 476-479 dA.), Aufhebungs-/Abwicklungsvertrag vom 7. Dezember 2018 (Bl. 120-122 dA.), Sprinterprämie und Anwesenheitsprämie (Bl. 123-126 dA.), Sozialplan vom 7. Dezember 2018 (Bl. 128-137 dA.) und Leiharbeiter vom 10. Juli 2019 (Bl. 481-485 dA.).

Mit Schreiben vom 1. November 2017 (Bl. 486 dA.) teilte die Beklagte zu 2. der Bundesagentur für Arbeit, Agentur für Arbeit Kiel mit, dass sie an der Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung nicht länger festhalten werde und gab die erteilte Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung zurück.

Mit Schreiben vom 23. Januar 2019 und 14. März 2019 (Bl. 47-52 dA.) forderte die Klägerin die Beklagte zu 1. auf, ihr Vergütung nach Entgeltgruppe E 4C gemäß § 7 des Entgelttrahmentarifvertrages für die deutsche Kautschukindustrie vom 11. Februar 2000 iVm. §§ 2, 4 Entgelttarif-

vertrag für die Niedersächsische Kautschukindustrie vom 24. Mai 2018 zu zahlen. Die Tätigkeiten, mit denen die Klägerin beschäftigt wird, erfüllen die tatsächlichen Voraussetzungen für die begehrte Eingruppierung.

Mit Schriftsatz vom 27. März 2019, bei dem Arbeitsgericht Nienburg eingegangen am 27. März 2019, hat die Klägerin die vorliegende Klage erhoben.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, wegen des Ablaufs der Höchstüberlassungsdauer nach § 1 Abs. 1 AÜG sei ab dem 1. Oktober 2018 ein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten zu 1. zustande gekommen.

Die Beklagte zu 1. sei verpflichtet, ihr Vergütung in Höhe der Differenz zwischen der gezahlten Vergütung und der sich aus der Anwendbarkeit der einschlägigen Entgelttarifverträge für die Kautschukindustrie ergebenden Vergütung zu zahlen. Wegen der Berechnung der Differenzvergütung im Einzelnen wird auf die Anlagen zur Klageschrift vom 27. März 2019 (Bl. 47-49 sowie 50-52 dA.) Bezug genommen.

Wenn ein Gemeinschaftsbetrieb zwischen der Beklagten zu 1. und der Beklagten zu 2. vorliege, diene dieser allein dazu, die Schutzvorschriften des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes in rechtsmissbräuchlicher Absicht zu umgehen. Die Anwendung von zwei Tarifwerken in einem Gemeinschaftsbetrieb sei gleichheitswidrig. Insofern sei die Beklagte zu 2. verpflichtet, ihr die Differenz zur Vergütung nach den Entgelttarifverträgen der Kautschukindustrie zu zahlen.

Die Klägerin hat beantragt,

1. Es wird festgestellt, dass das zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 2. vom 22. März 2011 bis zum 30. September 2018 bestehende Arbeitsverhältnis als Arbeitnehmerin mit einer Tätigkeit in der Organisationseinheit „Scheibenumrahmung/Konfektion“ und einer wöchentlichen Arbeitszeit von 37,5 Stunden seit dem 1. Oktober 2018 mit der Beklagten zu 1. fortbesteht.
2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte zu 1. verpflichtet ist, der Klägerin ab dem 1. Oktober 2018 eine Vergütung nach Entgeltgruppe 4 C gemäß § 7 des Entgelttarifvertrages für die deutsche Kautschukindustrie vom 11. Februar 2000 iVm. § 2, 4 Entgelttarifvertrag für die niedersächsische Kautschukindustrie vom 24. Mai 2018 zu zahlen.

Hilfsweise:

Es wird festgestellt, dass die Beklagte zu 2. verpflichtet ist, der Klägerin eine Vergütung nach der Entgeltgruppe 4 C gemäß § 7 des Entgelttarifvertrages für die deutsche Kautschukindustrie vom 11. Februar 2000 iVm. §§ 2, 4 Entgelttarifvertrag für die niedersächsische Kautschukindustrie vom 24. Mai 2018 zu zahlen.

3. Die Beklagte zu 1. wird verurteilt, an die Klägerin für den Abrechnungszeitraum 1. Oktober 2018 bis 31. Oktober 2018 einen Betrag in Höhe von 373,27 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. November zu zahlen.

Hilfsweise:

Die Beklagte zu 2. wird verurteilt, an die Klägerin für den Abrechnungszeitraum 1. Oktober 2018 bis 31. Oktober 2018 einen Betrag in Höhe von 373,27 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. November 2018 zu zahlen.

4. Die Beklagte zu 1. wird verurteilt, an die Klägerin für den Abrechnungszeitraum 1. November 2018 bis 30. November 2018 einen Betrag in Höhe von 50,89 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Dezember 2018 zu zahlen.

Hilfsweise:

Die Beklagte zu 2. wird verurteilt, an die Klägerin für den Abrechnungszeitraum 1. November 2018 bis 30. November 2018 einen Betrag in Höhe von 50,89 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Dezember 2018 zu zahlen.

5. Die Beklagte zu 1. wird verurteilt, an die Klägerin für den Abrechnungszeitraum 1. Dezember 2018 bis 31. Dezember 2018 einen Betrag in Höhe von 326,47 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Januar 2019 zu zahlen.

Hilfsweise:

Die Beklagte zu 2. wird verurteilt, an die Klägerin für den Abrechnungszeitraum 1. Dezember 2018 bis 31. Dezember 2018 einen Betrag in Höhe von 326,47 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Januar 2019 zu zahlen.

6. Die Beklagte zu 1. wird verurteilt, an die Klägerin für den Abrechnungszeitraum 1. Januar 2019 bis 31. Januar 2019 einen Betrag in Höhe von 307,79 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Februar 2019 zu zahlen.

Hilfsweise:

Die Beklagte zu 2. wird verurteilt, an die Klägerin für den Abrechnungszeitraum 1. Januar 2019 bis 31. Januar 2019 einen Betrag in Höhe von 307,79 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Februar 2019 zu zahlen.

7. Die Beklagte zu 1. wird verurteilt, an die Klägerin für den Abrechnungszeitraum 1. Februar 2019 bis 28. Februar 2019 einen Betrag in Höhe von 338,60 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. März 2019 zu zahlen.

Hilfsweise:

Die Beklagte zu 2. wird verurteilt, an die Klägerin für den Abrechnungszeitraum 1. Februar 2019 bis 28. Februar 2019 einen Betrag in Höhe von 338,60 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. März 2019 zu zahlen.

Die Beklagten haben beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte haben vorgetragen, die Beklagte zu 2. mache seit Herbst 2016 keinen Gebrauch mehr von ihrer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis. Jedenfalls seit November 2016 bildeten sie einen Gemeinschaftsbetrieb in der Betriebsstätte R. Sie hätten sich zur gemeinsamen Führung des Betriebes rechtlich verbunden und einen einheitlichen Leitungsausschuss zur Erfüllung der in der organisatorischen Einheit zu verfolgenden arbeitstechnischen Zwecke geschaffen. Der Betriebsrat habe in Fragen der sozialen und personellen Mitbestimmung einen zur einheitlichen Willensbildung für beide Unternehmen fähigen Ansprechpartner. Ein Indiz für einen einheitlichen Leitungsausschuss sei auch die Personenidentität der Geschäftsführung. Die Überlassungshöchstdauer des AÜG sei nicht überschritten worden, da die Klägerin seit fast 3 Jahren nicht mehr als Leiharbeiterin in der Organisationseinheit „Scheibenumrahmung/Konfektion“ eingesetzt werde. Ein Arbeitsverhältnis sei auch nicht aufgrund einer angeblich rechtsmissbräuchlichen Ausgestaltung des Gemeinschaftsbetriebes entstanden.

Mit Urteil vom 8. Oktober 2019 hat das Arbeitsgericht Nienburg den Anträgen zu 1. und 2. stattgegeben und die Klage im Übrigen abgewiesen.

Zur Begründung hat es ausgeführt, die Klägerin habe entsprechend ihrer Erkenntnismöglichkeiten konkrete Behauptungen für das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung aufgestellt, denen die Beklagte zu 1. nicht erheblich entgegengetreten sei. Es sei der Beklagten zu 1. zuzugestehen, dass Indizien für eine einheitliche Leitung stritten. An den Voraussetzungen für die Annahme des Gemeinschaftsbetriebes fehle es aber, weil sich der Beitrag der Beklagten zu 2. auf das zur Verfügung Stellen ihrer Arbeitnehmer beschränke. Die Beklagte zu 2. fördere durch den Einsatz ihrer Arbeitnehmer keinen eigenen betrieblichen Zweck. Mit Überschreiten der Überlassungshöchstdauer sei ein Arbeitsverhältnis zur Beklagten zu 1. zustande gekommen. Auf dieses Arbeitsverhältnis sei der Entgelttarifvertrag für die deutsche Kautschukindustrie vom 11. Februar 2000 iVm. dem Entgelttarifvertrag für die niedersächsische Kautschukindustrie vom 24. Mai 2018 anzuwenden. Dass die Klägerin die Eingruppierungsmerkmale der Entgeltgruppe 4 C erfülle, sei zwischen den Parteien nicht streitig. Die Zahlungsanträge seien unbegründet, da die Klägerin die Höhe der geltend gemachten Differenzvergütung nicht schlüssig dargelegt habe. Die Hilfsanträge gegen die Beklagte zu 2. hätten nicht zur Entscheidung angestanden.

Wegen der weiteren Darstellung des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils (Bl. 193R-196R dA.), wegen der rechtlichen Würdigung auf die Entscheidungsgründe (Bl. 196R-200 dA.) Bezug genommen.

Gegen das ihr am 25. Oktober 2019 zugestellte Urteil vom 8. Oktober 2019 hat die Beklagte zu 1. mit Schriftsatz vom 22. November 2019, bei dem Landesarbeitsgericht Niedersachsen eingegangen am 22. November 2019, Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 27. Januar 2020 mit Schriftsatz vom 27. Januar 2020, bei dem Landesarbeitsgericht Niedersachsen eingegangen am 27. Januar 2020, begründet.

Die Beklagte zu 1. trägt vor, das Arbeitsgericht habe zu Unrecht angenommen, dass die Beklagte zu 2. ihre Arbeitnehmer bis in das Jahr 2016 im Wege der Konzernarbeitnehmerüberlassung bei der Beklagten zu 1. eingesetzt habe. Die Beklagten hätten dies in der Vergangenheit zwar als solches betitelt, bei rechtlich korrekter Bewertung der tatsächlichen Umstände habe aber bereits vor November 2016 ein Gemeinschaftsbetrieb vorgelegen. Das Geschäftsfeld der Beklagten zu 2. sei geprägt durch den Einsatz der eigenen Arbeitnehmer in der Produktion. Es bestehe eine enge organisatorische Verflechtung hinsichtlich der Betriebsabläufe und betrieblichen Tätigkeiten. Die Entscheidungs- und Weisungsrechte stünden beiden Beklagten gemeinsam zu, Anweisungen erfolgten jeweils im Namen des Vertragsarbeitgebers. Dass die Beklagte zu 2. eigene Entscheidungs- und Weisungsrechte habe, habe sich auch in den gemeinsamen Verhandlungen mit dem Betriebsrat über den Interessenausgleich vom 11. November 2018, den Sozialplan vom 7. Dezember 2018 und diverse Betriebsvereinbarungen gezeigt. Die Betriebsmittel werden unabhängig von den Eigentumsverhältnissen gemeinsam zur Förderung des gemeinsamen Zwecks eingesetzt. Die Klägerin habe keine ausreichenden Tatsachen dargelegt, die den Schluss auf eine Arbeitnehmerüberlassung zuließen. Dass sich die unternehmerische Zusammenarbeit aus Sicht der Klägerin nach 2016 vermeintlich nicht geändert habe, liege an dem Umstand, dass in der Vergangenheit schon ein Einsatz im Gemeinschaftsbetrieb erfolgt sei. Darüber hinaus sei es von einer konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung bis zur Errichtung eines Gemeinschaftsbetriebes in organisatorischer Hinsicht nur ein kleiner Schritt. Unter diesen Voraussetzungen reichten bereits Änderungen im administrativen Bereich der Personalführung, um einen Gemeinschaftsbetrieb zu begründen.

Die Beklagte zu 1. beantragt:

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Nienburg vom 8. Oktober 2019, Az.: 1 Ca 171/19, abgeändert.
2. Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Mit Schriftsatz vom 6. März 2020, bei dem Landesarbeitsgericht Niedersachsen eingegangen am 9. März 2020, hat die Klägerin Anschlussberufung eingelegt.

Sie beantragt:

1. Die Berufung der Beklagten zu 1. und Berufungsklägerin gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Nienburg vom 8. Oktober 2019 - Az.: 1 Ca 171/19 - zurückzuweisen.

Hilfsweise:

Es wird beantragt, das Urteil des Arbeitsgerichts Nienburg vom 8. Oktober 2019 - Az: 1 Ca 171/19 - abzuändern und festzustellen, dass die Beklagte zu 2. verpflichtet ist, der Klägerin eine Vergütung nach der Entgeltgruppe 4 C gemäß § 7 des Entgelttarifvertrages für die deutsche Kautschukindustrie vom 11. Februar 2000 iVm. §§ 2, 4 Entgelttarifvertrag für die niedersächsische Kautschukindustrie vom 24. Mai 2018 zu zahlen.

2. Es wird beantragt, das Urteil des Arbeitsgerichts Nienburg vom 8. Oktober 2019 - Az.: - 1 Ca 171/19 - abzuändern und die Beklagte zu 1. und Berufungsklägerin zu verurteilen,
- an die Klägerin für den Abrechnungszeitraum 01.10.2018 bis 31.10.2018 einen Betrag in Höhe von 373,27 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.11.2018 zu zahlen.
  - an die Klägerin für den Abrechnungszeitraum 01.11.2018 bis 30.11.2018 einen Betrag in Höhe von 50,89 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.12.2018 zu zahlen.
  - an die Klägerin für den Abrechnungszeitraum 01.12.2018 bis 31.12.2018 einen Betrag in Höhe von 326,47 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.01.2019 zu zahlen.
  - an die Klägerin für den Abrechnungszeitraum 01.01.2019 bis 31.01.2019 einen Betrag in Höhe von 307,79 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.02.2019 zu zahlen.
  - an die Klägerin für den Abrechnungszeitraum 01.02.2019 bis 28.02.2019 einen Betrag in Höhe von 338,60 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.03.2019 zu zahlen.

Die Beklagten beantragen,

die Anschlussberufung zurückzuweisen.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien in der Berufungsinstanz wird auf die Schriftsätze vom 22. November 2019, 27. Januar 2020, 6. März 2020, 16. April 2020, 8. Oktober 2020 und die Sitzungsniederschriften vom 27. Juli 2020 und 19. Oktober 2020 Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe:**

Die zulässige Berufung der Beklagten ist teilweise begründet. Die Anschlussberufung der Klägerin ist, soweit sie sich gegen die Beklagte zu 2. richtet, unbegründet und im Übrigen begründet.

I.

Die Berufung der Beklagten zu 1. ist zulässig, sie ist statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 64, 66 ArbGG und 519, 520 ZPO).

II.

Die Berufung ist aber zum überwiegenden Teil unbegründet.

1.

Das Arbeitsgericht hat dem Feststellungsantrag zu 1. gegen die Beklagte zu 1. zu Recht stattgegeben, da er zulässig und begründet ist.

a.

Gegen die Zulässigkeit des Antrages wendet die Berufung nichts ein und es bestehen auch im Übrigen keine Bedenken.

b.

Der Antrag ist auch begründet.

Wie das Arbeitsgericht zutreffend festgestellt hat, ist zwischen der Beklagten zu 1. und der Klägerin mit Wirkung ab dem 1.10.2018 kraft gesetzlicher Fiktion gemäß § 10 Abs. 1 i. V. m. § 9 Nr. 1b AÜG ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen.

(1)

Die Voraussetzungen der gesetzlichen Fiktion lagen ab dem 1.10.2018 vor. Gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG gilt ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und einem Leiharbeitnehmer, wenn es nach § 9 AÜG unwirksam ist, zu dem zwischen dem Entleiher und dem Verleiher für den Beginn der Tätigkeit vorgesehenen Zeitpunkt als zustande gekommen. Tritt die Unwirksamkeit erst nach Aufnahme der Tätigkeit bei dem Entleiher ein, so gilt das Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer mit dem Eintritt der Unwirksamkeit als zustande gekommen.

Der Arbeitsvertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 2. ist seit dem 1.10.2018 unwirksam gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1b AÜG. Danach sind Arbeitsverträge zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern mit dem Überschreiten der zulässigen Überlassungshöchstdauer nach § 1 Abs. 1b AÜG unwirksam, es sei denn, der Leiharbeitnehmer erklärt schriftlich bis zum Ablauf eines Monats nach Überschreiten der zulässigen Überlassungshöchstdauer gegenüber dem Verleiher oder dem Entleiher, dass er an dem Arbeitsvertrag mit dem Verleiher festhält.

(a)

Die Beklagte zu 2. hat die Klägerin der Beklagten zu 1. seit dem 22.3.2011 zur Arbeitsleistung im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG zur Arbeitsleistung überlassen.

*Eine Überlassung zur Arbeitsleistung iSd. § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF ist gegeben, wenn einem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt werden, die in dessen Betrieb eingegliedert sind und ihre Arbeit nach Weisungen des Entleihers und in dessen Interesse ausführen. Dabei ist nicht jeder drittbezogene Arbeitseinsatz eine Arbeitnehmerüberlassung iSd. AÜG. Diese ist vielmehr durch eine spezifische Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen zwischen Verleiher und Entleiher einerseits (dem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag) und zwischen Verleiher und Arbeitnehmer andererseits (dem Leiharbeitsvertrag) sowie durch das Fehlen einer arbeitsvertraglichen Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Entleiher gekennzeichnet. Notwendiger Inhalt eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags ist die Verpflichtung des Verleihers gegenüber dem Entleiher, diesem zur Förderung von dessen Betriebszwecken Arbeitnehmer zur Verfügung zu*

*stellen. Die Vertragspflicht des Verleihers gegenüber dem Entleiher endet, wenn er den Arbeitnehmer ausgewählt und ihn dem Entleiher zur Verfügung gestellt hat.*

*Der Inhalt der Rechtsbeziehung zwischen dem Vertragsarbeitgeber und dem Dritten ist sowohl auf der Grundlage der ausdrücklichen Vereinbarungen der Vertragsparteien als auch unter Berücksichtigung der praktischen Durchführung des Vertrags zu bestimmen. Widersprechen sich beide, so ist die tatsächliche Durchführung des Vertrags maßgeblich, weil sich aus der praktischen Handhabung der Vertragsbeziehungen am ehesten Rückschlüsse darauf ziehen lassen, von welchen Rechten und Pflichten die Vertragsparteien ausgegangen sind, was sie also wirklich gewollt haben. Der so ermittelte wirkliche Wille der Vertragsparteien bestimmt den Geschäftsinhalt und damit den Vertragstyp. Einzelne Vorgänge der Vertragsabwicklung sind zur Feststellung eines vom Vertragswortlaut abweichenden Geschäftsinhalts nur geeignet, wenn es sich dabei nicht um untypische Einzelfälle, sondern um beispielhafte Erscheinungsformen einer durchgehend geübten Vertragspraxis handelt. Dafür ist nicht die Häufigkeit, sondern Gewicht und Bedeutung der behaupteten Vertragsabweichung entscheidend.*

*Dies gilt allerdings nur dann, wenn die tatsächliche Durchführung von dem Willen der am Abschluss der vertraglichen Vereinbarung beteiligten Parteien umfasst war. Denn die Berücksichtigung der praktischen Vertragsdurchführung dient der Ermittlung des wirklichen Geschäftsinhalts, also der Rechte und Pflichten, von denen die Vertragsparteien bei Vertragsschluss ausgegangen sind. Die Vertragspraxis lässt aber nur dann Rückschlüsse auf den wirklichen Geschäftswillen der Vertragsparteien zu, wenn die zum Vertragsschluss berechtigten Personen die vom Vertragswortlaut abweichende Vertragspraxis kennen und sie zumindest billigen; BAG, 27.6.2017, 9 AZR 133/16, juris Rn. 26 - 30.*

Die Parteien haben das Arbeitsverhältnis jedenfalls bis in das Jahr 2016 hinein als Arbeitnehmerüberlassungsverhältnis durchgeführt. Dies ergibt sich aus dem unstreitigen Sachvortrag.

(aa)

Wie bereits das Arbeitsgericht zutreffend festgestellt hat, war die Vertragsbeziehung zwischen der Beklagten zu 2. und der Klägerin als typischer Leiharbeitsvertrag ausgestaltet. Die Klägerin ist – ohne eigene vertragliche Beziehung zu der Beklagten zu 1. - in deren Betrieb vollständig eingegliedert worden. Die Beklagte zu 2. war im Besitz einer Erlaubnis nach dem AÜG und hat von dieser auch Gebrauch gemacht. Es mag sein, dass der Gegenstand des Unternehmens nach der Eintragung im Handelsregister die Herstellung von Gummiwaren ist. Es ist aber nicht ersichtlich, was die Beklagte zu 2. zur Verfolgung dieses Gegenstandes unternommen hat, außer der Beklagten zu 1. für deren Produktion Personal zur Verfügung zu stellen.

(bb)

Für die Beschäftigung im Wege einer Arbeitnehmerüberlassung spricht auch die Mitgliedschaft der Beklagten zu 2. im Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen (IGZ e.V). Gem. § 3 Abs. 2 der Satzung der IGZ e. V. ist Voraussetzung für den Erwerb der Mitgliedschaft, dass die Mitglieder ein Zeitarbeitsunternehmen betreiben. Das setzt voraus, dass die Beklagte zu 2. an andere Unternehmer Arbeitnehmer überlassen hat. Es ist aber nicht vorgetragen oder sonst ersichtlich, dass die Beklagte zu 2. neben der Beschäftigung der im Betrieb der Beklagten zu 1. eingesetzten Mitarbeiter weitere geschäftliche Aktivitäten entfaltet hat.

(cc)

Die Beschäftigung im Wege der Arbeitnehmerüberlassung entsprach auch dem Willen der Beklagten.

(aaa)

Die Beklagten haben selbst vorgetragen, sie hätten in der Vergangenheit (gemeint wohl bis in das Jahr 2016) die Beschäftigung der Klägerin als Einsatz im Wege einer Konzernarbeitnehmerüberlassung betitelt. Wenn die Beklagten danach aber davon ausgegangen sind, sie betrieben Arbeitnehmerüberlassung, muss dies ihrem Willen entsprochen haben.

(bbb)

Dem steht der Vortrag der Beklagten, bei rechtlich korrekter Bewertung der tatsächlichen Umstände habe bereits vor November 2016 ein Gemeinschaftsbetrieb und keine Arbeitnehmerüberlassung vorgelegen nicht entgegen. Die Beklagten wenden damit gegen die Arbeitnehmerüberlassung nur ein, die Beschäftigung sei im Rahmen eines Gemeinschaftsbetriebes erfolgt.

Die Voraussetzungen für die Annahme eines Gemeinschaftsbetriebes können aber vor 2016 nicht vorgelegen haben.

*Von einem gemeinsamen Betrieb mehrerer Unternehmen ist auszugehen, wenn die in einer Betriebsstätte vorhandenen materiellen und immateriellen Betriebsmittel für einen einheitlichen arbeitstechnischen Zweck 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 Führung rechtlich verbunden haben. Diese einheitliche Leitung muss sich auf die wesentlichen Funktionen eines Arbeitgebers in sozialen und personellen Angelegenheiten erstrecken. Eine lediglich unternehmerische Zusammenarbeit genügt dagegen nicht. Vielmehr müssen die Funktionen des Arbeitgebers in den sozialen und personellen Angelegenheiten des Betriebsverfassungsgesetzes institutionell einheitlich für die beteiligten Unternehmen wahrgenommen werden; BAG, 14.8.2013, 7 ABR 46/11.*

Vor 2016 hat es auch nach dem Vortrag der Beklagten an einer rechtlichen Verbindung zu einer gemeinsamen Führung des Betriebes gefehlt. Eine, auch nur konkludente, Vereinbarung einer einheitlichen Leitung setzt zumindest voraus, dass die beteiligten Unternehmen den Willen gehabt haben, einen gemeinsamen Betrieb zu begründen. Es muss ihnen darum gegangen sein, unter gemeinsamem Einsatz der wechselseitigen Betriebsmittel einen einheitlichen arbeitstechnischen Zweck zu verfolgen. Ein gemeinsamer Betrieb und Arbeitnehmerüberlassung schließen sich gegenseitig aus. Da die Beklagten davon ausgegangen sind, die Beklagte zu 2. betriebe Arbeitnehmerüberlassung, kann ein übereinstimmender Wille zur Begründung eines gemeinsamen Betriebes nicht vorgelegen haben. Für die Begründung eines gemeinsamen Betriebes bestand auch keine Notwendigkeit, da der Konzernarbeitnehmerüberlassung bis 2017 eine gesetzliche Regelung zur Höchstüberlassungsdauer nicht entgegenstand.

b.

Ein gemeinsamer Betrieb der Beklagten ist auch nicht im oder nach dem Jahr 2016 und vor dem 1.10.2018 begründet worden.

(aa)

Auch im Jahr 2016 haben die Beklagten die erforderliche Vereinbarung für eine gemeinsame Leitung nicht getroffen.

Die Beklagten tragen nichts dazu vor, wann und wodurch eine Vereinbarung über einen einheitlichen Leitungsapparat getroffen worden sein soll.

(aaa)

Soweit die Beklagten vortragen, der Gemeinschaftsbetrieb sei nach außen erkennbar dadurch manifestiert worden, dass die Beklagten mit Eintragung in das Handelsregister vom 18.11.2016 von derselben Person geführt worden seien, folgt daraus für die Vereinbarung eines einheitlichen Leitungsapparates nichts.

*Die Voraussetzungen eines gemeinsamen Betriebes sind nicht bereits erfüllt, wenn eine (enge) unternehmerische Zusammenarbeit zwischen Arbeitgebern aufgrund wechselseitiger Verpflichtungen zu einer Minderung von mitbestimmungsrechtlich relevanten Gestaltungs- und Entscheidungsspielräumen bei den Arbeitgebern führt. Auch die Überlassung von Arbeitnehmern durch eine extra zur Personalgestellung gegründete Tochtergesellschaft sowie durch eine konzernangehörige Personalführungsgesellschaft wäre mit dem AÜG vereinbar. Auch eine Alleininhaberschaft oder die Mehrheitsbeteiligung an dem verleihenden Unternehmen würde danach einen Gemeinschaftsbetrieb nicht zwangsläufig begründen; BAG, 28.4.2011, 8 AZR 709/09.*

Durch die Bestellung eines gemeinsamen Geschäftsführers verlieren die Beklagten ihre rechtliche Selbstständigkeit nicht, eine konkludente Führungsvereinbarung ist dadurch zwar nicht ausgeschlossen, kommt aber auch nicht ohne weiteres zustande.

(bbb)

Für die Annahme einer einheitlichen Leitung reicht die gemeinsame Personalabteilung nicht aus. Zwar mag es sein, dass die sozialen und personellen Angelegenheiten von dieser arbeitgeberübergreifend wahrgenommen werden und dass eine einheitliche Einsatz- und Urlaubsplanung besteht.

Es ist aber nicht zu erkennen, dass die Beklagte zu 2. hierauf Einfluss nehmen kann. Ein eigener Gestaltungsspielraum der Beklagten zu 2. bei dem Einsatz der Arbeitnehmer der Beklagten zu 1. besteht nicht. Es ist nicht ersichtlich, dass sie diesen Weisungen erteilen oder in die Organisation des Betriebes eingreifen kann. Arbeitnehmer der Beklagten zu 2. waren unstreitig nur in einem abgrenzbaren Bereich der Produktion tätig, der nach dem Vortrag der Beklagten von vielen Konkurrenzunternehmen ins Ausland outgesourct wird. Ein organisatorischer Einfluss der Beklagten zu 2. auf diesen Bereich oder andere Bereiche des Unternehmens ergibt sich nicht.

(bb)

Auf das Vorliegen eines gemeinsamen Betriebes kann nicht aus der Tatsache geschlossen werden, dass bei den Beklagten ein gemeinsamer Betriebsrat gebildet worden ist.

Das Vorliegen eines gemeinsamen Betriebes ist Voraussetzung für die und nicht Folge der Wahl eines Betriebsrates für den gesamten Betrieb. Es mag sein, dass die Arbeitnehmer davon ausgegangen sind, es sei ein gemeinsamer Betriebsrat zu wählen. Daraus folgt aber nicht, dass die zugrundeliegenden Annahmen zutreffend sind.

Aus diesem Grund kann auch aus dem Abschluss der Betriebsvereinbarungen zwischen den Beklagten und dem gemeinsamen Betriebsrat nicht auf das Vorliegen eines gemeinsamen Betriebes geschlossen werden. Dies gilt auch für die Betriebsvereinbarung zur Leiharbeit vom 17.11.2016. Aus der Tatsache, dass die Betriebsparteien eine Regelung zur Leiharbeit getroffen haben, der sie die Beschäftigung der Klägerin nicht unterworfen haben, folgt nicht, dass die Klägerin nicht im Wege der Arbeitnehmerüberlassung beschäftigt worden ist. Hieraus folgt allein, dass die Betriebsparteien die Beschäftigung nicht als Arbeitnehmerüberlassung eingeordnet haben, nicht, dass diese Einschätzung zutreffend war.

Die nach dem 1.10.2018 geschlossenen Betriebsvereinbarungen sind für die Entscheidung des Rechtsstreits nicht von Belang, da die Höchstüberlassungsdauer mit dem 30.9.2018 abgelaufen ist.

(cc)

Gegen die Annahme eines gemeinsamen Betriebes spricht auch die Tatsache, dass die Beklagte über keine sächlichen Betriebsmittel verfügt.

*Verfügt ein Arbeitgeber nicht über sächliche Betriebsmittel, die von den beteiligten Arbeitgebern gemeinsam genutzt werden, besteht kein Gemeinschaftsbetrieb, da dieser neben dem gemeinsamen Einsatz der Arbeitnehmer auch die gemeinsame Nutzung der Betriebsmittel der beteiligten Arbeitnehmer voraussetzt; vgl. BAG, 13.8.2008, 7 ABR 21/07.*

Zwischen den Parteien ist nicht streitig, dass die Beklagte zu 2. über keine sächlichen Betriebsmittel verfügt. Der vorgelegte Jahresabschluss für das Jahr 2017 weist kein Anlagevermögen aus. Dass dies in den Vorjahren anders gewesen sein soll, behaupten die Beklagten nicht. Zwar mag es sein, dass die vorhandenen Betriebsmittel von allen Arbeitnehmern gemeinsam genutzt werden. Das ändert aber nichts an der Tatsache, dass diese rechtlich allein der Beklagten zu 1. zuzuordnen sind. Vor diesem Hintergrund kann die gemeinsame Nutzung im vorliegenden Fall kein Kriterium für die Abgrenzung des gemeinsamen Betriebes von der Arbeitnehmerüberlassung sein. Auch im Fall einer Arbeitnehmerüberlassung werden die Arbeitnehmer des Verleihers mit den Arbeitnehmern des Entleihers gemeinsam unter Nutzung von dessen sächlichen Betriebsmitteln eingesetzt.

Dabei kann hier offenbleiben, ob die Annahme eines gemeinsamen Betriebes auch dann in Betracht kommt, wenn, wie hier, die sächlichen Betriebsmittel nur einem der beteiligten Unternehmen zugeordnet sind. Dies setzte voraus, dass das jeweils andere Unternehmen aus anderen Gründen in der Lage ist, auf die Organisation und die Durchführung des gemeinsamen Betriebes Einfluss zu nehmen. Es ist nicht ersichtlich, dass dies hier der Fall ist. Die Arbeitnehmer der Beklagten zu 2. sind lediglich für einen abgrenzbaren Teilzweck im Bereich der Produktion eingesetzt. Über das zur Verfolgung des angegebenen Betriebszwecks erforderliche Know-how verfügt die Beklagte zu 2. nicht. Aus der Gesellschafterstruktur ergibt sich keine Einflussmöglichkeit der Beklagten zu 2. auf die Beklagte zu 1., diese ergibt sich vielmehr für die Beklagte zu 1. auf die Beklagte zu 2..

Letztlich ist darauf hinzuweisen, dass nicht feststellbar ist, welche organisatorischen Veränderungen die Beklagten zur Begründung eines gemeinsamen Betriebes vorgenommen haben wollen. Den Beklagten mag zuzugeben sein, dass im Fall, dass als Leih- und Stammarbeitnehmer behandelte Mitarbeiter in arbeitstechnischer Hinsicht bereits in einem Betrieb dauerhaft zur Verfolgung eines einheitlichen betrieblichen Zwecks zusammengearbeitet haben bereits Änderungen im administrativen Bereich der Personalführung ausreichen können, um einen Gemeinschaftsbetrieb zu begründen. Solche Änderungen hat es aber vorliegend nicht gegeben, da bereits in den Jahren vor dem Jahr 2016 der Personaleinsatz von einer gemeinsamen Personalabteilung gesteuert und von dem Werkleiter organisiert worden ist. Daran wurde nichts verändert.

2.

Der Feststellungsantrag zu 2. ist, soweit er sich auf den Zeitraum vom 1.10.2018 bis 28.2.2019 bezieht, unbegründet und im Übrigen begründet.

a.

Gegen die Zulässigkeit des Antrags als typische Eingruppierungsfeststellungsklage bestehen keine Bedenken. Für den Zeitraum vom 1.10.2018 bis zum 28.2.2019 fehlt dem Antrag allerdings das gem. § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche besondere Feststellungsinteresse.

Für diesen Zeitraum macht die Klägerin gleichzeitig die Vergütungsdifferenz zwischen der von ihr erhaltenen und der angestrebten Vergütung mit einem Leistungsantrag beziffert geltend. Es ist nicht ersichtlich, welches über eine entsprechende Entgeltzahlung hinausgehende Interesse an der begehrten Feststellung besteht; vgl. hierzu BAG, 13.5.2020, 4 AZR 173/19, Juris Rn. 46.

b.

Soweit die Feststellung der Eingruppierung in die Entgeltgruppe 4C des Entgelttarifvertrages für die deutsche Kautschukindustrie vom 11.2.2000 in Verbindung mit dem Entgelttarifvertrag für die niedersächsische Kautschukindustrie von 24.5.2018 ab dem 1.3.2019 begehrt wird, ist der Antrag begründet.

Die Voraussetzungen für die Eingruppierung liegen vor. Wie das Arbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat, findet der Tarifvertrag auf das Arbeitsverhältnis zwischen der Beklagten zu 1. und der Klägerin kraft beiderseitiger Tarifbindung Anwendung und liegen die tatsächlichen Voraussetzungen für die Einordnung der Klägerin in die Entgeltgruppe 4C des Tarifvertrages vor. Hiergegen wendet sich auch die Berufung nicht.

III.

Die Anschlussberufung gegen die Beklagte zu 2. ist unzulässig.

*Die unselbständige Anschlussberufung, die nach § 524 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 ZPO noch eingelegt werden kann, wenn der Berufungsbeklagte selbst auf die Berufung verzichtet hat oder die Berufungsfrist verstrichen ist, braucht zwar nicht darauf gerichtet zu sein, dass eine Beschwer des Anschlussberufungsklägers beseitigt wird. Sie kann vielmehr auch das Ziel haben, die Klage zu ändern oder zu erweitern. Die unselbständige Anschlussberufung ist jedoch eng mit der Berufung verbunden. Sie ist lediglich Antragstellung innerhalb einer fremden Berufung.*

*Deshalb ist sie grundsätzlich nur zwischen Prozessbeteiligten des Berufungsverfahrens möglich und kann sich regelmäßig nur gegen den Berufungskläger richten. Die unselbständige Anschlussberufung soll dem Berufungsgericht auch zugunsten des Berufungsbeklagten einen Entscheidungsspielraum verschaffen. Dagegen kann der Berufungsbeklagte die Klage im Regelfall nicht durch Anschlussberufung um Dritte erweitern oder Anträge gegen sie stellen. Anderes gilt, wenn die Partei des Berufungsklägers ausgewechselt wird, sodass die neue Partei innerhalb des schon bestehenden Prozessrechtsverhältnisses die Stelle der ausgeschiedenen Partei einnimmt. Eine Ausnahme ist auch dann zu machen, wenn der Dritte notwendiger Streitgenosse des Berufungsklägers iSv. § 62 Abs. 1 ZPO ist. Eine Anschlussberufung des Berufungsbeklagten im Verhältnis zum einfachen Streitgenossen des Berufungsklägers (§ 59 ZPO), der selbst keine Berufung eingelegt hat, ist unzulässig; BAG, 19.10.2011, 7 AZR 471/10, Juris Rn. 27 m. w. N..*

Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Die Beklagten sind keine notwendigen Streitgenossen im Sinne des § 62 Abs. 1 ZPO.

IV.

Die Anschlussberufung gegen die Beklagte zu 1. ist zulässig und zum größten Teil begründet.

1.

Die Anschlussberufung gegen die Beklagte zu 1. ist als unselbständige Anschlussberufung gem. § 524 Abs. 2 Satz 1 und 2 ZPO zulässig.

2.

Die Anschlussberufung ist auch zum größten Teil begründet.

Die Klägerin kann von der Beklagten zu 1. die Zahlung weiterer Vergütung für die Zeit vom 1.10.2018 bis zum 28.2.2019 aus § 611 Abs. 1 BGB iVm. dem zwischen den Parteien zustande gekommenen Arbeitsvertrag und dem anzuwendenden Entgelttarifvertrag für die deutsche Kautschukindustrie vom 11.2.2000 in Verbindung mit dem Entgelttarifvertrag für die niedersächsische Kautschukindustrie von 24.5.2018 verlangen.

a.

Für die streitbefangene Zeit kann die Klägerin von der Beklagten zu 1. Vergütung nach der Entgeltgruppe 4C der genannten Tarifverträge verlangen, da diese, wie oben gezeigt, auf das Arbeitsverhältnis Anwendung fanden.

b.

Die Beklagte zu 1. hat die Berechnung des Zahlungsanspruches, soweit sie von der Klägerin schlüssig vorgetragen wurden, nicht ausreichend substantiiert bestritten.

(1)

Der Arbeitnehmer ist darlegungs- und beweispflichtig für die Tatsachen, die den Anspruch auf Vergütung begründen. Etwaigen Beweisschwierigkeiten des Arbeitnehmers ist durch eine Abstufung der Darlegungs- und Beweislast Rechnung zu tragen; vgl. für den Anspruch auf Zahlung von Feiertagsvergütung, BAG, 16.10.2019, 5 AZR 352/18.

(2)

Die Beklagte zu 1. hat gegen den Anspruch der Klägerin, neben dem grundsätzlichen Einwand des Fehlens eines Arbeitsverhältnisses zwischen ihr und der Klägerin nur eingewandt, die Berechnung sei unschlüssig. Dies trifft allerdings nur teilweise zu. Die Klägerin hat für die einzelnen Monate die sich aus der Entgeltgruppe ergebende tarifliche Grundvergütung, eine betriebliche Zeitgradprämie sowie Nachtzuschläge in Höhe von 25 % bzw. 27 % und Sonn- und Feiertagszuschläge geltend gemacht.

(a)

Im Hinblick auf die tarifliche Grundvergütung ist die Berechnung ohne weiteres nachvollziehbar, da sie sich unmittelbar aus dem Tarifvertrag ergibt. Hiergegen wendet die Beklagte auch nichts ein.

(b)

Zur betrieblichen Zeitgradprämie hat die Klägerin vorgetragen, sie beruhe auf einer bei der Beklagten zu 1. bestehenden betrieblichen Regelung. Dieser Vortrag ist ebenfalls schlüssig und wird überdies dadurch gestützt, dass die von der Beklagten zu 2. erteilten Abrechnungen eine (höhere) betriebliche Zeitgradprämie ausweisen. Auch hiergegen hat die Beklagte sich nicht substantiiert gewandt. Sie hat weder bestritten, dass es eine betriebliche Regelung zur Zeitgradprämie gibt, noch hat sie vorgetragen, dass danach die Prämie anders zu berechnen wäre.

(c)

Im Hinblick auf die Zuschläge ist der Vortrag der Klägerin teilweise unschlüssig. Die Klägerin differenziert zwischen Nachtstunden mit 25 % und solchen mit 27 % Zuschlag. Ihrem Vortrag lässt sich allerdings nicht entnehmen, wonach sich die Zuschlagshöhe richtet und welche Stunden die Voraussetzungen für welchen Zuschlag erfüllen sollen. Insofern kann die Kammer die Richtigkeit der Berechnung nicht überprüfen und reicht das einfache Bestreiten der Beklagten aus.

Es ist aber zu beachten, dass die Beklagte zu 2. ausweislich der vorgelegten Abrechnungen für den streitigen Zeitraum Nachtzuschläge in Höhe von 25 % gezahlt hat. Insoweit ist die Klage schlüssig in Höhe der von der Beklagten zu 2. gezahlten Zuschläge. In dieser Höhe hat die Beklagte zu 1. den Vortrag der Klägerin nicht hinreichend substantiiert bestritten. Sie hat weder vorgetragen, dass die tariflichen Regelungen die Zahlung von niedrigeren Zuschlägen, als in den Abrechnungen ausgewiesen vorsehen, noch dass für die Nachtzuschläge nach den Tarifverträgen für die Kautschukindustrie andere Voraussetzungen gelten. Dies wäre ihr aber ohne weiteres möglich gewesen. Die Beklagte zu 1. kann sich nicht darauf zurückziehen, die Klägerin

habe die geleisteten Arbeitszeiten nicht vorgetragen. Da sie mit der Beklagten zu 2. eine gemeinsame Personalabteilung hat, muss es ihr ohne weiteres möglich sein, sich Kenntnis über die von der Klägerin geleisteten Stunden zu verschaffen.

c.

Ausgehend von Vorstehendem ergeben sich für die streitbefangenen Monate folgende Ansprüche. Für sämtliche Monate ergibt sich eine tarifliche Grundvergütung zuzüglich Zeitgradprämie in Höhe von 2.372,00 EUR.

Für Oktober 2018 besteht Anspruch auf Nachtzuschläge in Höhe von 47,06 EUR und 54,91 EUR, mithin ein Gesamtanspruch von 2.473,97 EUR. Abzüglich gezahlter 2.149,48 EUR verbleiben 324,49 EUR brutto.

Für November 2018 besteht Anspruch auf Nachtzuschläge in Höhe von 75,30 EUR und 87,85 EUR sowie Sonntagszuschläge in Höhe von 25,10 EUR und 21,97 EUR, mithin ein Gesamtanspruch von 2.582,22 EUR. Abzüglich gezahlter 2.567,11 EUR verbleiben 15,11 EUR brutto.

Für Dezember 2018 besteht Anspruch auf Nachtzuschläge in Höhe von 2,24 EUR und 32,95 EUR, mithin ein Gesamtanspruch von 2.433,19 EUR. Abzüglich gezahlter 2.131,58 EUR verbleiben 301,61 EUR brutto.

Für Januar 2019 besteht Anspruch auf Nachtzuschläge in Höhe von 47,06 EUR und 54,91 EUR, mithin ein Gesamtanspruch von 2.473,97 EUR. Abzüglich gezahlter 2.200,96 EUR verbleiben 273,01 EUR brutto.

Für Februar 2019 besteht Anspruch auf Nachtzuschläge in Höhe von 47,06 EUR und 54,91 EUR, mithin ein Gesamtanspruch von 2.473,97 EUR. Abzüglich gezahlter 2.166,64 EUR verbleiben 307,33 EUR brutto.

d.

Die Entscheidung über die Zinsen folgt aus §§ 286 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, 288 Abs. 2 BGB.

v.

Die Entscheidung über die Kosten folgt aus §§ 92 Abs. 2, 100 Abs. 1 ZPO. Gründe gemäß § 72 Abs. 2 ArbGG, die Revision zuzulassen, bestehen nicht.

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen die Nichtzulassung der Revision findet die Beschwerde statt.

Die Beschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass

1. eine entscheidungserhebliche Rechtsfrage grundsätzliche Bedeutung hat,

2. das Urteil von einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, von einer Entscheidung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes, von einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts oder, solange eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts in der Rechtsfrage nicht ergangen ist, von einer Entscheidung einer anderen Kammer desselben Landesarbeitsgerichts oder eines anderen Landesarbeitsgerichts abweicht und die Entscheidung auf dieser Abweichung beruht,

oder

3. ein absoluter Revisionsgrund gemäß § 547 Nr. 1 bis 5 der Zivilprozessordnung oder einer entscheidungserheblichen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör geltend gemacht wird und vorliegt.

Die Beschwerde muss binnen einer Notfrist von einem Monat nach Zustellung dieses Urteils bei dem Bundesarbeitsgericht eingelegt werden.

Die Anschrift des Bundesarbeitsgerichts lautet:

Hugo-Preuß-Platz 1, 99084 Erfurt.

Telefax-Nr.: (0361) 26 36 – 20 00

Auf die Möglichkeit der Einreichung elektronischer Dokumente beim Bundesarbeitsgericht nach § 46 c ArbGG i. V. m. den besonderen Voraussetzungen nach der gemäß § 46 c ArbGG erlassenen Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr in der jeweils geltenden Fassung wird hingewiesen. Ab 1.1.2018 genügt bei Verwendung eines sicheren Übermittlungsweges i.S.d. § 46c Abs. 4 ArbGG durch die verantwortende Person eine einfache Signatur.

Die Beschwerde ist innerhalb einer Notfrist von zwei Monaten nach Zustellung des Urteils zu begründen. In der Beschwerdebegründung müssen die Voraussetzungen der obigen Nr. 2 dargelegt oder die Entscheidung bezeichnet werden, von der das Urteil abweicht.

Vor dem Bundesarbeitsgericht müssen sich die Parteien durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Als Bevollmächtigte sind außer Rechtsanwälten nur die in § 11 Absatz 2 Satz 2 Nr. 4 und 5 ArbGG bezeichneten Organisationen zugelassen. Diese müssen in Verfahren vor dem Bundesarbeitsgericht durch Personen mit Befähigung zum Richteramt handeln.

Die Beschwerdeschrift, die Beschwerdebegründungsschrift und die sonstigen wechselseitigen Schriftsätze, die in Papierform im Beschwerdeverfahren eingereicht werden, sollen 7-fach – für jeden weiteren Beteiligten ein Exemplar mehr – bei dem Bundesarbeitsgericht eingereicht werden.