

Aktenzeichen: 3 AZR 160/02
Bundesarbeitsgericht 3. Senat

Urteil vom 18. Februar 2003
- 3 AZR 160/02 -

I. Arbeitsgericht
Mönchengladbach

Urteil vom 16. August 2001
- 1 Ca 542/01 -

II. Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Urteil vom 14. Januar 2002
- 5 Sa 1448/01 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichwort:

Betriebliche Altersversorgung bei vermuteter Arbeitsvermittlung/
unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung

Gesetze:

BetrAVG § 1; AÜG Art. 1 § 3 Abs. 1 Nr. 6 aF, § 9 Nr. 1, § 10 Abs. 1, § 13
aF; BGB § 242; ZPO § 256 Abs. 1

Leitsatz:

Ist nach Art. 1 § 1 Abs. 2, § 3 Abs. 1 Nr. 6, § 13 AÜG aF für einen
bestimmten Zeitraum ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und
Leiharbeitnehmer entstanden, nimmt der Leiharbeitnehmer auch an
einem in dieser Zeit durch Betriebsvereinbarung begründeten
betrieblichen Versorgungswerk teil.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



3 AZR 160/02
5 Sa 1448/01
Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
18. Februar 2003

URTEIL

Kaufhold, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 18. Februar 2003 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Reinecke, die Richter am Bundesarbeitsgericht Kremhelmer und Bepler sowie die ehrenamtlichen Richter Platow und Ludwig für Recht erkannt:



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 14. Januar 2002 - 5 Sa 1448/01 - aufgehoben.
2. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Mönchengladbach vom 16. August 2001 - 1 Ca 542/01 - wird zurückgewiesen.

Das Urteil des Arbeitsgerichts wird zur Klarstellung wie folgt neu gefaßt:

Es wird festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis des Klägers mit der Beklagten seit dem 3. Oktober 1977 besteht und seine Betriebszugehörigkeit im Sinne der betrieblichen Versorgungsbedingungen der Beklagten ab diesem Zeitpunkt zählt.

3. Die Beklagte hat die Kosten der Revision und der Berufung zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Frage, ob zwischen ihnen bereits seit dem 3. Oktober 1977 ein Arbeitsverhältnis besteht und ob eine entsprechende Beschäftigungszeit auch für die Anwartschaft des Klägers auf betriebliche Versorgungsleistungen maßgeblich ist.

Der 1956 geborene Kläger ist gelernter Schlosser. Er war zunächst seit dem 3. Oktober 1977 als Stahlbaumontagearbeiter der K KG, nach einer Betriebsänderung seit dem 1. Juli 1984 in entsprechender Funktion für die K Instandhaltungsservice GmbH tätig. Er war in dieser Zeit ausschließlich im Betrieb der Rechtsvorgängerin der Beklagten im Kraftwerk E mit der Erledigung von Instandhaltungsaufgaben befaßt.

Das Arbeitsverhältnis mit der K Instandhaltungsservice GmbH endete auf Grund eines Aufhebungsvertrags mit Wirkung zum 30. September 1986. Bereits unter dem 29. September 1986 hatte der Kläger mit Wirkung ab 1. Oktober 1986 einen Arbeitsvertrag mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten abgeschlossen. In dem vom Kläger gegengezeichneten Einstellungsschreiben heißt es ua.:

„Zwischen ihnen und dem Rheinisch-Westfälischen Elektrizitätswerk AG Betriebsverwaltung Kraftwerke E (RWE) wird gemäß der mit Ihnen getroffenen Absprache mit Wirkung ab



01.10.86 ein Arbeitsverhältnis begründet, für das die folgenden Vertragsbedingungen gelten:

1. Tätigkeit und Aufgabengebiet

Sie werden in der Hauptabteilung **Produktion (P) - Abteilung Produktion Betrieb (PB)** als **Kraftwerker** ... eingesetzt.

Als Dienstort wird unser Kraftwerk **K** in **E** vereinbart.

...

3. Vergütung

...

e) Die Betriebszugehörigkeit zum RWE rechnet ab **01.10.86**.

...

6. Ruhegeld- und Hinterbliebenenversorgung

Die bisher gültigen RWE-Ruhegeld-Richtlinien sind mit Wirkung zum 31.03.1986 gekündigt worden. Das bedeutet, daß Sie zur Zeit einen Anspruch auf Ruhegeld- und Hinterbliebenenversorgung nicht haben. Es ist jedoch beabsichtigt, die mit dem Gesamtbetriebsrat noch zu treffende Vereinbarung mit Wirkung ab 01.04.1986 in Kraft zu setzen, so daß Sie dann rückwirkend vom Zeitpunkt Ihres Eintrittes nach Maßgabe der Neuregelung versorgungsberechtigt sind.

...

11. Probezeit und Kündigung

Die ersten drei Monate Ihrer Beschäftigung gelten als Probezeit.

Es kam in der Folgezeit zu einer Betriebsvereinbarung gemäß Ziffer 6. des Arbeitsvertrages, welche die vorher geltenden, ebenfalls auf Betriebsvereinbarungen beruhenden Versorgungsbestimmungen unter Besitzstandswahrung verschlechterte.

Zum 16. April 1987 wurde der Kläger ins Kraftwerk H versetzt. Mit Schreiben vom 12. Juli 1994 informierte die Rechtsvorgängerin der Beklagten den Kläger über ab dem 1. September 1994 geltende neue Vertragsbedingungen im Hinblick auf den neuen Dienstort F, in dem der Kläger nunmehr als Meister eingesetzt werden sollte. In dem vom Kläger unterzeichneten Schreiben heißt es ua.:

„3. Vergütung

e) Die Betriebszugehörigkeit zur RWE Energie AG rechnet ab **01.10.1986**.

...

6. Ruhegeld- und Hinterbliebenenversorgung



Sie erhalten eine Ruhegeld- und Hinterbliebenenversorgung nach Maßgabe der jeweils geltenden Richtlinien. Demgemäß sind für Sie zur Zeit die Richtlinien für die Ruhegeld- und Hinterbliebenenversorgung vom 19.12.1989 maßgebend.

Als Beginn des Ruhegelddienstalters gilt der **01.10.1986**.“

Mit Schreiben vom 12. Januar 2000 wandte sich der Kläger an die Rechtsvorgängerin der Beklagten und bat unter Hinweis auf seine seit 1977 erbrachten Tätigkeiten um ein „Überdenken“ des Eintrittsdatums 1. Oktober 1986. Die Rechtsvorgängerin der Beklagten lehnte dies unter Hinweis darauf ab, die frühere Arbeitgeberin des Klägers gehöre nicht zum Konzern.

Mit seiner am 6. Februar 2001 bei Gericht eingegangenen Klage hat der Kläger, dessen Arbeitsverhältnis zum 1. April 2000 auf Grund eines Betriebsüberganges auf die Beklagte übergegangen war, die Feststellung begehrt, seit dem 3. Oktober 1977 Arbeitnehmer der Beklagten zu sein. Sein Feststellungsinteresse ergebe sich daraus, daß für den Versorgungsfall unstreitig wesentlich günstigere Regelungen eingriffen, wenn ein Beschäftigungsverhältnis bereits seit 1977 und nicht erst seit 1986 besteht.

Der Kläger hat behauptet, er sei bereits seit 1977 im Rahmen einer gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten tätig gewesen, ohne daß die Firma K die hierfür notwendige Erlaubnis besessen habe. Zwischen 1977 und 1986 sei er vollständig in den Betrieb der Rechtsvorgängerin der Beklagten in E eingegliedert gewesen. Urlaub, Freistellungen oder sonstige geldwerte Leistungen seien durch die Rechtsvorgängerin der Beklagten von deren Vorarbeitern und Meistern bewilligt worden, welche auch für Umsetzungen, Abmahnungen, Überstundenanordnungen und sonstige einzelne Arbeitsanweisungen zuständig gewesen seien. In den Jahren 1983 bis 1985 habe er auch an einem von der Rechtsvorgängerin der Beklagten angebotenen Kraftwerkerlehrgang teilgenommen.

Der Kläger hat beantragt

festzustellen, daß er seit dem 3. Oktober 1977 bei der Beklagten beschäftigt ist und auch seit diesem Zeitpunkt als betriebszugehörig im Sinne der betrieblichen Versorgungsbedingungen der Beklagten gilt.



Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Behauptung des Klägers zu seinen Arbeitsbedingungen bestritten. Der Kläger sei lediglich im Rahmen von Werkverträgen ihrer Rechtsvorgängerin mit der Firma K tätig geworden. Der allein zuständigen Einkaufsabteilung sei jedenfalls kein Umstand bekannt gewesen, der auf eine tatsächlich praktizierte Arbeitnehmerüberlassung hätte hindeuten können. Jedenfalls sei der Anspruch des Klägers verwirkt. Insbesondere habe der Kläger durch seine Zustimmung zu den neuen Arbeitsverträgen mit ihrer Rechtsvorgängerin gezeigt, daß er das Einstellungsdatum nicht in Frage stelle. Er habe auch die Treueprämie für zehnjährige Betriebszugehörigkeit erst 1996 geltend gemacht. Im Vertrauen darauf, keinen Ansprüchen mehr ausgesetzt zu sein, habe sie beispielsweise alle Unterlagen über die Werkverträge mit der Firma K nach Ablauf der gesetzlichen Aufbewahrungsfrist von zehn Jahren vernichtet.

Das Arbeitsgericht hat nach einer Beweisaufnahme dem Feststellungsbegehren des Klägers in vollem Umfang entsprochen. Das Landesarbeitsgericht hat auf die hiergegen eingereichte Berufung der Beklagten die Klage abgewiesen. Mit seiner Revision strebt der Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils an.

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist begründet. Seine Klage ist zulässig und entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts auch begründet.

A. Der Klageantrag ist zulässig.

I. Der Antrag des Klägers umfaßt zwei Streitgegenstände. Es geht ihm zunächst um die allgemeine Feststellung, daß er von Rechts wegen, auf Grund der Bestimmungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG), bereits seit dem 3. Oktober 1977 Arbeitnehmer der Beklagten und ihrer Rechtsvorgängerin ist. Daneben strebt er die gerichtliche Feststellung an, daß sich seine künftigen betrieblichen Versorgungsansprüche nach einer entsprechenden Betriebszugehörigkeit richten. Es ist nicht zur Entscheidung gestellt, ob sich weitere Rechte des Klägers aus einer Betriebszugehörigkeit ergeben, die bereits am 3. Oktober 1977 und nicht erst am 1. Oktober 1986 begonnen hat.



II. Der so verstandene Antrag des Klägers ist zulässig. Der Kläger hat hierfür insbesondere das erforderliche besondere Rechtsschutzinteresse nach § 256 Abs. 1 ZPO, § 46 Abs. 2 ArbGG.

Ein Arbeitnehmer kann das Bestehen und den Beginn eines Arbeitsverhältnisses zu einem Entleiher auf der Grundlage der Art. 1 §§ 10, 13 AÜG aF mit der allgemeinen Feststellungsklage verfolgen. Hiervon geht die ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ohne weiteres aus (*zuletzt 28. Juni 2000 - 7 AZR 100/99 - BAGE 95, 165; 25. Oktober 2000 - 7 AZR 487/99 - BAGE 96, 150; ebenso Becker/Wulfgramm AÜG 3. Aufl. Art. 1 § 10 Rn. 38 a; Schüren AÜG § 10 Rn. 126*). Dies gilt auch dann, wenn das Leiharbeitsverhältnis unbestritten beendet und einzelvertraglich ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher begründet worden ist. Jedenfalls solange dieses Arbeitsverhältnis noch nicht geendet hat, ergeben sich aus der erheblich längeren Dauer eines Arbeitsverhältnisses, als es der Arbeitsvertrag ausweist, regelmäßig noch eine Vielzahl möglicher Rechtsfolgen, welche das besondere Rechtsschutzbedürfnis für eine entsprechende Feststellungsklage begründen.

Der Kläger hat dieses rechtlich geschützte Interesse auch hinsichtlich der Feststellung, daß die von ihm geltend gemachte Dauer des Bestandes eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten für seine künftigen betrieblichen Versorgungsansprüche maßgeblich ist. Dieses besondere Interesse ergibt sich daraus, daß die Beklagte nicht nur den Bestand eines Arbeitsverhältnisses mit ihrer Rechtsvorgängerin vor dem 1. Oktober 1986 bestreitet, sondern auch geltend macht, selbst bei einem Arbeitsverhältnis seit dem 3. Oktober 1977 ergäben sich daraus für den Kläger keine betriebsrentenrechtlichen Rechte, weil er sich hierauf nicht berufen könne.

B. Die Klage ist auch begründet. Das Landesarbeitsgericht, das im Ergebnis zu Recht einen Bestand eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten und ihrer Rechtsvorgängerin bereits seit dem 3. Oktober 1977 angenommen hat, ist zu Unrecht davon ausgegangen, der Kläger könne sich auf hierauf beruhende Rechtspositionen nicht berufen; er habe etwaige Rechte hieraus verwirkt.

I. Seit dem 3. Oktober 1977 besteht zwischen dem Kläger und der Beklagten als Rechtsnachfolgerin der RWE Energie AG von Rechts wegen ein Arbeitsverhältnis. Der Kläger war von diesem Zeitpunkt an bis zu seiner arbeitsvertraglichen Übernahme durch die Rechtsvorgängerin der Beklagten ununterbrochen an diese iSd. Art. 1 § 1 Abs. 2 AÜG aF an diese zur Arbeitsleistung überlassen. Dies führt unabhängig davon,



ob die Vertragsarbeitgeberinnen des Klägers eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung hatten oder nicht, für die Zeit ab dem 3. Oktober 1977 zu einem Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten.

1. Nach den revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts ist der Kläger der Rechtsvorgängerin der Beklagten im Streitzeitraum iSd. Art. 1 § 1 Abs. 2 AÜG aF zur Arbeitsleistung überlassen worden.

a) Eine Überlassung zur Arbeitsleistung liegt in diesem Sinne vor, wenn einem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt werden, die voll in dessen Betrieb eingegliedert sind und ihre Arbeit allein nach Weisungen des Entleihers und in dessen Interesse ausführen. Der Verleiher hat seine Aufgabe regelmäßig erfüllt, wenn er die Arbeitnehmer für die Entsendung ausgewählt hat. Demgegenüber behält ein Werkunternehmer, der mit Arbeitnehmern bei einem Werkbesteller tätig ist, das Weisungsrecht hinsichtlich dieser Arbeitnehmer und die Verantwortung für das zu erstellende Werk. Über die Qualifizierung der vertraglichen Grundlage eines drittbezogenen Arbeitnehmereinsatzes als Werkvertrag oder Arbeitnehmerüberlassung entscheidet deren tatsächliche Durchführung (*BAG 15. Juni 1983 - 5 AZR 111/81 - BAGE 43, 102, 105; 28. November 1989 - 1 ABR 90/88 - AP AÜG § 14 Nr. 5 = EzA AÜG § 14 Nr. 2, zu B 1 c der Gründe; 30. Januar 1991 - 7 AZR 497/89 - BAGE 67, 125, 137 f.*).

b) Das Landesarbeitsgericht ist hiervon ausgegangen und hat auf Grund der von ihm getroffenen Feststellungen zu Recht angenommen, daß der Kläger der Rechtsvorgängerin der Beklagten zur Arbeitsleistung überlassen war.

Es hat dem Ergebnis der Beweisaufnahme durch das Arbeitsgericht rechtsfehlerfrei entnommen, daß der Kläger ebenso wie seine vom selben Vertragsarbeitgeber entsandten Kollegen bei seiner Arbeitsleistung vollständig in die betriebliche Organisation der Rechtsvorgängerin der Beklagten eingegliedert war, durch die er auch fortgebildet wurde. Er erhielt ausschließlich von ihren Mitarbeitern Arbeitsanweisungen oder die Weisung, Mehrarbeit zu leisten; Urlaub, Freistellungen oder sonstige geldwerte Leistungen wurden von bei ihr angestellten Vorarbeitern und Meistern gewährt; Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen waren dort abzugeben.

Soweit die Beklagte demgegenüber rügt, der Kläger habe nicht hinreichend konkret vorgetragen, welche Weisungen genau erteilt worden seien und die Beweisaufnahme habe insoweit auch keine hinreichend konkreten Sachverhalte zutage gefördert, verkennt sie den Umfang der dem Kläger obliegenden Darlegungs- und Beweis



last. Die vom Arbeitsgericht auf Grund eines entsprechenden Beweisantritts des Klägers nach Beweisaufnahme festgestellten Tatsachen, die sich das Landesarbeitsgericht zu eigen gemacht hat, reichen aus, eine Überlassung zur Arbeitsleistung iSd. Art. 1 § 1 Abs. 2 AÜG aF anzunehmen.

Das Landesarbeitsgericht hat auch zutreffend angenommen, daß die Beklagte sich nicht darauf berufen kann, die zum damaligen Zeitpunkt zuständige Einkaufsabteilung der Rechtsvorgängerin der Beklagten sei über die tatsächlichen Umstände des Arbeitseinsatzes des Klägers nicht informiert gewesen. Zwar wird man regelmäßig verlangen müssen, daß dann, wenn eine Vertragspraxis wesentlich von dem schriftlich Vereinbarten abweicht, die tatsächliche Handhabung des Vertrags mit Wissen und zumindest Billigung der zum Vertragsschluß auf beiden Seiten Berechtigten erfolgt sein muß, damit diese für die Rechtsbeziehungen maßgeblich sein kann (*BAG 27. Januar 1993 - 7 AZR 476/92 - EzAÜG AÜG § 10 Fiktion Nr. 75, zu I 3 b der Gründe*). Die Beklagte hat nicht im einzelnen dargelegt, inwiefern die Ausgestaltung der schriftlichen Verträge mit der K KG und der K Instandhaltungsservice GmbH eine andere als die tatsächliche Vertragsdurchführung vorsah. Hierauf kommt es aber nicht an. Denn die Beklagte kann sich unabhängig davon nicht auf Unkenntnis und fehlende Billigung der tatsächlichen Handhabung berufen. Es ist ausgeschlossen, daß eine derart umfassende Eingliederung des Klägers und seiner Kollegen, wie sie von den Vorinstanzen festgestellt wurde, von den verantwortlichen Stellen bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten nicht bemerkt und gebilligt wurde. Dies gilt insbesondere angesichts des Umstandes, daß es zur organisatorischen Durchführung, etwa was Urlaubsgewährung und Krankmeldung angeht, nach aller Erfahrung auch der Einschaltung einer Personalstelle der Rechtsvorgängerin der Beklagten bedurfte.

2. Da der Kläger hiernach vom 3. Oktober 1977 bis zum 30. September 1986 zur Arbeitsleistung überlassen worden ist, lag für diese Zeit kraft gesetzlicher Anordnung zwischen dem Kläger und der Rechtsvorgängerin der Beklagten ein Arbeitsverhältnis vor. Dies gilt unabhängig davon, ob die Vertragsarbeitgeberin für diese Zeit eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung nach Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG hatte oder nicht.

a) Das Landesarbeitsgericht hat zwar ohne Rüge durch die Beklagte festgestellt, daß im fraglichen Zeitraum keine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung vorgelegen habe. Es ist indes fraglich, ob das Revisionsgericht an diese Feststellung gebunden ist.



Das Berufungsgericht hat zwar rechtsfehlerfrei festgestellt, daß die K Instandhaltungsservice GmbH keine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis hatte; dies steht auf Grund der vorgelegten und von der Beklagten in ihrer Richtigkeit nicht in Frage gestellten Auskunft der Bundesanstalt für Arbeit vom 26. Oktober 2001 fest. Das Landesarbeitsgericht hat jedoch übersehen, daß die K Instandhaltungsservice GmbH erst seit dem 1. Juli 1984 Arbeitgeberin des Klägers war, so daß die getroffenen Feststellungen sich lediglich auf die Zeit seither beziehen können. Für die Zeit zwischen dem 3. Oktober 1977 und dem 30. Juni 1984 fehlt indes ein konkreter Vortrag des Klägers zum Fehlen einer Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung. Er wird auch nicht durch die Inbezugnahme der vorgelegten Auskunft ersetzt, weil diese sich nur zu einer K GmbH & Co KG und nicht zu der K KG, der Vertragsarbeitgeberin des Klägers vom 3. Oktober 1977 bis zum 30. Juni 1984, äußert. Angesichts dessen ist zumindest zweifelhaft, ob der Senat an die Schlußfolgerung des Landesarbeitsgerichts aus der vorgelegten Auskunft, die Vertragsarbeitgeberin habe keine Erlaubnis nach Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG gehabt, gebunden ist.

b) Hierauf kommt es jedoch nicht an. Sollten beide Vertragsarbeitgeberinnen des Klägers zwischen 1977 und 1986 keine Überlassungserlaubnis gehabt haben, ist für diese Zeit - wie das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt hat - nach Art. 1 § 10 Abs. 1 Satz 1 iVm. § 9 Nr. 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Rechtsvorgängerin der Beklagten zu fingieren. Sollte jedenfalls die K KG eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung gehabt haben, ergäbe sich dieselbe Rechtsfolge für die Zeit seit dem 3. Oktober 1977 aus Art. 1 § 13 iVm. § 1 Abs. 2, § 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG aF.

aa) Soweit den Vertragsarbeitgeberinnen eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung fehlte, führt Art. 1 § 10 Abs. 1 Satz 1 iVm. § 9 Nr. 1 AÜG für den Überlassungszeitraum zu einem Arbeitsverhältnis mit der Entleiherin kraft gesetzlicher Fiktion.

Nach Art. 1 § 9 Nr. 1 AÜG war der zwischen der Vertragsarbeitgeberin und dem Kläger geschlossene Arbeitsvertrag unwirksam, weil der Kläger der Rechtsvorgängerin der Beklagten, ohne daß die Erlaubnis nach Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG vorlag, gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen worden war.

Das LAG hat zwar keine ausdrücklichen Feststellungen zum Tatbestandsmerkmal der Gewerbsmäßigkeit getroffen. Deren bedurfte es aber unter den Umständen des Falles auch nicht. Gewerbsmäßigkeit durfte unterstellt werden.



Gewerbsmäßig iSd. AÜG ist jede nicht nur gelegentliche, sondern auf eine gewisse Dauer angelegte und auf die Erzielung unmittelbarer oder mittelbarer wirtschaftlicher Vorteile gerichtete selbständige Tätigkeit, die auf die Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr gerichtet ist (*BAG 21. März 1990 - 7 AZR 198/89 - BAGE 65, 43, 51 mwN; Ulber AÜG 2. Aufl. § 1 Rn. 148; Boemke AÜG § 1 Rn. 39; Schüren AÜG § 1 Rn. 274*). Bei Wirtschaftsunternehmen wie den Vertragsarbeitgeberinnen des Klägers kann möglicherweise davon ausgegangen werden, daß eine einmal vorgenommene Arbeitnehmerüberlassung auch wiederholt betrieben wird (*so Ulber aaO § 1 Rn. 151; Becker/Wulfgramm AÜG 3. Aufl. Art. 1 § 1 Rn. 28 a; Sandmann/Marschall AÜG Art. 1 § 1 Rn. 38; zweifelnd Schüren AÜG § 1 Rn. 304*). Jedenfalls bei einer über mehrere Jahre andauernden Überlassung derselben Arbeitnehmer an denselben Entleiher, wie sie seitens der K KG und der K Instandhaltungsservice GmbH erfolgte, ist das Merkmal der selbständigen sowie nachhaltigen, planmäßigen und nicht nur gelegentlichen zufälligen Tätigkeit erfüllt. Es kann auch ohne weiteres unterstellt werden, daß die Vertragsarbeitgeberinnen mit der Überlassung des Klägers und seiner Kollegen Gewinn angestrebt haben. Bei einer derartigen Verleihdauer ist auszuschließen, daß diese Mitarbeiter lediglich zum Ausgleich oder zur Minderung eigener Personalkosten überlassen wurden, weil die Vertragsarbeitgeberinnen keine eigenen Einsatzmöglichkeiten für diese Arbeitnehmer hatten.

bb) Sollte zumindest die K KG eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung gehabt haben, änderte dies an der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses des Klägers mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten bereits seit dem 3. Oktober 1977 nichts. Diese Rechtsfolge ergibt sich dann nur aus Art. 1 § 13 AÜG in der während der gesamten Dauer der Überlassung des Klägers bis zum 31. März 1997 unverändert geltenden Fassung.

Diese durch Art. 63 Nr. 9 des Arbeitsförderungs-Reformgesetzes - AFRG - vom 24. März 1997 (BGBl. I S. 594) mit Wirkung vom 1. April 1997 ersatzlos aufgehobene Bestimmung lautete: „Beruht ein Arbeitsverhältnis auf einer entgegen § 4 des Arbeitsförderungsgesetzes ausgeübten Arbeitsvermittlung, so können die arbeitsrechtlichen Ansprüche des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber dieses Arbeitsverhältnisses nicht durch Vereinbarung ausgeschlossen werden.“ Der Wortlaut gab indes nur unvollkommen den Regelungszweck und die angeordneten Rechtsfolgen der Bestimmung wieder. Sie diente der Ergänzung der Regelung des Art. 1 § 10 AÜG aF: Während hiernach, im Falle gewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung ohne Erlaubnis, die



Verträge zwischen Verleiher und Entleiher und zwischen Verleiher und Leiharbeiter unwirksam sind und ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher fingiert wird, war der Schutz des Arbeitnehmers im Falle illegaler Arbeitsvermittlung durch die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher gewährleistet (*BT-Drucks. VI/2303 S. 15; hierzu Schüren AÜG § 13 Rn. 40; ErfK/Wank 3. Aufl. § 13 AÜG Rn. 2; ebenso BAG 21. März 1990 - 7 AZR 198/89 - BAGE 65, 43; 26. April 1995 - 7 AZR 850/94 - BAGE 80, 46; 15. April 1999 - 7 AZR 437/97 - BAGE 91, 200, zu II 2 der Gründe; 28. Juni 2000 - 7 AZR 100/99 - BAGE 95, 165, zu II 1 der Gründe*). Art. 1 § 13 AÜG aF ist mit diesem Regelungsinhalt unmittelbar anzuwenden auf alle Fallgestaltungen, bei denen die Fiktionswirkung vor dem 1. April 1997 eingetreten ist (*BAG 15. April 1999 - 7 AZR 437/97 - aaO, zu II 2 a der Gründe; Ulber AÜG 2. Aufl. § 13 Rn. 5*). Das ist beim Kläger der Fall, weil er bereits seit dem 3. Oktober 1977 in den Betrieb der Beklagten und ihrer Rechtsvorgängerin eingegliedert war. Art. 1 § 13 AÜG aF hat zugunsten des Klägers bei Erfüllung seiner Voraussetzungen dieselben Rechtsfolgen wie Art. 1 § 10 AÜG aF.

Unterstellt man, die K KG habe eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung gehabt, ist zugunsten des Klägers für die Zeit seit dem 3. Oktober 1977 ein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten und ihrer Rechtsvorgängerin nach Art. 1 § 13 AÜG aF zu fingieren, weil die Voraussetzungen dieser Vorschrift erfüllt sind. Die K KG hat den Kläger in dieser Zeit an denselben Entleiher für einen über die höchstzulässige Dauer des Art. 1 § 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG aF weit hinausgehenden Zeitraum zur Arbeitsleistung überlassen. Es ist deshalb zu vermuten, daß sie in dieser Zeit Arbeitsvermittlung betrieben hat (Art. 1 § 1 Abs. 2 AÜG aF). Bis zum Ende der insgesamt fast siebenjährigen Überlassung des Klägers an die Beklagte und ihre Rechtsvorgängerin durch die K KG am 30. Juni 1984 belief sich die gesetzliche Höchstdauer für die zulässige Überlassung eines Arbeitnehmers nach Art. 1 § 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG aF auf drei Monate. Da nichts dafür spricht, daß die K KG eine Zustimmung nach § 18 Abs. 1 AFG aF oder eine Erlaubnis zur Arbeitsvermittlung (§§ 23 bis 24 c AFG aF) hatte, sind damit die Voraussetzungen des Art. 1 § 13 AÜG aF erfüllt.

3. Die Rechtsfolgen der Fiktion nach Art. 1 § 10 Abs. 1 AÜG wie auch nach Art. 1 § 13 AÜG aF sind gleich. Inhalt und Dauer des so begründeten Arbeitsverhältnisses bestimmen sich nach den für den Betrieb des Entleihers geltenden Vorschriften und sonstigen Regelungen (Art. 1 § 10 Abs. 1 Satz 4 AÜG), insbesondere nach den dort einschlägigen tarifvertraglichen Bestimmungen, Regelungen in Betriebsvereinbarungen



und betrieblichen Übungen (*BAG 27. Juli 1983 - 5 AZR 194/81 - BAGE 43, 198, 201 f.; Becker/Wulfgramm AÜG 3. Aufl. Art. 1 § 10 Rn. 31; für die Gleichstellung der Rechtsfolgen aus § 10 und § 13 AÜG: BAG 1. Juni 1994 - 7 AZR 7/93 - BAGE 77, 52, 62 f.; Schüren AÜG § 13 Rn. 40 ff.; wohl auch ErfK/Wank 3. Aufl. § 13 AÜG Rn. 2).*

II. Der Kläger hat das Recht, sich auf ein seit dem 3. Oktober 1977 mit der Beklagten und ihrer Rechtsvorgängerin bestehendes Arbeitsverhältnis zu berufen, weder durch eine die gesetzliche Rechtsfolge aus dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz abbedingende Vereinbarung verloren noch ist ein solches Recht verwirkt.

1. Es ist schon sehr fraglich, ob eine Vereinbarung, durch welche die Wirkungen von Art. 1 § 10 und § 13 AÜG aF rückwirkend durch Abschluß eines entsprechenden Arbeitsvertrags zwischen dem bisher zur Arbeitsleistung Überlassenen und dem Entleiher abbedungen werden, wirksam ist.

Dies wird mit der Behauptung, Art. 1 § 10 Abs. 1 Sätze 2 bis 5 AÜG sei dispositiv, teilweise bejaht (*Boemke AÜG § 10 Rn. 20*). Teilweise wird aber auch angenommen, Vertragsinhalte könnten nur mit Wirkung für die Zukunft neu geregelt werden (*Schüren AÜG § 10 Rn. 36*). Der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat in einem Urteil vom 19. Dezember 1979 (- 4 AZR 901/77 - AP AÜG § 10 Nr. 1 = EzA AÜG § 10 Nr. 2) angenommen, soweit zwingende gesetzliche oder kollektive Vorschriften dem nicht entgegenstünden, bleibe es den Arbeitsvertragsparteien grundsätzlich unbenommen, die einzelnen Arbeitsbedingungen des fingierten Arbeitsverhältnisses neu zu regeln oder überhaupt einen neuen Arbeitsvertrag abzuschließen. In diesem Urteil ging es jedoch nur darum, ob bei einem im Anschluß an ein fingiertes Arbeitsverhältnis abgeschlossenen Arbeitsvertrag eine andere als die zuletzt geltende Entgeltvereinbarung wirksam abgeschlossen werden konnte. Eine Aussage dazu, ob durch einen solchen Vertrag alle in der Vergangenheit auf der Grundlage des fingierten Arbeitsverhältnisses etwa begründeten Rechtspositionen einvernehmlich beseitigt werden konnten, läßt sich der Entscheidung nicht entnehmen. Dagegen sprechen der von Art. 1 § 10 Abs. 1 AÜG angestrebte Arbeitnehmerschutz sowie die Überlegungen, die das Bundesarbeitsgericht im Zusammenhang mit Abänderungsvereinbarungen nach einem Betriebsübergang angestellt hat, soweit es dabei nur um eine Beseitigung der Kontinuität der Arbeitsverhältnisse geht (*28. April 1987 - 3 AZR 75/86 - BAGE 55, 228; 10. Dezember 1998 - 8 AZR 324/97 - BAGE 90, 260*).



Die aufgeworfene Frage kann indes offenbleiben. Eine rückwirkende Abbedingung aller etwa aus einem nach oder entsprechend Art. 1 § 10 Abs. 1 AÜG fingierten Arbeitsverhältnis erwachsenen Rechte durch Abschluß eines neuen Arbeitsvertrags mit dem Entleiher kommt jedenfalls nur dann in Betracht, wenn die Parteien dieses Arbeitsvertrags bei dessen Abschluß einen hierauf gerichteten rechtsgeschäftlichen Willen zum Ausdruck gebracht haben. Daran fehlt es in jedem Falle. Allein die Angabe des Arbeitsvertragsbeginns „01.10.86“ in zwei schriftlichen Arbeitsverträgen, die dem förmlichen Vertragsbeginn entspricht, läßt nicht erkennen, daß die Vertragsparteien oder eine von ihnen es auch nur für möglich hielt, daß in der Zeit zuvor bereits ein Arbeitsverhältnis kraft gesetzlicher Fiktion bestanden hat und sie mit diesem vertraglichen Hinweis alle etwaigen Rechtsfolgen aus diesem Arbeitsverhältnis beseitigen wollten. Eine solche subjektive Willensrichtung behauptet auch die Beklagte nicht. Angesichts dessen kann den Angaben zum Vertragsbeginn in den Arbeitsverträgen vom 29. September 1986 und vom 12. Juli 1994 keine rechtsvernichtende Wirkung für alle in der Zeit zuvor entstandenen Rechte beigemessen werden.

2. Der Kläger hat auch nicht allgemein sein Recht verwirkt, sich darauf zu berufen, zwischen ihm und der Beklagten und ihrer Rechtsvorgängerin gelte ein Arbeitsverhältnis als zustandegekommen.

a) Der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat in einem Urteil vom 30. Januar 1991 (- 7 AZR 497/89 - BAGE 67, 124, 132 f.) angenommen, dieses Recht könne grundsätzlich wie jedes andere verwirken. Diese Auffassung, die letztlich eine Verwirkung von Rechtsverhältnissen, nicht nur von Ansprüchen für möglich hält, erscheint auch deshalb nicht unproblematisch, weil auf diese Weise sogar auf der Grundlage zwingenden Rechts entstandene Rechtspositionen aus einem gesetzlich fingierten Arbeitsverhältnis durch Verwirkung erlöschen könnten, selbst wenn für die Rechtsposition selbst gesetzlich festgelegt ist, daß sie nicht verwirken kann (§ 77 Abs. 4 Satz 3 BetrVG, § 4 Abs. 4 Satz 2 TVG). Es spricht deshalb mehr dafür, daß nur Rechte aus dem fingierten Arbeitsverhältnis, aber nicht das Recht selbst, sich auf die gesetzlich angeordnete Fiktion zu berufen, verwirken können.

b) Auch dies kann indes dahinstehen. Die Voraussetzung für eine Verwirkung des Rechts des Klägers, sich allgemein darauf zu berufen, zwischen ihm und der Beklagten gelte bereits seit dem 3. Oktober 1977 ein Arbeitsverhältnis als zustandege-



kommen, liegen entgegen der Auffassung der Beklagten und des Landesarbeitsgerichts nicht vor.

aa) Dabei kann zugunsten der Beklagten unterstellt werden, daß das sogenannte Zeitmoment zur Ausfüllung des Verwirkungstatbestandes erfüllt ist. Zwischen dem Abschluß des Arbeitsvertrags des Klägers mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten im Jahre 1986 und der erstmaligen konkreten Geltendmachung eines anderen als des in die Arbeitsverträge aufgenommenen Beginns des Arbeitsverhältnisses im Jahre 2001 sind mehr als 14 Jahre vergangen.

bb) Es fehlt indes in jedem Falle an dem sog. Umstandsmoment der Verwirkung. Zeitablauf und Untätigkeit eines Anspruchsberechtigten reichen für sich allein genommen für einen Verwirkungseinwand nicht aus. Es müssen besondere Umstände sowohl im Verhalten des Berechtigten als auch des Verpflichteten vorliegen, die es rechtfertigen, die späte Geltendmachung des Rechts als mit Treu und Glauben unvereinbar und für den Verpflichteten als unzumutbar anzusehen. Der Berechtigte muß unter Umständen untätig gewesen sein, die den Eindruck erwecken konnten, daß er sein Recht nicht mehr geltend machen wolle, so daß sich der Verpflichtete darauf einstellen durfte, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden. Der Verwirkungseinwand dient dem Vertrauensschutz (*statt aller BAG 25. April 2001 - 5 AZR 497/99 - BAGE 97, 326, 329*).

Bei der Beklagten besteht kein Anlaß für einen solchen Vertrauensschutz. Sie hat nie konkret darauf vertraut, der Kläger werde keine Rechte aus seinem durch die K KG und die K Instandhaltungsservice GmbH vermittelten Einsatz bei ihr mehr herleiten. Sie ist nach ihrem eigenen Vortrag nie davon ausgegangen, es könne insoweit von einem Fall unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung auszugehen und deshalb mit ihr ein Arbeitsverhältnis für die Überlassungszeit zu fingieren sein. Hatte die Beklagte aber überhaupt keine Kenntnis von einer möglichen Rechtsposition des Klägers aus dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, kann sie auf das Ausbleiben einer hierauf gestützten Forderung allenfalls allgemein, nicht aber konkret, unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt, vertraut haben. Den Schutz vor unbekannten Forderungen hat das Verjährungsrecht zu gewährleisten, nicht der Grundsatz von Treu und Glauben (*ebenso für eine vergleichbare Fallgestaltung BAG 25. April 2001 - 5 AZR 497/99 - BAGE 97, 326, 329 f.*).



III. Auch wenn sich der Kläger nach alledem gegenüber der Beklagten noch allgemein darauf berufen kann, daß mit ihr kraft gesetzlicher Fiktion (Art. 1 §§ 10, 13 AÜG aF) schon seit dem 3. Oktober 1977 ein Arbeitsverhältnis besteht, schließt dies nicht aus, daß einzelne Rechte, die sich hieraus ergeben könnten, verwirkt oder einzelvertraglich abbedungen sind. Hierzu hat der Senat nicht allgemein Stellung zu nehmen, weil der Rechtsstreit der Parteien keinen derart umfassenden Gegenstand hat (oben A. I.).

Soweit der Kläger allerdings konkret die Feststellung anstrebt, daß für seine Versorgungsansprüche ein - fingiertes - Arbeitsverhältnis mit der Beklagten seit dem 3. Oktober 1977 maßgeblich ist, ist seine Klage begründet. Seine betriebsrentenrechtliche Rechtsposition ergibt sich aus Art. 1 § 10 Abs. 1 Satz 4 AÜG, wonach schon für die Zeit des fingierten Arbeitsverhältnisses die damals geltenden Regelungen maßgeblich sind.

Die sich hieraus ergebenden Rechte sind weder einvernehmlich wirksam abbedungen worden noch hat der Kläger das Recht verwirkt, sich hinsichtlich seiner betrieblichen Versorgungsrechte hierauf zu berufen. Dies ergibt sich bereits daraus, daß die Anwartschaft des Klägers auf betriebliche Versorgungsleistungen unstreitig auf bei der Beklagten und ihrer Rechtsvorgängerin abgeschlossenen Betriebsvereinbarungen beruht. Soweit der Kläger seit dem 3. Oktober 1977 aus diesen Betriebsvereinbarungen nach der auf Grund gesetzlicher Anordnung zugrunde zu legenden Beschäftigungszeit Rechte erworben hat, können diese weder verwirken (§ 77 Abs. 4 Satz 3 BetrVG) noch ist ein vertraglicher Verzicht auf sie ohne Zustimmung des Betriebsrats zulässig und wirksam (§ 77 Abs. 4 Satz 2 BetrVG). Dafür, daß der bei der Beklagten bestehende Betriebsrat einem etwaigen Verzicht des Klägers auf Versorgungsrechte aus seit 1977 bestehenden Betriebsvereinbarungen über betriebliche Altersversorgung zugestimmt hätte, ist nichts ersichtlich oder vorgetragen.

Angesichts dessen kommt es nicht mehr darauf an, ob dem Vorbringen der Beklagten die tatsächlichen Voraussetzungen für einen Verwirkungseinwand oder eine Verichtsvereinbarung hinsichtlich der Rechte aus der betrieblichen Altersversorgung aus der Zeit seit dem 3. Oktober 1977 entnommen werden können. Nach Auffassung



des Senats spricht allerdings alles gegen eine solche Annahme, wobei die oben unter B. II. angesprochenen Gesichtspunkte entsprechend herangezogen werden können.

Reinecke

Kremhelmer

Bepler

Platow

Ludwig



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)