

Aktenzeichen: 7 AZR 23/06
Bundesarbeitsgericht 7. Senat

Urteil vom 17. Januar 2007
- 7 AZR 23/06 -

I. Arbeitsgericht
Köln

Urteil vom 18. November 2004
- 1 Ca 14243/03 -

II. Landesarbeitsgericht
Köln

Urteil vom 20. September 2005
- 9 Sa 110/05 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Arbeitnehmerüberlassung - Konzern - Verwirkung

Gesetze:

AÜG (in der bis 30. April 1985 geltenden Fassung) Art. 1 § 1 Abs. 1, § 9
Nr. 1, § 10 Abs. 1 Satz 1; BGB § 242, § 397 Abs. 2

Leitsätze:

keine



BUNDESARBEITSGERICHT



7 AZR 23/06
9 Sa 110/05
Landesarbeitsgericht
Köln

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
17. Januar 2007

URTEIL

Klapp, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 17. Januar 2007 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dörner, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Gräfl, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Koch sowie die ehrenamtlichen Richter Güner und Zwisler für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 20. September 2005 - 9 Sa 110/05 - wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob das Arbeitsverhältnis des Klägers mit der Beklagten und ihren Rechtsvorgängerinnen bereits seit dem 2. November 1984 oder erst seit dem 1. Oktober 1986 besteht. 1

Der Kläger war vom 2. November 1984 bis zum 30. September 1986 auf Grund eines Arbeitsvertrags mit der S mbH (S) als Anlagenwärter beschäftigt. Er war ausschließlich im Kraftwerk W der R AG (R AG), der Rechtsvorgängerin der Beklagten, beschäftigt. Der Kläger kündigte den Arbeitsvertrag mit der S mit Schreiben vom 12. September 1986 zum 30. September 1986, da er zum 1. Oktober 1986 von der R AG als Arbeitnehmer im Kraftwerk W eingestellt wurde. In dem schriftlichen Arbeitsvertrag vom 9./12. September 1986 vereinbarten der Kläger und die R AG ua.: 2

„I. Tätigkeit und Aufgabengebiet

Sie werden in der Abteilung PA als Wärter Bekohlung und/oder Entschubbereich Gruppe 4/Bild 1 eingesetzt.

Als Dienstort wird E vereinbart.

...

III. Vergütung

...

e) Die Betriebszugehörigkeit zum R rechnet ab 1. Oktober 1986.

...

VI. Ruhegeld- und Hinterbliebenenversorgung

Die bisher gültigen R -Ruhegeld-Richtlinien sind mit Wirkung zum 31. März 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 dem 1. April 1986



in Kraft zu setzen, so dass Sie dann rückwirkend vom Zeitpunkt Ihres Eintritts nach Maßgabe der Neuregelung versorgungsberechtigt sind ...“.

In der Folgezeit wurde eine Betriebsvereinbarung entsprechend VI des Arbeitsvertrags abgeschlossen, die die zuvor geltenden, ebenfalls auf Betriebsvereinbarungen beruhenden Versorgungsbestimmungen unter Besitzstandswahrung verschlechterte. 3

Mit Wirkung vom 1. April 2000 ging der Betrieb Kraftwerk W , in dem der Kläger stets beschäftigt war, iSv. § 613a BGB auf die Beklagte über. 4

Mit der am 12. Dezember 2003 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat der Kläger die Feststellung begehrt, dass zwischen ihm und der Beklagten bereits seit dem 2. November 1984 ein Arbeitsverhältnis besteht. Die S habe ihn von diesem Zeitpunkt an der Rechtsvorgängerin der Beklagten R AG gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen, ohne über eine Erlaubnis zu Arbeitnehmerüberlassung verfügt zu haben. Er sei in der Zeit vom 2. November 1984 bis zum 30. September 1986 vollständig in den Betrieb der Rechtsvorgängerin der Beklagten eingegliedert gewesen und habe mit Arbeitnehmern zusammengearbeitet, die bei der R AG angestellt gewesen seien. Die Arbeitsanweisungen habe er von den Meistern und Vorarbeitern der Rechtsvorgängerin der Beklagten erhalten. Diese seien auch für die Urlaubserteilung und die Entgegennahme von Krankmeldungen zuständig gewesen. 5

Der Kläger hat beantragt 6
festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers mit der Beklagten seit dem 2. November 1984 besteht.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und gemeint, zwischen dem Kläger und seiner Rechtsvorgängerin sei ab 2. November 1984 kein Arbeitsverhältnis kraft Gesetzes zustande gekommen. Außerdem habe der Kläger sein Recht, den Bestand eines Arbeitsverhältnisses vor dem 1. Oktober 1986 mit der Beklagten und ihrer Rechtsvorgängerin geltend zu machen, verwirkt. 7

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten nach Durchführung einer Beweisaufnahme zur Art des Einsatzes des Klägers bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten in der Zeit vom 2. November 1984 bis zum 30. September 1986 zurückgewiesen. Mit der Revision 8



verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. Der Kläger beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist nicht begründet. Die Vorinstanzen haben der zulässigen Klage zu Recht stattgegeben. Das Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerinnen besteht nicht erst seit dem 1. Oktober 1986, sondern bereits seit dem 2. November 1984. Zu diesem Zeitpunkt ist zwischen dem Kläger und der Rechtsvorgängerin der Beklagten, der R AG, nach Art. 1 § 1 Abs. 1, § 9 Nr. 1, § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG in der bis zum 30. April 1985 geltenden Fassung (aF) ein Arbeitsverhältnis entstanden. Der Kläger hat das Recht, sich auf die Entstehung eines Arbeitsverhältnisses ab 2. November 1984 zu berufen, weder durch eine vertragliche Abbedingung der sich aus den Vorschriften des AÜG ergebenden Rechtsfolgen verloren, noch hat er sein Recht verwirkt.

9

A. Die Klage ist zulässig. Es handelt sich um eine allgemeine Feststellungsklage iSv. § 256 Abs. 1 ZPO, für die das erforderliche Feststellungsinteresse gegeben ist.

10

I. Ein Arbeitnehmer kann das Bestehen und den Zeitpunkt der Begründung eines Arbeitsverhältnisses zu einem Entleiher nach den Vorschriften des AÜG mit einer Klage gemäß § 256 Abs. 1 ZPO gerichtlich feststellen lassen (*st. Rspr., vgl. etwa BAG 28. Juni 2000 - 7 AZR 100/99 - BAGE 95, 165 = AP AÜG § 13 Nr. 3 = EzA AÜG § 1 Nr. 10; 25. Oktober 2000 - 7 AZR 487/99 - BAGE 96, 150 = AP AÜG § 10 Nr. 15 = EzA AÜG § 10 Nr. 10; 18. Februar 2003 - 3 AZR 160/02 - BAGE 105, 59 = AP AÜG § 13 Nr. 5 = EzA AÜG § 10 Nr. 11, zu A II der Gründe; 24. Mai 2006 - 7 AZR 365/05 -, zu III 2 a der Gründe*). Dies gilt auch dann, wenn das Leiharbeitsverhältnis beendet und vertraglich ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher begründet worden ist. Solange dieses Arbeitsverhältnis nicht beendet ist, ergeben sich aus der längeren Dauer des Arbeitsverhältnisses regelmäßig noch eine Vielzahl möglicher Rechtsfolgen, die das Feststellungsinteresse begründen (*BAG 18. Februar 2003 - 3 AZR 160/02 - aaO*). Ist das Arbeitsverhältnis bereits beendet, kann ausnahmsweise auch auf Feststellung des beendeten Arbeitsverhältnisses geklagt werden, wenn sich aus diesem noch Rechtsfolgen für die Gegenwart oder Zukunft ergeben (*BAG 15. Dezember 1999 - 5 AZR 457/98 - AP ZPO 1977 § 256 Nr. 59 = EzA ZPO § 256 Nr. 52, zu I 2 der Gründe*;

11



21. Juni 2000 - 5 AZR 782/98 - BAGE 95, 141 = AP ZPO 1977 § 256 Nr. 60 = EzA ZPO § 256 Nr. 53, zu B III 1 der Gründe; 24. Mai 2006 - 7 AZR 365/05 - aaO).

II. Nach diesen Grundsätzen hat der Kläger ein rechtliches Interesse an der begehrten Feststellung. Das Landesarbeitsgericht hat zwar nicht ausdrücklich festgestellt, ob das Arbeitsverhältnis der Parteien nach wie vor besteht. Dies ergibt sich jedoch aus der Formulierung des Klageantrags, mit dem der gegenwärtige Bestand eines Arbeitsverhältnisses geltend gemacht wird. Außerdem lassen sich aus dem Vorbringen der Parteien in den Tatsacheninstanzen keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass das Arbeitsverhältnis beendet sein könnte. Der erstmals in der Revisionsinstanz - außerhalb der Revisionsbegründungsfrist - erfolgte Vortrag der Beklagten, das Arbeitsverhältnis sei durch Aufhebungsvertrag zum 30. September 2000 beendet worden, kann vom Senat nicht berücksichtigt werden, da der Kläger diesen Sachvortrag nicht unstreitig gestellt hat und neues tatsächliches Vorbringen in der Revision grundsätzlich unzulässig ist (§ 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Selbst wenn das Arbeitsverhältnis zum 30. September 2000 beendet worden sein sollte, bestünde das erforderliche Feststellungsinteresse, da sich aus dem beendeten Arbeitsverhältnis unstreitig noch künftige Ansprüche auf eine höhere betriebliche Altersversorgung ergeben.

12

B. Die Klage ist begründet. Zwischen dem Kläger und der R AG als Rechtsvorgängerin der Beklagten ist am 2. November 1984 nach den Vorschriften des AÜG kraft Gesetzes ein Arbeitsverhältnis entstanden. Der Kläger wurde seitens der S von diesem Zeitpunkt an bis zur vertraglichen Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit der R AG ununterbrochen an diese gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen. Da die S vor dem 1. Juni 1986 nicht über eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung verfügte, war der Arbeitsvertrag zwischen der S und dem Kläger nach Art. 1 § 9 Nr. 1, § 1 Abs. 1 AÜG aF unwirksam, so dass zwischen der Rechtsvorgängerin der Beklagten und ihm nach Art. 1 § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF ein Arbeitsverhältnis entstanden ist. Dabei ist nicht von Bedeutung, ob die S und die R AG seinerzeit demselben Konzern angehörten. Nach Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG aF war auch die konzerninterne gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung erlaubnispflichtig, und zwar unabhängig davon, ob die Überlassung nur vorübergehend iSv. Art. 1 § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG erfolgte. Das Konzernprivileg in Art. 1 § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG wurde erst mit Wirkung vom 1. Mai 1985 in das AÜG aufgenommen. Der Kläger hat das Recht, sich auf den Bestand eines Arbeitsverhältnisses vor dem 1. Oktober 1986 mit der Beklagten und ihrer Rechtsvorgän-

13



gerin zu berufen, weder durch den Abschluss des Arbeitsvertrags mit der R AG vom 9./12. September 1986 verloren, noch hat er sein Recht verwirkt.

- I. Zwischen dem Kläger und der Beklagten als Rechtsnachfolgerin der R AG besteht seit 2. November 1984 von Gesetzes wegen ein Arbeitsverhältnis. 14
1. Nach Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG in der hier maßgeblichen, bis zum 30. April 1985 geltenden Fassung bedürfen Arbeitgeber, die Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeiter) gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen wollen, ohne damit Arbeitsvermittlung nach § 13 des Arbeitsförderungsgesetzes zu betreiben (Verleiher), der Erlaubnis. Verfügt der Verleiher nicht über die erforderliche Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung, führt dies nach Art. 1 § 9 Nr. 1 AÜG aF zur Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeiter. In diesem Fall gilt nach Art. 1 § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeiter zu dem zwischen dem Entleiher und dem Verleiher für den Beginn der Tätigkeit vorgesehenen Zeitpunkt als zustande gekommen. 15
2. Diese Voraussetzungen sind im Streitfall erfüllt. 16
- a) Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts ist der Kläger der Rechtsvorgängerin der Beklagten in der Zeit vom 2. November 1984 bis zum 30. September 1986 iSv. Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG aF gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen worden. Gegen diese Beurteilung wendet sich die Revision nicht. Da die S vor dem 1. Juni 1986 nicht über eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung verfügte, war der Arbeitsvertrag zwischen der S und dem Kläger nach Art. 1 § 9 Nr. 1 AÜG aF unwirksam, so dass nach Art. 1 § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF am 2. November 1984 ein Arbeitsverhältnis mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten entstand. 17
- b) Dem steht nicht entgegen, dass die S und die R AG im Zeitpunkt der Überlassung des Klägers am 2. November 1984 möglicherweise - entsprechend der vom Kläger bestrittenen Behauptung der Beklagten - demselben Konzern angehörten. Die Vorschriften des AÜG einschließlich der Erlaubnispflicht nach Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG in der bis zum 30. April 1985 geltenden Fassung betrafen entgegen der Auffassung der Beklagten auch die konzerninterne gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung. Auf das in Art. 1 § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG geregelte Konzernprivileg kann sich die Beklagte nicht berufen, da diese Vorschrift erst mit Wirkung zum 1. Mai 1985 in das AÜG aufgenommen wurde. Für die Frage, ob am 2. November 1984 zwischen der Rechtsvorgängerin 18



der Beklagten und dem Kläger ein Arbeitsverhältnis nach Art. 1 § 10 Abs. 1 AÜG aF entstanden ist, kommt es daher nicht darauf an, ob die Überlassung seitens der S an die Rechtsvorgängerin der Beklagten vorübergehend iSv. Art. 1 § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG in der ab 1. Mai 1985 geltenden Fassung erfolgte.

aa) Die Vorschriften des AÜG in der bis zum 30. April 1985 geltenden Fassung galten entgegen der Auffassung der Beklagten auch für die Arbeitnehmerüberlassung innerhalb eines Konzerns (*aA Becker AÜG Art. 1 § 1 Nr. 34; Martens DB 1985, 2144; Martens BAG Festschrift (1979) S. 367, 370; Joost DB 1980, 161, 163; ebenso Becker/Wulfgramm AÜG 2. Aufl. Art. 1 § 1 Rn. 34 für die (gelegentliche) Abordnung von Arbeitnehmern im Konzernbereich*). Aus den gesetzlichen Vorschriften in der seinerzeitigen Fassung ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass die Überlassung von Arbeitnehmern durch ein Konzernunternehmen an ein anderes Unternehmen desselben Konzerns nicht von den Vorschriften des AÜG, insbesondere der in Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG aF geregelten Erlaubnispflicht erfasst werden sollte. Das Gesetz sah vielmehr in Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG aF ohne Einschränkung vor, dass Arbeitgeber, die Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen wollen, ohne damit Arbeitsvermittlung nach § 13 AFG zu betreiben (Verleiher), der Erlaubnis bedürfen. Unter diesen Tatbestand ist auch die Arbeitnehmerüberlassung von einem konzernangehörigen Unternehmen an ein anderes Unternehmen desselben Konzerns zu subsumieren. Das rechtlich selbständige Entleihunternehmen ist weder Verleiher noch Leiharbeitnehmer, sondern Dritter iSv. Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG in der bis zum 30. April 1985 geltenden Fassung.

19

bb) Diese am Gesetzeswortlaut orientierte Auslegung entspricht dem mit dem AÜG verfolgten Zweck. Der Gesetzgeber hat für die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung ein Kontrollbedürfnis gesehen, weil durch diese Art der Beschäftigung, die sich in der Regel dadurch auszeichnet, dass der Vertragsarbeitgeber über keinen geeigneten Arbeitsplatz für den Arbeitnehmer verfügt und den Entleiher keine auf dem Arbeitsvertrag beruhenden Schutzpflichten gegenüber dem Arbeitnehmer treffen, der Arbeitnehmerschutz eingeschränkt wird. Deshalb wurden durch das AÜG eine Erlaubnispflicht sowie weitere Beschränkungen geschaffen, „um bei der Arbeitnehmerüberlassung Verhältnisse herzustellen, die den Anforderungen des sozialen Rechtsstaats entsprechen, und eine Ausbeutung der betroffenen Arbeitnehmer auszuschließen“ (BT-Drucks. 6/2303 S. 9/10). Dieses Kontrollbedürfnis kann auch bei der gewerbsmäßigen konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung bestehen. Auch wenn die Arbeitnehmer-

20



überlassung innerhalb eines Konzerns nur den konzerninternen Arbeitsmarkt betrifft, kann sie zu einer Beeinträchtigung des Arbeitnehmerschutzes führen, beispielsweise dann, wenn ein Arbeitnehmer von einem Konzernunternehmen eingestellt wird, er bei diesem mangels eines seiner Qualifikation entsprechenden Arbeitsplatzes nicht beschäftigt werden kann und er einem anderen Unternehmen desselben Konzerns zur Arbeitsleistung überlassen wird. In diesem Fall unterscheidet sich die arbeitnehmer-schutzrechtliche Rechtsposition des überlassenen Arbeitnehmers nicht wesentlich von derjenigen eines bei einem sonstigen, dem Konzern nicht angehörenden Arbeitnehmerüberlassungsunternehmen angestellten Arbeitnehmers. In beiden Fällen existiert bei dem Verleiher keine Beschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer und gegenüber dem Entleiher bestehen keine Arbeitnehmerschutzrechte.

cc) Da sich aus den gesetzlichen Vorschriften in der bis zum 30. April 1985 geltenden Fassung somit keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die gewerbsmäßige konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung nicht den Beschränkungen des AÜG unterliegen sollte, kann dahinstehen, ob sich der Gesetzesbegründung ein abweichender Regelungswille des Gesetzgebers entnehmen lässt. Der Wille des Gesetzgebers ist bei der Gesetzesauslegung nur zu berücksichtigen, soweit er in der Norm selbst Ausdruck gefunden hat. Im Übrigen kann auch aus der Gesetzesbegründung nicht geschlossen werden, dass die gewerbsmäßige konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung ohne Erlaubnis zulässig sein und den Beschränkungen des AÜG nicht unterliegen sollte (*aA insbesondere Martens DB 1985, 2144, 2145*). In der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 6/2303 S. 10) heißt es insoweit, von der Erlaubnispflicht ausgenommen seien zB die Selbsthilfeorganisationen im Bereich der Landwirtschaft, die landwirtschaftlichen Unternehmen Betriebshelfer oder Dorfhelferinnen zur Verfügung stellen, wenn sie nicht in Gewinnerzielungsabsicht handeln; auch das gelegentliche „Ausleihen“ von Arbeitnehmern zwischen Betrieben zur Deckung eines kurzfristigen Personalmehrbedarfs oder die Überlassung von Arbeitnehmern zwischen Betrieben, die wirtschaftlich unter einer einheitlichen Leitung stehen oder sich nur vorübergehend zusammengeschlossen haben, wie Bauarbeitsgemeinschaften, sei nicht erlaubnispflichtig; ferner fehle es an einem gewerbsmäßigen Überlassen, wenn eine rechtlich selbständige Einrichtung, die von mehreren Arbeitgebern zum Zwecke der zentralen Personalführung errichtet wurde, den sie tragenden Arbeitgebern Arbeitskräfte zuweise; ebenso wenig greife § 1 AÜG ein, wenn die Überlassung als Nebenleistung anzusehen sei wie im Falle der Vermietung von Maschinen, bei der der Vermieter das Bedienungspersonal zur Verfügung stelle. Diese beispielhafte Aufzählung dient ersichtlich der Verdeutlichung des in

21

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG verwandten Begriffs „gewerbsmäßig“. Dies gilt auch für den Beispielsfall „Überlassen von Arbeitnehmern zwischen Betrieben, die wirtschaftlich unter einer einheitlichen Leitung stehen“. Insoweit ging der Gesetzgeber offenbar von einer fehlenden Gewinnerzielungsabsicht aus. Daraus kann jedoch nicht geschlossen werden, dass der Gesetzgeber die konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung von der Erlaubnispflicht und den sonstigen Beschränkungen des AÜG ausnehmen wollte, wenn die Überlassung gewerbsmäßig erfolgte. Das Gegenteil ergibt sich aus der zum 1. Mai 1985 erfolgten Einfügung von § 1 Abs. 3 Nr. 2 in das AÜG. Danach ist dieses Gesetz - mit Ausnahme weniger im Streitfall nicht interessierender Vorschriften - nicht anwendbar auf die Arbeitnehmerüberlassung zwischen Konzernunternehmen iSd. § 18 AktG, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit vorübergehend nicht bei seinem Arbeitgeber leistet. Durch diese Regelung sollte die vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung zwischen Konzernunternehmen künftig erleichtert und von den Beschränkungen des AÜG ausgenommen werden (BT-Drucks. 10/3206 S. 33). Der Gesetzgeber der 10. Legislaturperiode ging daher davon aus, dass bis zum 30. April 1985 auch die Arbeitnehmerüberlassung zwischen Konzernunternehmen von den Vorschriften des AÜG erfasst wurde.

c) Da somit bereits am 2. November 1984 zwischen dem Kläger und der Rechtsvorgängerin der Beklagten ein Arbeitsverhältnis entstanden ist, kann sich die Beklagte auf das erst am 1. Mai 1985 in Kraft getretene Konzernprivileg des Art. 1 § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG nicht berufen. Es kommt daher nicht darauf an, ob die Überlassung des Klägers an die R AG vorübergehend iSv. Art. 1 § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG erfolgt ist. 22

II. Der Kläger hat das Recht, sich auf die Entstehung eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten und ihrer Rechtsvorgängerin am 2. November 1984 zu berufen, weder durch eine vertragliche Abbedingung der sich aus dem AÜG ergebenden Rechtsfolgen verloren oder gegenüber der Rechtsvorgängerin der Beklagten anerkannt, dass vor dem 1. Oktober 1986 kein Arbeitsverhältnis zu ihr bestand, noch hat er das Recht, sich auf den Bestand eines Arbeitsverhältnisses seit 2. November 1984 zu berufen, verwirkt. 23

1. Der Kläger und die R AG haben durch die Regelung in dem Arbeitsvertrag vom 9./12. September 1986, wonach „die Betriebszugehörigkeit zum R ab 1. Oktober 1986“ rechnet, die Rechte aus einem zuvor nach Art. 1 § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF fingierten Arbeitsverhältnis nicht abbedungen. Dabei kann dahinstehen, ob eine rück- 24



wirkende Abbedingung der Wirkungen von Art. 1 § 10 AÜG aF überhaupt wirksam wäre (*offengelassen von BAG 18. Februar 2003 - 3 AZR 160/02 - BAGE 105, 59 = AP AÜG § 13 Nr. 5 = EzA AÜG § 10 Nr. 11, zu B II 1 der Gründe*). Denn eine rückwirkende Abbedingung aller etwa aus einem nach Art. 1 § 10 Abs. 1 AÜG aF fingierten Arbeitsverhältnis erwachsenen Rechte durch Abschluss eines Arbeitsvertrags mit dem Entleiher kommt allenfalls dann in Betracht, wenn die Parteien dieses Arbeitsvertrags bei dessen Abschluss einen hierauf gerichteten rechtsgeschäftlichen Willen zum Ausdruck gebracht haben (*BAG 18. Februar 2003 - 3 AZR 160/02 - aaO*). Daran fehlt es im Streitfall. Allein die Angabe des Arbeitsvertragsbeginns „1. Oktober 1986“ in dem schriftlichen Arbeitsvertrag, die dem förmlichen Vertragsbeginn entspricht, lässt nicht erkennen, dass die Vertragsparteien oder eine von ihnen es 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 (*ebenso zu einer vergleichbaren Vertragsbestimmung: BAG 18. Februar 2003 - 3 AZR 160/02 - aaO*). Auch wenn der Wille der R AG auf die Herbeiführung einer derartigen Rechtsfolge gerichtet gewesen sein sollte, kommt dies in dem Arbeitsvertrag nicht zum Ausdruck. Ein hierauf gerichteter Wille der R AG war allein auf Grund der Regelungen in dem Arbeitsvertrag für den Kläger als Empfänger der Erklärung der R AG nicht erkennbar. Anhaltspunkte dafür, dass auch der Kläger sich durch diese Vereinbarung etwaiger Rechte aus einem zuvor aus Art. 1 § 10 Abs. 1 AÜG aF fingierten Arbeitsverhältnis begeben wollte, sind nicht ersichtlich und von der Beklagten auch nicht vorgetragen. Dasselbe gilt für die von der Beklagten formulierte Überlegung, die Parteien hätten mit der vertraglichen Abrede vom 9./12. September 1986 das gesetzlich begründete Arbeitsverhältnis aufgelöst oder daneben ein weiteres (Doppel-) Arbeitsverhältnis begründet. Durch den Vertragsschluss vom 9./12. September 1986 hat das bis dahin allein auf Grund Gesetzes bestehende Arbeitsverhältnis lediglich eine vertragliche Grundlage erhalten.

2. Aus diesen Gründen liegen entgegen der Auffassung der Revision auch die Voraussetzungen des § 397 Abs. 2 BGB nicht vor. Der Kläger hat durch den Vertragsschluss mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten nicht anerkannt, dass zuvor kein Arbeitsverhältnis kraft Gesetzes mit dieser bestand. 25
3. Der Kläger hat das Recht, sich auf die Entstehung eines Arbeitsverhältnisses mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten am 2. November 1984 zu berufen, nicht verwirkt. Es bedarf im Streitfall keiner Entscheidung, ob das Recht, sich auf den Bestand 26



eines Arbeitsverhältnisses zu berufen, verwirken kann (so BAG 30. Januar 1991 - 7 AZR 239/90 - EzAÜG § 10 Fiktion Nr. 68, zu II 1 der Gründe; zweifelnd BAG 18. Februar 2003 - 3 AZR 160/02 - BAGE 105, 59 = AP AÜG § 13 Nr. 5 = EzA AÜG § 10 Nr. 11, zu B II 2 a der Gründe; offen gelassen von BAG 24. Mai 2006 - 7 AZR 365/05 -, zu III 3 a der Gründe). Denn die Voraussetzungen für die Verwirkung sind nicht erfüllt. Dies hat das Landesarbeitsgericht rechtsfehlerfrei erkannt.

a) Die Verwirkung ist ein Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung und soll dem Bedürfnis nach Rechtsklarheit dienen. Es ist nicht Zweck der Verwirkung, Schuldner, denen gegenüber Gläubiger ihre Rechte längere Zeit nicht geltend gemacht haben, von ihrer Pflicht zur Leistung vorzeitig zu befreien. Deshalb kann allein der Zeitablauf die Verwirkung eines Rechts nicht rechtfertigen. Es müssen vielmehr zu dem Zeitmoment besondere Umstände sowohl im Verhalten des Berechtigten als auch des Verpflichteten hinzutreten (Umstandsmoment), die es rechtfertigen, die späte Geltendmachung des Rechts als mit Treu und Glauben unvereinbar und für den Verpflichteten als unzumutbar anzusehen (BAG 17. Februar 1988 - 5 AZR 638/86 - BAGE 57, 329 = AP BGB § 630 Nr. 17 = EzA BGB § 630 Nr. 12, zu I 2 der Gründe; 25. April 2001 - 5 AZR 497/99 - BAGE 97, 326 = AP BGB § 242 Verwirkung Nr. 46 = EzA BGB § 242 Verwirkung Nr. 1, zu I 1 der Gründe; 19. März 2003 - 7 AZR 267/02 - BAGE 105, 317 = AP AÜG § 13 Nr. 4 = EzA AÜG § 1 Nr. 12, zu III 4 a der Gründe). Der Berechtigte muss unter Umständen untätig geblieben sein, die den Eindruck erwecken konnten, dass er sein Recht nicht mehr geltend machen wolle, so dass der Verpflichtete sich darauf einstellen durfte, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden. Durch die Verwirkung wird die illoyal verspätete Geltendmachung von Rechten ausgeschlossen. Die Verwirkung dient dem Vertrauensschutz (BAG 25. April 2001 - 5 AZR 497/99 - aaO mwN).

Die Beurteilung der Frage, ob ein Recht verwirkt ist, obliegt grundsätzlich dem Gericht der Tatsacheninstanz, das den ihm zur Begründung des Verwirkungseinwands vorgetragenen Sachverhalt eigenverantwortlich zu würdigen hat. Der revisionsrechtlichen Beurteilung unterliegt allein, ob das Gericht der Tatsacheninstanz alle erheblichen Gesichtspunkte berücksichtigt hat und die Bewertung dieser Gesichtspunkte von den getroffenen tatsächlichen Feststellungen getragen wird (BGH 19. Dezember 2000 - X ZR 150/98 - BGHZ 146, 217, zu II 3 der Gründe).

b) Dieser eingeschränkten Prüfung hält die Würdigung des Landesarbeitsgerichts stand.



aa) Die Beurteilung des Landesarbeitsgerichts ist entgegen der Auffassung der Beklagten nicht deshalb rechtsfehlerhaft, weil das Recht eines Arbeitnehmers, sich auf den Übergang seines Arbeitsverhältnisses mit dem Betriebserwerber nach § 613a BGB zu berufen, verwirkt, wenn er dieses Recht nicht innerhalb eines Jahres nach dem Betriebsübergang oder der Kenntniserlangung hiervon diesem gegenüber geltend macht. Es kann dahinstehen, ob diese Aussage zur Verwirkung der sich aus § 613a Abs. 1 BGB ergebenden Rechtsfolgen zutrifft, oder ob die mehr als einjährige Untätigkeit des Arbeitnehmers nach Kenntniserlangung von den tatsächlichen Voraussetzungen eines Betriebsübergangs allenfalls im Einzelfall geeignet sein kann, das für die Verwirkung erforderliche Zeitmoment zu erfüllen (*so BAG 27. Januar 2000 - 8 AZR 106/99 -, zu II 3 b der Gründe*). Denn zwischen den Parteien war stets unstreitig, dass die Beklagte zum 1. April 2000 nach § 613a Abs. 1 BGB in die Rechte und Pflichten ihrer Rechtsvorgängerin aus dem mit dem Kläger bestehenden Arbeitsverhältnis eingetreten ist. Einer gesonderten Geltendmachung des Übergangs des Arbeitsverhältnisses durch den Kläger gegenüber der Beklagten bedurfte es daher nicht. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist durch den Abschluss des Arbeitsvertrags zwischen dem Kläger und der R AG am 9./12. September 1986 kein zweites Arbeitsverhältnis entstanden, neben dem das am 2. November 1984 kraft Gesetzes begründete Arbeitsverhältnis ruhend fortbestanden hätte und das am 1. April 2000 ebenfalls auf die Beklagte übergegangen wäre, was der Kläger innerhalb eines Jahres nach dem Betriebsübergang gegenüber der Beklagten hätte geltend machen müssen. Mit den Rechtsvorgängerinnen der Beklagten bestand vielmehr ein einheitliches Arbeitsverhältnis, das zunächst am 2. November 1984 kraft Gesetzes begründet wurde und das durch den Abschluss des Arbeitsvertrags zum 1. Oktober 1986 eine vertragliche Grundlage erhalten hat.

30

bb) Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht angenommen, dass der Kläger das Recht, sich auf die Entstehung des Arbeitsverhältnisses am 2. November 1984 zu berufen, nicht verwirkt hat. Dabei kann offenbleiben, ob das Zeitmoment erfüllt ist. Denn das Landesarbeitsgericht ist ohne Rechtsfehler zu dem Ergebnis gelangt, dass das erforderliche Umstandsmoment nicht vorliegt.

31

Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht angenommen, dass die Beklagte und ihre Rechtsvorgängerin nicht davon ausgehen konnten, dass der Kläger in Kenntnis seines Rechts untätig geblieben ist. Sie mussten vielmehr in Betracht ziehen, dass dem Kläger seine sich aus dem AÜG möglicherweise ergebenden Ansprüche unbekannt waren, während die R AG nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten bereits

32



im Jahr 1985 erkannt hatte, dass es sich bei dem Einsatz von Arbeitnehmern anderer Arbeitgeber in ihrem Betrieb um Arbeitnehmerüberlassung handeln könnte. Deshalb konnten die Beklagte und die R AG auch in Anbetracht der langjährigen Untätigkeit des Klägers nach der vertraglichen Überannahme in ein Arbeitsverhältnis mit der R AG nicht berechtigter Weise darauf vertrauen, dass dieser nicht zu einem späteren Zeitpunkt die sich aus dem AÜG ergebenden Ansprüche geltend machen würde.

Besondere Umstände im Verhalten des Klägers, auf Grund derer die Beklagte und ihre Rechtsvorgängerin ein schutzwürdiges Vertrauen darauf hätten entwickeln können, dass der Kläger sie wegen etwaiger aus dem AÜG resultierender Rechte nicht mehr in Anspruch nehmen würde, hat das Landesarbeitsgericht zu Recht verneint. Allein die jahrelange Untätigkeit des Klägers reicht dazu nicht aus. Auch auf Grund der Untätigkeit des Klägers während der Dauer des am 18. Februar 2003 vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen, ebenfalls die Beklagte und ihre Rechtsvorgängerin betreffenden Rechtsstreits - 3 AZR 160/02 - konnte die Beklagte entgegen ihrer Auffassung nicht darauf vertrauen, dass der Kläger sich nicht zu einem späteren Zeitpunkt auf die Entstehung eines Arbeitsverhältnisses mit ihrer Rechtsvorgängerin nach den Vorschriften des AÜG berufen würde. Sie musste vielmehr damit rechnen, dass - je nach Ausgang des Rechtsstreits - auch andere Arbeitnehmer wie der Kläger vergleichbare Ansprüche geltend machen würden.

33

Auch auf Grund der Tatsache, dass der Kläger die auf einer Betriebszugehörigkeit ab 1. Oktober 1986 beruhenden Lohnabrechnungen und die Jubiläumsleistung widerspruchslös entgegengenommen und betriebszugehörigkeitsabhängige Lohnerhöhungen und die Jubiläumszuwendung nicht auf der Grundlage einer Betriebszugehörigkeit ab 2. November 1984 geltend gemacht hat, konnten die Beklagte und ihre Rechtsvorgängerin nicht davon ausgehen, dass der Kläger sich auf eine längere Betriebszugehörigkeit auch künftig und in anderem Zusammenhang nicht berufen würde. Insoweit hat das Landesarbeitsgericht zu Recht darauf hingewiesen, dass es sich um Einzelansprüche handelte, die nicht ausschlaggebend für das gesamte Vertragsverhältnis waren. Im Übrigen kann die fehlende Geltendmachung dieser Einzelansprüche auch auf einer Unkenntnis des Klägers von der Berechnung seiner Vergütung und den Voraussetzungen der Jubiläumszuwendung oder auf Nachlässigkeit bei der Überprüfung seiner Lohnabrechnungen und seiner Ansprüche beruhen. Außerdem mussten die Beklagte und ihre Rechtsvorgängerin in Betracht ziehen, dass der Kläger im Gegensatz zu ihnen während der gesamten Zeit keine Kenntnis von der möglichen Entstehung eines Arbeitsverhältnisses nach den Vorschriften des AÜG am 2. November

34



1984 hatte, so dass sie aus der unterbliebenen Geltendmachung von Ansprüchen ohne Hinzutreten weiterer Umstände nicht darauf vertrauen durften, dass sich der Kläger nicht mehr auf den Bestand eines Arbeitsverhältnisses seit 2. November 1984 berufen würde. Soweit sich die Beklagte erstmals in der Revisionsinstanz - außerhalb der Revisionsbegründungsfrist - auf die widerspruchslöse Entgegennahme einer auf einer Betriebszugehörigkeit ab 1. Oktober 1986 beruhenden Rentenberechnung im Jahr 2000 durch den Kläger berufen hat, kann dieses Vorbringen vom Senat nicht berücksichtigt werden, da es nicht unstreitig ist und als neuer Sachvortrag in der Revisionsinstanz unzulässig ist.

Da die Beklagte somit keine besonderen Umstände im Verhalten des Klägers dargelegt hat, auf Grund derer sie und ihre Rechtsvorgängerin berechtigterweise darauf vertrauen durften, dass der Kläger sich nicht auf die Entstehung eines Arbeitsverhältnisses kraft Gesetzes am 2. November 1984 berufen würde, kommt es nicht darauf an, ob die Beklagte oder ihre Rechtsvorgängerin Dispositionen getroffen haben, auf Grund derer der Beklagten die Erfüllung möglicher Ansprüche des Klägers auf der Grundlage einer Betriebszugehörigkeit seit 2. November 1984 unzumutbar wäre. Dazu reichte im Übrigen allein die unterlassene Bildung von Rückstellungen wegen möglicher Ansprüche des Klägers auf eine höhere betriebliche Altersversorgung und die in der Vergangenheit erfolgte Gewinnermittlung auf der Grundlage einer Betriebszugehörigkeit des Klägers ab 1. Oktober 1986 ebenso wenig aus wie die Verpflichtung zur Entrichtung von Nachzahlungen an den Pensionssicherungsverein. Dies rechtfertigt nicht die Annahme, dass der Beklagten die Erfüllung der Ansprüche des Klägers aus wirtschaftlichen Gründen nicht zumutbar wäre (*BAG 24. Mai 2006 - 7 AZR 365/05 -, zu III 3 c bb der Gründe*).

C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Dörner

Gräfl

Koch

G. Güner

M. Zwisler



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)

