

Aktenzeichen: 7 AZR 365/05
Bundesarbeitsgericht 7. Senat

Urteil vom 24. Mai 2006
- 7 AZR 365/05 -

I. Arbeitsgericht
Essen

Urteil vom 17. Dezember 2004
- 5 Ca 1834/04 -

II. Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Urteil vom 2. Juni 2005
- 11 Sa 218/05 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Arbeitnehmerüberlassung - Verwirkung - Rechtsmissbrauch - Feststellungsinteresse

Gesetze:

BGB § 242; ZPO § 256 Abs. 1; AÜG § 10 Abs. 1 Satz 1, § 9 Nr. 1, § 1 Abs. 2, § 3 Abs. 1 Nr. 6, § 13 in der bis 31. März 1997 geltenden Fassung

Leitsätze:

keine



BUNDESARBEITSGERICHT



7 AZR 365/05
11 Sa 218/05
Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
24. Mai 2006

URTEIL

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

Nebenintervenientin:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 24. Mai 2006 durch die Richterin am Bundesarbeitsgericht Gräfl als Vorsitzende, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Koch, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Laux sowie die ehrenamtlichen Richter Hökenschnieder und Dr. Zumppe für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 2. Juni 2005 - 11 Sa 218/05 - insoweit aufgehoben und zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen, als es den Antrag auf Feststellung des Bestandes eines Arbeitsverhältnisses in der Zeit vom 12. Oktober 1972 bis zum 31. Dezember 2001 abgewiesen hat.

Die weitergehende Revision des Klägers wird zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten in der Revision noch darüber, ob zwischen dem Kläger und der Beklagten bzw. ihren Rechtsvorgängerinnen in der Zeit vom 12. Oktober 1972 bis zum 31. Dezember 2001 ein Arbeitsverhältnis bestand. Außerdem begehrt der Kläger die Feststellung, dass diese Zeit als Zeit der Betriebszugehörigkeit iSd. betrieblichen Versorgungsbedingungen der Beklagten anzusehen ist.

Der am 17. November 1943 geborene Kläger war seit Juni 1964 auf Grund eines schriftlichen Arbeitsvertrags bei der L GmbH - R GmbH - S GmbH (S), den Rechtsvorgängerinnen der R S AG, zuletzt bei dieser, beschäftigt. Die S verfügte seit dem zweiten Quartal 1986 über die Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung. Der Kläger war während der Dauer seines Arbeitsverhältnisses im Betrieb der Rechtsvorgängerinnen der Beklagten, der R AG und später der R N AG tätig. Er wurde als Schlosser und Monteur für Arbeiten an Transformatoren eingesetzt und übte darüber hinaus seit 1974 auch andere Tätigkeiten aus.

Das Arbeitsverhältnis des Klägers mit der R S AG endete auf seine Veranlassung zum 31. Dezember 2001, da er aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr in der



Lage war, die arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeiten auszuführen. Seit August 2004 bezieht der Kläger eine Rente aus der gesetzlichen Rentenversicherung.

Mit der im Januar 2004 eingereichten, der Beklagten am 5. Februar 2004 zugestellten Klage hat der Kläger geltend gemacht, seine Tätigkeit bei der Beklagten bzw. ihren Rechtsvorgängerinnen habe auf einer Arbeitnehmerüberlassung beruht. Deshalb sei nach den Bestimmungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes ein Arbeitsverhältnis entstanden. Aus diesem seit 31. Dezember 2001 beendeten Arbeitsverhältnisses resultierten Ansprüche auf betriebliche Altersversorgung gegenüber der Beklagten. Die Dauer des Arbeitsverhältnisses von Juni 1964 bis zum 31. Dezember 2001 gelte als Betriebszugehörigkeit iSd. betrieblichen Versorgungsbedingungen der Beklagten.

Der Kläger hat beantragt

festzustellen, dass der Kläger in der Zeit vom 10. Juni 1964 bis zum 31. Dezember 2001 bei der Beklagten beschäftigt war und als betriebszugehörig iSd. betrieblichen Versorgungsbedingungen der Beklagten gilt.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und die Auffassung vertreten, der Kläger sei ihr bzw. ihren Rechtsvorgängerinnen nicht zur Arbeitsleistung überlassen worden. Er sei vielmehr im Rahmen von Werkverträgen in ihrem Betrieb eingesetzt gewesen. Außerdem sei das Recht des Klägers, sich auf ein Arbeitsverhältnis mit ihr zu berufen, verwirkt. Der Kläger handle zudem rechtsmissbräuchlich, indem er sie als Arbeitgeberin in Anspruch nehme, obwohl er während der Dauer seiner Tätigkeit mehrfach Angebote auf Übernahme in ein Arbeitsverhältnis mit ihr unter Hinweis auf bessere Verdienstmöglichkeiten bei der S abgelehnt und erklärt habe, er werde ihr gegenüber keine Klage erheben.

Die Beklagte hat mit Schriftsatz vom 8. Juni 2004 der R S AG den Streit verkündet. Diese ist mit Schriftsatz vom 17. September 2004 dem Rechtsstreit auf Seiten der Beklagten beigetreten und hat ebenfalls Klageabweisung beantragt.

Das Arbeitsgericht hat dem Begehren des Klägers auf Feststellung eines Arbeitsverhältnisses für die Zeit ab 12. Oktober 1972, dem Tag des In-Kraft-Tretens des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, bis zum 31. Dezember 2001 entsprochen und die Klage im Übrigen abgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten und der Streithelferin hat das Landesarbeitsgericht die Klage insgesamt abgewiesen. Mit der Revision begehrt der Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Die Beklagte und



die Streithelferin beantragen die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet, soweit sie sich gegen die Abweisung der auf Feststellung der Zeit vom 12. Oktober 1972 bis zum 31. Dezember 2001 als Zeit der Betriebszugehörigkeit iSd. betrieblichen Versorgungsbedingungen der Beklagten gerichteten Klage wendet. Insoweit hat das Landesarbeitsgericht die Klage zu Recht mangels Feststellungsinteresses als unzulässig abgewiesen. Im Übrigen ist die Revision begründet und führt zur teilweisen Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landesarbeitsgericht. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung kann die auf Feststellung des Bestands eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Kläger und der Beklagten bzw. ihren Rechtsvorgängerinnen in der Zeit vom 12. Oktober 1972 bis zum 31. Dezember 2001 gerichtete Klage nicht abgewiesen werden. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts hat der Kläger das Recht, den Bestand eines inzwischen beendeten Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten und ihren Rechtsvorgängerinnen geltend zu machen, nicht verwirkt. Ob die angefochtene Entscheidung im Ergebnis aus anderen Gründen zutreffend ist, konnte der Senat nicht abschließend entscheiden. Hierzu bedarf es weiterer tatsächlicher Feststellungen durch das Landesarbeitsgericht.

9

I. Das Landesarbeitsgericht hat den Klageantrag zutreffend dahingehend ausgelegt, dass mit ihm zwei Streitgegenstände verfolgt werden.

10

Der Kläger begehrt mit dem ersten Halbsatz des in der Revision noch anhängigen Klageantrags die Feststellung, dass zwischen ihm und der Beklagten bzw. ihren Rechtsvorgängerinnen in der Zeit vom 12. Oktober 1972 bis zum 31. Dezember 2001 ein Arbeitsverhältnis bestanden hat. In diesem Sinne ist der erste Halbsatz des Antrags unter Berücksichtigung der zur Auslegung des Klageantrags heranzuziehenden Klagebegründung zu verstehen. Nach dem Antragswortlaut wird zwar die Feststellung begehrt, dass der Kläger in dem vorgenannten Zeitraum bei der Beklagten beschäftigt war. Aus der Klagebegründung und dem übrigen Vorbringen des Klägers ergibt sich jedoch unzweifelhaft, dass er die Feststellung begehrt, seit dem 12. Oktober 1972 bis zum 31. Dezember 2001 auf Grund der Bestimmungen des Arbeitnehmerüberlas-

11



sungsgesetzes Arbeitnehmer der Beklagten und ihrer Rechtsvorgängerinnen gewesen zu sein.

Mit dem zweiten Halbsatz des Klageantrags erstrebt der Kläger die Feststellung, dass die Zeit vom 12. Oktober 1972 bis zum 31. Dezember 2001 als Zeit der Betriebszugehörigkeit iSd. betrieblichen Versorgungsbedingungen der Beklagten gilt. Entgegen der Auffassung der Revision erstreckt sich der Antrag nicht auf die Feststellung, dass dem Kläger ein Anspruch auf betriebliche Altersversorgung nach den Versorgungsbedingungen der Beklagten zusteht. Dem Kläger ging es während des gesamten Rechtsstreits ausschließlich um die Feststellung, dass zwischen ihm und der Beklagten bzw. ihren Rechtsvorgängerinnen vom 12. Oktober 1972 bis zum 31. Dezember 2001 ein Arbeitsverhältnis bestand und dass diese Zeit als Dauer der Betriebszugehörigkeit iSd. Versorgungsbedingungen der Beklagten anzusehen ist. Diese Feststellungen sollten die Grundlage zur Geltendmachung von Ansprüchen auf betriebliche Altersversorgung schaffen. Zu keinem Zeitpunkt hat der Kläger die Feststellung begehrt, dass ihm gegenüber der Beklagten ein Anspruch auf betriebliche Altersversorgung zusteht. Dazu hätte es auch weiteren Sachvortrags hinsichtlich der Voraussetzungen eines derartigen Anspruchs nach der Versorgungsordnung der Beklagten bedurft. Allein aus der Betriebszugehörigkeit folgt nicht zwingend ein Anspruch auf betriebliche Altersversorgung.

12

II. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage hinsichtlich der mit dem zweiten Halbsatz des Klageantrags begehrten Feststellung, dass die Dauer eines mit der Beklagten und ihren Rechtsvorgängerinnen bestandenen Arbeitsverhältnisses vom 12. Oktober 1972 bis zum 31. Dezember 2001 als Dauer der Betriebszugehörigkeit iSd. betrieblichen Versorgungsbedingungen der Beklagten gilt, zu Recht mangels des nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderlichen Feststellungsinteresses als unzulässig abgewiesen.

13

1. Nach § 256 Abs. 1 ZPO kann auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältnis durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt wird. Die Feststellungsklage muss sich nicht notwendig auf das Rechtsverhältnis im Ganzen erstrecken. Sie kann vielmehr auch einzelne Beziehungen oder Folgen aus einem Rechtsverhältnis betreffen, wie bestimmte Ansprüche oder Verpflichtungen oder den Umfang der Leistungspflicht (*BAG 28. November 1984 - 5 AZR 123/83 - BAGE 47, 238 = AP TVG § 4 Bestimmungsrecht Nr. 1, zu A I der Gründe; 12. Dezember 1984 - 7 AZR 509/83 - BAGE 47, 314 = AP KSchG 1969 § 2*

14



Nr. 6 = EzA BGB § 315 Nr. 29, zu I der Gründe; 18. Februar 2003 - 3 AZR 46/02 - BAGE 105, 86 = AP TVG § 1 Tarifverträge: Rundfunk Nr. 39, zu A II 1 der Gründe). Ein rechtliches Interesse an einer alsbaldigen gerichtlichen Feststellung besteht, wenn dem Recht des Klägers eine gegenwärtige Gefahr oder Unsicherheit droht und das erstrebte Urteil geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen (BAG 19. Oktober 1993 - 9 AZR 478/91 - AP ZPO 1977 § 256 Nr. 23 = EzA ZPO § 256 Nr. 39, zu I 2 der Gründe).

2. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze hat das Landesarbeitsgericht die Klage zu Recht als unzulässig abgewiesen, soweit der Kläger die Feststellung begehrt, dass die Dauer eines mit der Beklagten und ihren Rechtsvorgängerinnen bestandenen Arbeitsverhältnisses als Dauer der Betriebszugehörigkeit iSd. betrieblichen Versorgungsordnung der Beklagten gilt. Insoweit fehlt es an dem erforderlichen Feststellungsinteresse. Die Beklagte hat bereits erstinstanzlich klargestellt, dass im Falle der rechtskräftigen Feststellung eines Arbeitsverhältnisses die gerichtlich festgestellte Dauer dieses Arbeitsverhältnisses auch für die Dauer der Betriebszugehörigkeit iSd. Versorgungsordnung zugrunde gelegt wird. Für die Rechtsposition des Klägers besteht daher keine gegenwärtige Gefahr oder Unsicherheit, die die erstrebte gerichtliche Feststellung erfordern könnte.

15

Entgegen der Auffassung der Revision ergibt sich ein Feststellungsinteresse des Klägers nicht daraus, dass die Beklagte im Falle des Obsiegens des Klägers mit der auf Feststellung des Bestands eines Arbeitsverhältnisses in der Zeit vom 12. Oktober 1972 bis zum 31. Dezember 2001 gerichteten Klage die Möglichkeit hätte, sich weiterhin gegen Ansprüche des Klägers auf betriebliche Altersversorgung zu verteidigen. Dies könnte die Beklagte auch nach einem dem zweiten Halbsatz des Klageantrags stattgebenden Feststellungsurteil. Dadurch würden der Beklagten lediglich Einwendungen gegen die für den Anspruch auf betriebliche Altersversorgung maßgebliche Dauer der Betriebszugehörigkeit genommen. Andere dem Anspruch entgegenstehende Einwendungen könnten nach wie vor geltend gemacht werden.

16

Die Rüge des Klägers, das Landesarbeitsgericht habe die ihm nach § 139 ZPO obliegende Hinweispflicht verletzt, da es nicht auf das nach seiner Auffassung fehlende Feststellungsinteresse hingewiesen und auf eine Änderung des Antrags hingewirkt habe, ist unbegründet. Entgegen der Auffassung der Revision war das mit dem zweiten Halbsatz des Klageantrags geltend gemachte Begehren von Anfang an nicht darauf gerichtet, einen Anspruch des Klägers auf betriebliche Altersversorgung festzu-

17



stellen, sondern lediglich auf die Feststellung, dass die Zeit eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten und ihren Rechtsvorgängerinnen als Dauer der Betriebszugehörigkeit iSd. Versorgungsbedingungen der Beklagten anzusehen ist. Insoweit bestand für das Landesarbeitsgericht keine Veranlassung, auf eine Änderung des Antrags hinzuwirken. Im Übrigen hatte bereits die Beklagte auf das fehlende Feststellungsinteresse hingewiesen.

III. Die Revision ist begründet, soweit sie sich gegen die Abweisung der auf Feststellung des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Kläger und der Beklagten bzw. ihren Rechtsvorgängerinnen in der Zeit vom 12. Oktober 1972 bis zum 31. Dezember 2001 gerichteten Klage wendet. Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht angenommen, der Kläger habe sein Recht, sich auf ein derartiges Arbeitsverhältnis zu berufen, verwirkt. Ob die angefochtene Entscheidung insoweit aus anderen Gründen im Ergebnis zutreffend ist, konnte der Senat auf der Grundlage der bisherigen tatsächlichen Feststellungen nicht abschließend beurteilen. Dies hängt davon ab, ob die Geltendmachung von Ansprüchen aus einem beendeten Arbeitsverhältnis gegenüber der Beklagten durch den Kläger rechtsmissbräuchlich ist und dem Klagebegehren deshalb das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse fehlt, und, wenn dies nicht der Fall sein sollte, ob zwischen dem Kläger und der Beklagten bzw. ihren Rechtsvorgängerinnen nach den Bestimmungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes ein Arbeitsverhältnis entstanden ist. Beides konnte der Senat nicht abschließend beurteilen, da das Landesarbeitsgericht die dazu erforderlichen tatsächlichen Feststellungen bislang nicht getroffen hat. Dies ist vom Landesarbeitsgericht nachzuholen.

1. Die auf Feststellung eines Arbeitsverhältnisses in der Zeit vom 12. Oktober 1972 bis zum 31. Dezember 2001 gerichtete Klage ist nicht deshalb unzulässig, weil der Kläger sein Klagerecht verwirkt hätte. Die Voraussetzungen der Prozessverwirkung sind nicht erfüllt.

a) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann das Recht, eine Klage zu erheben, verwirkt werden mit der Folge, dass eine gleichwohl erhobene Klage unzulässig ist (2. November 1961 - 2 AZR 66/61 - BAGE 11, 353 = AP BGB § 242 Prozessverwirkung Nr. 1, zu II 1 der Gründe; 7. März 1980 - 7 AZR 177/78 - AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 54 = EzA KSchG nF § 4 Nr. 17, zu I 1 c der Gründe; 11. November 1982 - 2 AZR 552/81 - AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag



Nr. 71 = EzA BGB § 620 Nr. 61, zu B II 3 b der Gründe). Das Klagebegehren ist verwirkt, wenn der Anspruchsteller die Klage erst nach Ablauf eines längeren Zeitraums erhebt (Zeitmoment) und dadurch ein Vertrauenstatbestand beim Anspruchsgegner geschaffen wird, dass er gerichtlich nicht mehr belangt werde. Hierbei muss das Erfordernis des Vertrauensschutzes das Interesse des Berechtigten an der sachlichen Prüfung des von ihm behaupteten Anspruchs derart überwiegen, dass dem Gegner die Einlassung auf die nicht innerhalb angemessener Frist erhobene Klage nicht mehr zuzumutbar ist (*Umstandsmoment*; BAG 6. November 1997 - 2 AZR 162/97 - AP BGB § 242 Verwirkung Nr. 45 = EzA BGB § 242 Prozessverwirkung Nr. 2, zu II 3 b der Gründe). Durch die Annahme einer prozessualen Verwirkung darf der Weg zu den Gerichten nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht zu rechtfertigender Weise erschwert werden (BVerfG 26. Januar 1972 - 2 BvR 255/67 - BVerfGE 32, 305, zu II 2 b der Gründe). Dies ist bei den an das Zeit- und Umstandsmoment zu stellenden Anforderungen zu berücksichtigen.

- b) Die Voraussetzungen der Prozessverwirkung liegen im Streitfall nicht vor. 21
- aa) Der Kläger hat sich erstmals durch die Klageerhebung im vorliegenden Verfahren etwas mehr als zwei Jahre nach Beendigung seiner Tätigkeit im Betrieb der Beklagten auf die Entstehung eines Arbeitsverhältnisses mit dieser bzw. ihren Rechtsvorgängerinnen nach den Vorschriften des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes berufen. Es kann dahinstehen, ob das für die Prozessverwirkung erforderliche Zeitmoment erfüllt ist. Das Bundesarbeitsgericht hat in den vor allem zu Bestandsstreitigkeiten ergangenen Entscheidungen zur Prozessverwirkung bereits bei Zeiträumen von wenigen Monaten bis zu einem Jahr nach Beendigung der Tätigkeit des Arbeitnehmers das Zeitmoment als erfüllt angesehen. In diesen Fällen ging es allerdings nicht um die Feststellung bereits beendeter Arbeitsverhältnisse, sondern um deren Fortbestand. Dies rechtfertigt es, im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit der Zeitspanne, in der der Vertrauenstatbestand für die Nichterhebung einer auf die Feststellung des Arbeitsverhältnisses gerichteten Klage geschaffen wird, zeitlich enge Grenzen zu setzen (BAG 7. März 1980 - 7 AZR 177/78 - AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 54 = EzA KSchG nF § 4 Nr. 17, zu I 1 c der Gründe). Der Arbeitgeber hat ein berechtigtes Interesse daran, dass baldmöglichst Klarheit darüber geschaffen wird, ob das Arbeitsverhältnis fortbesteht oder ob dies nicht der Fall ist und er über den Arbeitsplatz anderweitig disponieren kann. Dies kommt auch in den gesetzlich normierten Klagefristen in § 4 KSchG, § 17 Satz 1 TzBfG zum Ausdruck. Dieses Bedürfnis besteht 22



jedoch nicht in gleicher Weise, wenn lediglich der Bestand eines bereits beendeten Arbeitsverhältnisses festgestellt werden soll, weil hieraus noch finanzielle Ansprüche für die Gegenwart und Zukunft resultieren.

bb) Ob das Zeitmoment im Streitfall erfüllt ist, bedarf jedoch keiner Entscheidung, da es jedenfalls an dem für die Prozessverwirkung erforderlichen Umstandsmoment fehlt. Die Beklagte hat keine besonderen Umstände vorgetragen, auf Grund derer es ihr aus Vertrauensschutz Gesichtspunkten nicht zugemutet werden könnte, sich im Rahmen eines Rechtsstreits auf das Klagebegehren einzulassen und sich hiergegen zu verteidigen. Die Beklagte hat sich insoweit darauf berufen, im Vertrauen darauf, dass der Kläger die Entstehung eines Arbeitsverhältnisses nach den Vorschriften des AÜG nicht geltend machen werde, Unterlagen vernichtet zu haben, aus denen hervorgehe, dass der Arbeitseinsatz des Klägers in ihrem Betrieb auf der Grundlage von Werkverträgen und nicht im Wege einer Arbeitnehmerüberlassung erfolgt sei. Dies reicht jedoch für das zur Prozessverwirkung erforderliche Umstandsmoment nicht aus. Beweisschwierigkeiten, denen der Verpflichtete deshalb ausgesetzt ist, weil der Berechtigte seine Rechte erst nach längerer Zeit geltend macht, rechtfertigen den Einwand der Verwirkung grundsätzlich nicht. Anders verhält es sich allenfalls dann, wenn der Verpflichtete im berechtigten Vertrauen darauf, dass der Berechtigte seine Rechte nicht mehr geltend machen werde, Beweismittel vernichtet hat (*BGH 26. Mai 1992 - VI ZR 230/91 - NJW-RR 1992, 1240, zu II 1 b der Gründe; 18. Januar 2001 - VII ZR 416/99 - NJW 2001, 1649, zu II 2 b der Gründe*). Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Die Beklagte wurde nach ihrem eigenen Vorbringen bereits Ende der 80iger Jahre von mehreren in ihrem Betrieb eingesetzten Arbeitnehmern von Fremdfirmen auf das Bestehen von Arbeitsverhältnissen mit ihr nach den Vorschriften des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes in Anspruch genommen. Sie musste deshalb damit rechnen, dass auch andere in ihrem Betrieb tätige Arbeitnehmer von Fremdfirmen derartige Ansprüche geltend machen würden. Dies hätte die Beklagte veranlassen müssen, die zur Verteidigung gegen derartige Ansprüche vorhandenen Unterlagen und Beweismittel sicherzustellen und aufzubewahren. Wenn sie derartige Unterlagen gleichwohl vernichtet hat, eröffnet ihr dies nicht die Möglichkeit, sich auf das nur in besonderen Ausnahmefällen aus Gründen des Vertrauensschutzes anzuerkennende Rechtsinstitut der Prozessverwirkung zu berufen. Dies gilt auch in Anbetracht der von ihr behaupteten mehrfach in den 80er und 90er-Jahren abgegebenen Äußerung des Klägers, er werde die Beklagte nicht verklagen. Denn die Beklagte konnte nicht ausschließen, dass der Kläger seine Meinung ändern würde, da er weiterhin in ihrem Betrieb tätig war und aus dieser Tätigkeit ständig neue Ansprüche entstehen

23

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



konnten. Im Übrigen obliegt die Darlegungs- und Beweislast für die Entstehung eines Arbeitsverhältnisses nach den Vorschriften des AÜG dem Kläger. Möglicherweise bestehenden Darlegungsproblemen der Beklagten auf Grund der späten Geltendmachung eines Arbeitsverhältnisses durch den Kläger kann durch entsprechende Anforderungen an die Darlegungslast Rechnung getragen werden.

2. Ob die auf Feststellung des Bestands eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Kläger und der Beklagten bzw. ihren Rechtsvorgängerinnen in der Zeit vom 12. Oktober 1972 bis zum 31. Dezember 2001 gerichtete Klage unzulässig ist, weil ihr das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse fehlt, konnte der Senat nicht abschließend entscheiden. Dies hängt davon ab, ob dem Kläger aus dem beendeten Arbeitsverhältnis noch Ansprüche zustehen. Das könnte deshalb nicht der Fall sein, weil die Geltendmachung derartiger Ansprüche durch den Kläger rechtsmissbräuchlich sein könnte. Zur Beurteilung dieser Frage bedarf es weiterer tatsächlicher Feststellungen durch das Landesarbeitsgericht. 24

a) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann ein Arbeitnehmer das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zu einem Entleiher auf Grundlage der Vorschriften des AÜG mit einer allgemeinen Feststellungsklage gemäß § 256 Abs. 1 ZPO geltend machen (*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*). Nach § 256 Abs. 1 ZPO muss eine Feststellungsklage grundsätzlich den gegenwärtigen Bestand eines Rechtsverhältnisses betreffen (*BAG 19. Oktober 1993 - 9 AZR 478/91 - AP ZPO 1977 § 256 Nr. 23 = EzA ZPO § 256 Nr. 39, zu I 1 der Gründe*). Ausnahmsweise kann auch auf Feststellung eines vergangenen Rechtsverhältnisses geklagt werden, wenn sich aus dem bereits beendeten Rechtsverhältnis 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; 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*). Das ist nicht der Fall, wenn aus einem vergangenen Rechtsverhältnis zwar grundsätzlich noch Ansprüche resultieren können, deren Geltendmachung durch den Gläubiger aber rechtsmissbräuchlich wäre (§ 242 BGB). 25



- b) Sofern zwischen dem Kläger und der Beklagten bzw. ihren Rechtsvorgängerinnen in der Vergangenheit bis zum 31. Dezember 2001 ein Arbeitsverhältnis bestanden haben sollte, könnten sich hieraus zwar unstreitig gegenwärtige und zukünftige Ansprüche des Klägers auf betriebliche Altersversorgung gegenüber der Beklagten ergeben. Die Geltendmachung derartiger und sonstiger Ansprüche gegenüber der Beklagten aus dem beendeten Arbeitsverhältnis könnte aber rechtsmissbräuchlich sein, weil sich der Kläger möglicherweise hierdurch in Widerspruch zu seinem früheren Verhalten setzt. Ob dies der Fall ist, kann der Senat nicht abschließend entscheiden, da das Landesarbeitsgericht die hierzu erforderlichen tatsächlichen Feststellungen bisher nicht getroffen hat. 26
- aa) Die Rechtsordnung lässt zwar widersprüchliches Verhalten grundsätzlich zu (vgl. dazu etwa Palandt/Heinrichs BGB 63. Aufl. § 242 Rn. 55). Widersprüchliches Verhalten kann aber rechtsmissbräuchlich sein, wenn durch ein Verhalten des Rechtsinhabers ein schutzwürdiges Vertrauen auf eine bestimmte Sach- oder Rechtslage bei der Gegenpartei hervorgerufen wurde (BGH 15. März 1967 - V ZR 127/65 - BGHZ 47, 184, zu 2 der Gründe; 7. Mai 1991 - XII ZR 146/90 - NJW-RR 1991, 1033, zu 2 der Gründe; 6. Dezember 1990 - VII ZR 126/90 - NJW 1991, 974, zu II 4 der Gründe). Wer durch sein Verhalten bewusst oder unbewusst eine Sach- oder Rechtslage geschaffen hat, auf die sich der andere Teil verlassen durfte und verlassen hat, darf den anderen in seinem Vertrauen nicht enttäuschen. Es würde gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn es erlaubt wäre, sich nach seinem Belieben mit seinen früheren Erklärungen und seinem früheren Verhalten derart in Widerspruch zu setzen. Das Vertrauen einer Partei darauf, dass eine bestimmte Rechtslage gegeben sei, ist insbesondere dann schutzwürdig, wenn sie von der anderen Partei in diesem Glauben bestärkt worden ist (BAG 11. Dezember 1996 - 5 AZR 855/95 - BAGE 85, 11 = AP BGB § 242 Unzulässige Rechtsausübung-Verwirkung Nr. 35 = EzA BGB § 242 Rechtsmissbrauch Nr. 1). 27
- bb) Diese Voraussetzungen könnten im Streitfall erfüllt sein. Nach dem - vom Kläger bestrittenen - Vorbringen der Beklagten soll der Kläger während der Dauer seines Einsatzes in ihrem Betrieb die Übernahme in ein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten abgelehnt haben mit der Begründung, bei seinem bisherigen Arbeitgeber S erhalte er höhere Spesen und deshalb eine höhere Gesamtvergütung als dies bei der Beklagten der Fall wäre. Sollte der Kläger tatsächlich derartige Äußerungen gegenüber personalverantwortlichen Mitarbeitern der Beklagten abgegeben haben, könnte die Jahre spätere Geltendmachung von Ansprüchen aus einem Arbeitsverhältnis mit der Beklagten und ihren Rechtsvorgängerinnen rechtsmissbräuchlich sein. Dann könnte das nunmehr 28



rige Klagebegehren auf ein mit Treu und Glauben nicht zu vereinbarendes „Rosinenpicken“ hinauslaufen. Ob dies der Fall ist, konnte der Senat nicht abschließend beurteilen, weil das Landesarbeitsgericht hinsichtlich der angeblichen Äußerungen des Klägers sowie der näheren Umstände, unter denen sie abgegeben wurden, bislang keine tatsächlichen Feststellungen getroffen hat. Dies ist vom Landesarbeitsgericht ebenso nachzuholen wie ggf. deren abschließende Würdigung unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs.

3. Die Frage, ob der auf Feststellung des Bestands eines Arbeitsverhältnisses vom 12. Oktober 1972 bis zum 31. Dezember 2001 gerichteten Klage das Feststellungsinteresse fehlt, konnte nicht deshalb offen bleiben, weil die Klage ohnehin als unbegründet abzuweisen wäre (*vgl. hierzu BAG 12. Februar 2003 - 10 AZR 299/02 - BAGE 104, 324 = AP BGB § 613a Nr. 243 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 3, zu II 1 der Gründe mwN*). Das Landesarbeitsgericht hat zwar angenommen, die Klage sei nicht begründet, weil der Kläger das Recht, sich auf den Bestand eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten zu berufen, verwirkt habe (§ 242 BGB). Diese Beurteilung hält jedoch der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. 29
- a) Es bedarf im Streitfall keiner Entscheidung, ob das Recht, sich auf den Bestand eines Arbeitsverhältnisses zu berufen, verwirken kann (*so BAG 30. Januar 1991 - 7 AZR 239/90 - EzAÜG § 10 AÜG Fiktion Nr. 68, zu II 1 der Gründe*). Denn die Voraussetzungen der Verwirkung sind entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts nicht erfüllt. 30
- b) 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 -* 31



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*).

c) Diese Voraussetzungen hat das Landesarbeitsgericht zu Unrecht als erfüllt angesehen. 32

aa) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, das für die Verwirkung erforderliche Zeitmoment sei erfüllt, da der Kläger mehr als zwei Jahre vom Ende seiner Tätigkeit im Betrieb der Beklagten an gerechnet mit der Geltendmachung seiner Rechtsposition gegenüber der Beklagten zugewartet habe. Auch das Umstandsmoment liege vor. Der Kläger habe durch sein Verhalten der Beklagten gegenüber zum Ausdruck gebracht, dass er sie nicht als seine Arbeitgeberin betrachte. Denn er habe seine Tätigkeit bei der Beklagten allein deswegen eingestellt, weil er sein mit der Streithelferin bestehendes Arbeitsverhältnis zum 31. Dezember 2001 gekündigt habe. 33

bb) Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Das Landesarbeitsgericht hat bei seiner Würdigung wesentliche Umstände außer Acht gelassen, die eine andere Beurteilung rechtfertigen. 34

Es kann dahinstehen, ob das für die Verwirkung nötige Zeitmoment erfüllt ist. Denn es fehlt an dem erforderlichen Umstandsmoment. Allein die Tatsache, dass der Kläger seine Tätigkeit im Betrieb der Beklagten auf Grund einer Kündigung gegenüber seinem Vertragsarbeitgeber und nicht gegenüber der Beklagten beendet hat, reicht hierzu entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts nicht aus. Der erkennende Senat hat zwar das Umstandsmoment auf Grund eines ähnlichen Sachverhalts als erfüllt angesehen (*30. Januar 1991 - 7 AZR 239/90 - EzAÜG § 10 AÜG Fiktion Nr. 68, zu III 2 der Gründe*). Allerdings hatte der dortige Kläger mehr als drei Monate nach Einstellung seiner Tätigkeit auf Grund eines Aufhebungsvertrags mit dem Verleiher und nach zwischenzeitlicher Aufnahme eines Beschäftigungsverhältnisses bei einem anderen Arbeitgeber den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses gegenüber dem Entleiher geltend gemacht. Bei einer solchen Sachlage mag es gerechtfertigt erscheinen, es aus Gründen des Vertrauensschutzes als mit Treu und Glauben unvereinbar und für den 35



Entleiher als unzumutbar anzusehen, auf den gegenwärtigen und künftigen Fortbestand eines Arbeitsverhältnisses in Anspruch genommen zu werden. Im Streitfall macht der Kläger jedoch nicht den Fortbestand eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten geltend. Dieses betrachtet er selbst seit dem 31. Dezember 2001 als beendet. Der Kläger begehrt lediglich die Feststellung eines in der Vergangenheit liegenden Arbeitsverhältnisses als Grundlage für die Geltendmachung gegenwärtiger und zukünftiger Ansprüche auf betriebliche Altersversorgung. Im Hinblick auf dieses Klagebegehren hat die Beklagte keine besonderen Umstände vorgetragen, auf Grund derer es ihr aus Vertrauensschutzgesichtspunkten nicht zugemutet werden könnte, die aus dem vergangenen Arbeitsverhältnis gegenwärtig noch resultierenden Pflichten zu erfüllen.

Solange der Kläger in ihrem Betrieb tätig war, wurde das Recht des Klägers, sich auf die Entstehung eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten und ihren Rechtsvorgängerinnen nach den Vorschriften des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes zu berufen, nicht durch Zeitablauf verwirkt. Die Beklagte und ihre Rechtsvorgängerinnen mussten vielmehr - sofern kein Fall des Rechtsmissbrauchs wegen widersprüchlichen Verhaltens des Klägers vorlag - damit rechnen, dass der Kläger seine ihnen gegenüber auf Grund seiner Tätigkeit in ihrem Betrieb bestehenden Rechte geltend machen würde. Dies mussten die Beklagte und ihre Rechtsvorgängerinnen schon deshalb in Betracht ziehen, weil sich bereits andere Beschäftigte auf derartige Ansprüche ihnen gegenüber berufen hatten. Dass der Kläger seine Rechte nicht zur gleichen Zeit wie die anderen Arbeitnehmer geltend gemacht hat, konnte bei der Beklagten und ihren Rechtsvorgängerinnen kein schützenswertes Vertrauen darauf begründen, zu einem späteren Zeitpunkt nicht doch noch in Anspruch genommen zu werden, da aus einem möglicherweise entstandenen Arbeitsverhältnis ständig neue Rechte und Pflichten resultierten. Dies gilt trotz des Umstands, dass die S ab dem zweiten Quartal 1986 über eine Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung verfügte und dass § 13 AÜG, der auch bei Bestehen einer Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung in Fällen vermuteter Arbeitsvermittlung auf Grund Überschreitung der zulässigen Überlassungsdauer die Entstehung eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Entleiher und dem überlassenen Arbeitnehmer bewirkte, zum 31. März 1997 außer Kraft getreten ist. Denn ein möglicherweise vor dem zweiten Quartal 1986 nach § 9 Nr. 1, § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG oder vor dem 1. April 1997 nach § 1 Abs. 2, § 3 Abs. 1 Nr. 6 iVm. § 13 AÜG entstandenes Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten bzw. ihren Rechtsvorgängerinnen wurde weder durch die spätere Erteilung einer Genehmigung zur Arbeitnehmerüberlassung an die S noch durch das Außerkrafttreten

36

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



von § 13 AÜG zum 31. März 1997 beendet (vgl. zu letzterem BAG 19. März 2003 - 7 AZR 267/02 - BAGE 105, 317 = AP AÜG § 13 Nr. 4 = EzA AÜG § 1 Nr. 12, zu III 3 der Gründe).

Besondere Umstände, die nach der Beendigung der Tätigkeit des Klägers im Betrieb der Beklagten am 31. Dezember 2001 eingetreten wären und auf Grund derer die Beklagte hätte darauf vertrauen dürfen, nicht mehr aus dem beendeten Arbeitsverhältnis in Anspruch genommen zu werden, hat die Beklagte nicht dargelegt. Sie hat sich lediglich darauf berufen, wegen möglicher Ansprüche des Klägers auf betriebliche Altersversorgung keine Rückstellungen gebildet und deshalb in der Vergangenheit zu hohe Steuern abgeführt zu haben. Dies rechtfertigt jedoch nicht die Annahme, dass der Beklagten die Erfüllung etwaiger Ansprüche des Klägers aus dem beendeten Arbeitsverhältnis aus wirtschaftlichen Gründen nicht zumutbar wäre.

4. Ob das Landesarbeitsgericht die auf Feststellung des Bestands eines Arbeitsverhältnisses in der Zeit vom 12. Oktober 1972 bis zum 31. Dezember 2001 gerichtete Klage im Ergebnis zu Recht abgewiesen hat, weil zwischen dem Kläger und der Beklagten bzw. ihren Rechtsvorgängerinnen nach den Vorschriften des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes kein Arbeitsverhältnis entstanden ist, konnte der Senat nicht beurteilen, da das Landesarbeitsgericht die hierzu erforderlichen tatsächlichen Feststellungen bislang nicht getroffen hat. Dies ist ggf. vom Landesarbeitsgericht nachzuholen.

a) Zwischen dem Kläger und der Beklagten bzw. ihren Rechtsvorgängerinnen könnte nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis entstanden sein. Nach dieser Bestimmung gilt ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem zur Arbeitsleistung überlassenen Arbeitnehmer als zustande gekommen, wenn der Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Arbeitnehmer nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam ist. Das ist der Fall, wenn der Verleiher nicht über die nach § 1 AÜG zur Arbeitnehmerüberlassung erforderliche Erlaubnis verfügt. Die S verfügte zwar seit dem zweiten Quartal 1986 über eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung. Da der Kläger jedoch bereits zuvor im Betrieb der Beklagten und ihrer Rechtsvorgängerinnen eingesetzt war, könnte die Fiktion des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG eingetreten sein. Außerdem könnte trotz des Umstands, dass die S seit 1986 über die Genehmigung zur Arbeitnehmerüberlassung verfügte, nach § 1 Abs. 2, § 3 Abs. 1 Nr. 6, § 13 AÜG in der bis 31. März 1997 geltenden Fassung ein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten bzw. ihren Rechtsvorgängerinnen entstanden sein, weil die nach § 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG aF zulässige Über-



lassungsdauer überschritten wurde und deshalb nach § 1 Abs. 2 AÜG zu vermuten war, dass die S Arbeitsvermittlung betrieb (vgl. hierzu zuletzt BAG 19. März 2003 - 7 AZR 267/02 - BAGE 105, 317 = AP AÜG § 13 Nr. 4 = EzA AÜG § 1 Nr. 12).

b) Ob zwischen dem Kläger und der Beklagten bzw. ihren Rechtsvorgängerinnen nach den Bestimmungen des AÜG ein Arbeitsverhältnis entstanden ist, hängt somit davon ab, ob der Kläger diesen zur Arbeitsleistung überlassen oder ob er auf Grund eines Werk- oder Dienstvertrags in deren Betrieb eingesetzt wurde. Dies kann der Senat nicht abschließend beurteilen. Dazu bedarf es weiterer tatsächlicher Feststellungen durch das Landesarbeitsgericht.

40

aa) Nach ständiger Rechtsprechung des erkennenden Senats ist nicht jeder drittbezogene Arbeitseinsatz eine Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des 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 (3. Dezember 1997 - 7 AZR 764/96 - BAGE 87, 186 = AP AÜG § 1 Nr. 24 = EzA AÜG § 1 Nr. 9, 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 5 a der Gründe; 6. August 2003 - 7 AZR 27/03 -, zu III 5 a der Gründe). Notwendiger Inhalt eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags ist die Verpflichtung des Verleihers gegenüber dem Entleiher, diesem zur Förderung von dessen Betriebszwecken Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen (3. Dezember 1997 - 7 AZR 764/96 - aaO mwN; 19. Januar 2000 - 7 AZR 6/99 -, zu 1 der Gründe). Die Vertragspflicht des Verleihers gegenüber dem Entleiher endet, wenn er den Arbeitnehmer ausgewählt und ihn dem Entleiher zur Verfügung gestellt hat (22. Juni 1994 - 7 AZR 286/93 - BAGE 77, 102 = AP AÜG § 1 Nr. 16 = EzA AÜG § 1 Nr. 4, zu IV 2 a der Gründe; 3. Dezember 1997 - 7 AZR 764/96 - aaO). Von der Arbeitnehmerüberlassung zu unterscheiden ist die Tätigkeit eines Arbeitnehmers bei einem Dritten auf Grund eines Werk- oder Dienstvertrags. In diesen Fällen wird der Unternehmer für einen anderen tätig. Er organisiert die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen und bleibt für die Erfüllung der im Vertrag vorgesehenen Dienste oder für die Herstellung des geschuldeten Werks gegenüber dem Drittunternehmen verantwortlich. Die zur Ausführung des Dienst- oder Werkvertrags eingesetzten Arbeitnehmer unterliegen den Weisungen des Unternehmers und sind dessen Erfüllungsgehilfen. Der Werkbesteller

41



kann jedoch, wie sich aus § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB ergibt, dem Werkunternehmer selbst oder dessen Erfüllungsgehilfen Anweisungen für die Ausführung des Werkes erteilen. Entsprechendes gilt für Dienstverträge. Solche Dienst- oder Werkverträge werden vom Arbeitnehmerüberlassungsgesetz nicht erfasst (*BAG 30. Januar 1991 - 7 AZR 497/89 - BAGE 67, 124 = AP AÜG § 10 Nr. 8 = EzA AÜG § 10 Nr. 3, zu II 2 und III 1 der Gründe; 22. Juni 1994 - 7 AZR 286/93 - BAGE 77, 102 = AP AÜG § 1 Nr. 16 = EzA AÜG § 1 Nr. 4, zu IV 2 a der Gründe; 19. März 2003 - 7 AZR 267/02 - aaO, zu III 5 a der Gründe*).

Über die rechtliche Einordnung des Vertrags zwischen dem Dritten und dem Arbeitgeber entscheidet der Geschäftsinhalt und nicht die von den Parteien gewünschte Rechtsfolge oder eine Bezeichnung, die dem tatsächlichen Geschäftsinhalt nicht entspricht. Die Vertragsschließenden können das Eingreifen zwingender Schutzvorschriften des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes nicht dadurch vermeiden, dass sie einen vom Geschäftsinhalt abweichenden Vertragstyp wählen. Der Geschäftsinhalt kann sich sowohl aus den ausdrücklichen Vereinbarungen der Vertragsparteien als auch aus der praktischen Durchführung des Vertrags ergeben. Widersprechen sich beide, so ist die tatsächliche Durchführung des Vertrags maßgebend, 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 (*BAG 15. Juni 1983 - 5 AZR 111/81 - BAGE 43, 102 = AP AÜG § 10 Nr. 5, zu I 1 b der Gründe; 10. September 1985 - 1 ABR 28/83 - AP BetrVG 1972 § 117 Nr. 3 = EzA BetrVG 1972 § 99 Nr. 41, zu B IV 2 c der Gründe; 18. Januar 1989 - 7 ABR 21/88 - BAGE 61, 7 = AP BetrVG 1972 § 9 Nr. 1 = EzA BetrVG 1972 § 9 Nr. 4, zu B II 3 c bb der Gründe; 28. November 1989 - 1 ABR 90/88 - AP AÜG § 14 Nr. 5 = EzA AÜG § 14 Nr. 4, zu B 1 c der Gründe; 30. Januar 1991 - 7 AZR 497/89 - BAGE 67, 124 = AP AÜG § 10 Nr. 8 = EzA AÜG § 10 Nr. 3, zu II 2 der Gründe*).

bb) Ob der Kläger der Beklagten bzw. ihren Rechtsvorgängerinnen zur Arbeitsleistung überlassen wurde oder ob er auf Grund eines Werk- oder Dienstvertrags in ihrem Betrieb tätig war, konnte der Senat mangels der dazu erforderlichen tatsächlichen Feststellungen nicht abschließend entscheiden. Das Landesarbeitsgericht hat bislang lediglich festgestellt, dass der Kläger im Betrieb der Beklagten und ihrer Rechtsvorgängerinnen als Schlosser und Monteur für Arbeiten an Transformatoren

42

43



eingesetzt war und dass er darüber hinaus seit 1974 auch andere Tätigkeiten dort ausgeübt hat. Außerdem hat das Landesarbeitsgericht festgestellt, dass der Kläger eine sog. Verfügungserlaubnis im Transformatorenbereich besaß und in den Urlaubslisten der Rechtsvorgängerinnen der Beklagten gemeinsam mit deren Arbeitnehmern aufgeführt war. Zu den vertraglichen Grundlagen des Arbeitseinsatzes des Klägers im Betrieb der Beklagten und ihrer Rechtsvorgängerinnen hat das Landesarbeitsgericht bislang ebenso wenig Feststellungen getroffen wie zur tatsächlichen Durchführung des Vertrags. Diese Feststellungen hat das Landesarbeitsgericht ggf. nachzuholen. In diesem Zusammenhang wird das Landesarbeitsgericht auch zu prüfen haben, ab wann, mit wem und nach welchen Vorschriften des AÜG (§ 10 Abs. 1 Satz 1 iVm. § 9 Nr. 1 AÜG oder § 1 Abs. 3, § 3 Abs. 1 Nr. 6 iVm. § 13 AÜG in der bis 31. März 1997 geltenden Fassung) ein Arbeitsverhältnis entstanden ist.

IV. Das Landesarbeitsgericht hat im Rahmen der neuen Entscheidung auch über die Kosten der Revision zu befinden.

44

Gräfl

Koch

Laux

Zumpe

Hökenschnieder



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)