

Aktenzeichen: 7 AZR 448/06
Bundesarbeitsgericht 7. Senat

Urteil vom 10. Oktober 2007
- 7 AZR 448/06 -

I. Arbeitsgericht
Essen

Urteil vom 30. November 2004
- 7 Ca 2401/04 -

II. Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Urteil vom 9. März 2006
- 13 Sa 549/05 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Arbeitnehmerüberlassung - Verwirkung

Gesetze:

BGB § 242; 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

Hinweise des Senats:

weitgehend parallel zu BAG 24. Mai 2006 - 7 AZR 365/05 - und zu BAG
10. Oktober 2007 - 7 AZR 487/06 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



7 AZR 448/06
13 Sa 549/05
Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
10. Oktober 2007

URTEIL

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter, Anschlussberufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin, Anschlussberufungsbeklagte und Revisions-
beklagte,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 10. Oktober 2007 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dörner, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Gräfl, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Koch sowie die ehrenamtlichen Richter Busch 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](#)

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 9. März 2006 - 13 Sa 549/05 - 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 2002 abgewiesen hat.

Die weitergehende Revision des Klägers wird zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten noch darüber, ob zwischen dem Kläger und der Beklagten bzw. ihren Rechtsvorgängerinnen in der Zeit vom 12. Oktober 1972 bis zum 31. Dezember 2002 ein Arbeitsverhältnis bestand. Außerdem begehrt der Kläger die Feststellung, dass dieser Zeitraum als Betriebszugehörigkeit im Sinne der betrieblichen Versorgungsbedingungen der Beklagten anzusehen ist.

Der am 5. Oktober 1941 geborene Kläger war seit dem 26. August 1960 bei der R GmbH & Co. (im Folgenden: R) beschäftigt. Auf Grund deren Insolvenz beendete er dort am 31. März 2000 seine Tätigkeit. Vom 1. April 2000 bis zum 31. Dezember 2002 war er bei der S GmbH (im Folgenden: S) angestellt. Die S verfügte über eine Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung. Der Kläger war während der Dauer seiner Arbeitsverhältnisse mit der R sowie der S im Betrieb der Rechtsvorgängerinnen der Beklagten tätig. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der S bezieht der Kläger seit dem 1. Januar 2003 eine Altersrente für schwerbehinderte Menschen sowie Leistungen des Pensions-Sicherungs-Vereins auf Grund einer bei der R erworbenen betrieblichen Altersversorgung. Mit Schreiben seiner Prozessbevollmächtigten vom 23. Dezember 2003 forderte der Kläger die Beklagte vergeblich zur Anerkennung der Zeit vom 1. Juli 1970 bis zum 31. Dezember 2002 als Beschäftigungszeit und zur Mitteilung über die ihm zustehenden Betriebsrentenansprüche auf.

Mit seiner im Juni 2004 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat der Kläger geltend gemacht, seine Tätigkeit bei den Rechtsvorgängerinnen der Beklagten habe auf einer Arbeitnehmerüberlassung beruht. Deshalb sei mit diesen nach den



Bestimmungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes ein Arbeitsverhältnis entstanden. Aus diesem resultierten Ansprüche auf betriebliche Altersversorgung gegenüber der Beklagten.

Der Kläger hat beantragt

4

festzustellen, dass er seit dem 1. Juli 1970 bis zum 31. Dezember 2002 bei der Beklagten beschäftigt war und für diesen Zeitraum als betriebszugehörig im Sinne der betrieblichen Versorgungsbedingungen der Beklagten gilt.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und die Auffassung vertreten, der Kläger sei 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 nach den Vorschriften des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes entstandenes Arbeitsverhältnis zu berufen, verwirkt. Der Kläger handele zudem rechtsmissbräuchlich, indem er sie als Arbeitgeberin in Anspruch nehme, obwohl er im Zusammenhang mit einer von einem Arbeitskollegen erhobenen Klage verschiedentlich erklärt habe, er fände eine solche Klage unmöglich und sie sei für ihn undenkbar.

5

Das Arbeitsgericht hat nach Durchführung einer Beweisaufnahme dem Feststellungsbegehren des Klägers für die Zeit ab 7. August 1972, dem Tag der Ausfertigung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, bis zum 31. März 2000 entsprochen und die Klage im Übrigen abgewiesen. Hiergegen haben die Beklagte Berufung und der Kläger Anschlussberufung eingelegt. Im Kammertermin vor dem Landesarbeitsgericht hat der Kläger die Klage mit Zustimmung der Beklagten insgesamt auf den Zeitraum ab dem 12. Oktober 1972, dem Tag des Inkrafttretens des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, bis zum 31. Dezember 2002 beschränkt. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage unter Zurückweisung der Anschlussberufung abgewiesen. Hiergegen richtet sich die Revision des Klägers, mit der er sein Klageziel insgesamt weiterverfolgt. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

6

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist unbegründet, soweit sie sich gegen die Abweisung der auf Feststellung der Zeit vom 12. Oktober 1972 bis zum 31. Dezember 2002 als Zeit der Betriebszugehörigkeit iSd. betrieblichen Versorgungsbedingungen

7



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



der Beklagten gerichteten Klage wendet (zweiter Teil des Klageantrags). Insoweit hat das Landesarbeitsgericht die Klage zu Recht mangels eines 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 2002 gerichtete Klage nicht abgewiesen werden. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts hat der Kläger das Recht, den Bestand eines von ihm als beendet angesehenen Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten 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.

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

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 2002 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, in der Zeit vom 12. Oktober 1972 bis zum 31. Dezember 2002 auf Grund der Bestimmungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) Arbeitnehmer der Rechtsvorgängerinnen der Beklagten 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 2002 als Zeit der Betriebszugehörigkeit iSd. betrieblichen Versorgungsbedingungen der Beklagten gilt. Entgegen der von der Beklagten erstmals in der Revisionsinstanz vertretenen Auffassung hat der Kläger mit dem zweiten Halbsatz des Klageantrags zu keinem Zeitpunkt die Feststellung begehrt, dass ihm gegenüber der Beklagten ein Anspruch auf betriebliche Altersversorgung zusteht. Dem Kläger ging es während des gesamten



Rechtsstreits ausschließlich um die Feststellung, dass zwischen ihm und den Rechtsvorgängerinnen der Beklagten ein nach den Vorschriften des AÜG zustande gekommenes Arbeitsverhältnis bestanden hat und dass diese Zeit als Dauer der Betriebszugehörigkeit iSd. Versorgungsbedingungen der Beklagten anzusehen ist. Diese Feststellungen sollten die Grundlage für die Geltendmachung von Ansprüchen auf betriebliche Altersversorgung schaffen. In diesem Sinn hat sich die Beklagte auch in den Vorinstanzen auf den Antrag eingelassen.

II. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage hinsichtlich der mit dem zweiten Halbsatz des Klageantrags begehrten Feststellung, dass die Dauer eines mit den Rechtsvorgängerinnen der Beklagten bestandenen Arbeitsverhältnisses vom 12. Oktober 1972 bis zum 31. Dezember 2002 als Dauer der Betriebszugehörigkeit iSd. betrieblichen Versorgungsbedingungen der Beklagten gilt, zu Recht mangels des nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderlichen Feststellungsinteresses als unzulässig abgewiesen. 11

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 24. Mai 2006 - 7 AZR 365/05 - Rn. 14, EzAÜG § 10 AÜG Fiktion Nr. 114; 18. Februar 2003 - 3 AZR 46/02 - BAGE 105, 86 = AP TVG § 1 Tarifverträge: Rundfunk Nr. 39, zu A II 1 der Gründe mwN*). 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*). 12

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 den Rechtsvorgängerinnen der Beklagten 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 13



Dauer dieses Arbeitsverhältnisses auch für die Dauer der Betriebszugehörigkeit iSd. bei ihr bestehenden Versorgungsordnung zugrunde gelegt wird. Für die Rechtsposition des Klägers besteht daher keine gegenwärtige Gefahr oder Unsicherheit, die die erstrebte gerichtliche Feststellung erfordern könnte.

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 2002 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, wie etwa die von der Beklagten erhobene Einrede der Verjährung oder der Anspruchsverlust auf Grund etwaiger für das Arbeitsverhältnis geltender Ausschlussfristen könnten nach wie vor geltend gemacht werden.

14

III. Die Revision ist begründet, soweit sie sich gegen die Abweisung der auf Feststellung des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Kläger und den Rechtsvorgängerinnen der Beklagten in der Zeit vom 12. Oktober 1972 bis zum 31. Dezember 2002 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 tatrichterlichen Feststellungen nicht abschließend beurteilen. Dies hängt davon ab, ob zwischen dem Kläger und den Rechtsvorgängerinnen der Beklagten nach den Bestimmungen des AÜG ein Arbeitsverhältnis kraft Gesetzes entstanden ist.

15

1. Die auf Feststellung eines Arbeitsverhältnisses in der Zeit vom 12. Oktober 1972 bis zum 31. Dezember 2002 gerichtete Klage ist nicht deshalb unzulässig, weil der Kläger sein Klagerecht nach den Grundsätzen der Prozessverwirkung verloren hätte. Die Voraussetzungen der Prozessverwirkung sind nicht erfüllt.

16

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 (*BAG 24. Mai 2006 - 7 AZR 365/05 - Rn. 20, EzAÜG § 10 AÜG Fiktion Nr. 114; 25. April 2006 - 3 AZR 372/05 - Rn. 20, AP BetrAVG § 16 Nr. 60 = EzA*

17



BetrAVG § 16 Nr. 48; 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). 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 zumutbar ist (Umstandsmoment). 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 (*BAG 24. Mai 2006 - 7 AZR 365/05 - Rn. 20, aaO*).

b) Die Voraussetzungen der Prozessverwirkung liegen im Streitfall nicht vor. Der Beklagten ist die Einlassung auf das Klagebegehren nicht unzumutbar.

18

Der Kläger hat sich knapp ein Jahr nach Beendigung seiner Tätigkeit im Betrieb der Beklagten auf die Entstehung eines Arbeitsverhältnisses mit dieser bzw. ihren Rechtsvorgängerinnen nach den Vorschriften des AÜG berufen. Angesichts dieser verhältnismäßig kurzen Zeitspanne erscheint schon zweifelhaft, ob das für die Prozessverwirkung erforderliche Zeitmoment erfüllt ist. Dies kann jedoch zugunsten der Beklagten unterstellt werden. Denn es fehlt jedenfalls an dem für die Prozessverwirkung erforderlichen Umstandsmoment. Die Beklagte hat keine besonderen Umstände vorgetragen, auf Grund derer es ihr aus Gründen des Vertrauensschutzes bereits 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 hervorgehen soll, 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 Gläubiger seine Rechte erst nach längerer Zeit geltend macht, rechtfertigen den Einwand der Prozessverwirkung grundsätzlich nicht. Vielmehr muss der Verpflichtete die Beweismittel gerade im berechtigten

19



Vertrauen darauf, dass der Gläubiger seine Rechte nicht mehr geltend machen wird, vernichtet haben (*BGH 18. Januar 2001 - VII ZR 416/99 - NJW 2001, 1649, zu II 2 b der Gründe; 26. Mai 1992 - VI ZR 230/91 - NJW-RR 1992, 1240, zu II 1 b der Gründe*). Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Den Rechtsvorgängerinnen der Beklagten war die rechtliche Problematik der in ihren Betrieben eingesetzten Arbeitnehmern von Fremdfirmen nach dem vom Kläger in das Verfahren eingeführten Vermerk bereits seit Oktober 1976 bekannt. Die R E AG wurde nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten darüber hinaus seit dem Ende der 80er-Jahre von mehreren in ihrem Betrieb eingesetzten Arbeitnehmern von Fremdfirmen auf das Bestehen von Arbeitsverhältnissen nach den Vorschriften des AÜG in Anspruch genommen. Die Rechtsvorgängerinnen der Beklagten mussten deshalb damit rechnen, dass auch andere in ihrem Betrieb tätige Arbeitnehmer von Fremdfirmen derartige Ansprüche geltend machen würden. Dies hätte die Rechtsvorgängerinnen der Beklagten veranlassen müssen, die zur Verteidigung gegen derartige Ansprüche vorhandenen Unterlagen und Beweismittel sicherzustellen und aufzubewahren. Wenn derartige Unterlagen gleichwohl vernichtet sein sollten, eröffnet dies der Beklagten 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 Äußerung des Klägers auf einer Weihnachtsfeier im Jahr 2000, wonach er die Beklagte nicht verklagen werde. Denn die Beklagte konnte nicht ausschließen, dass der Kläger seine Meinung ändern würde. Daneben hat die Beklagte auch nicht vorgetragen, wann die seinerzeit maßgeblichen Personalverantwortlichen von den Äußerungen des Klägers Kenntnis erlangt haben und dass sie gerade im Hinblick auf diesen Sachverhalt im Jahr 2000 noch vorhandene Unterlagen (welche?) vernichtet haben. 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 (*BAG 24. Mai 2006 - 7 AZR 365/05 - Rn. 23, EzAÜG § 10 AÜG Fiktion Nr. 114*).

2. Das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse ist gegeben. 20
- 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 21



ZPO geltend machen (BAG 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; 25. Oktober 2000 - 7 AZR 487/99 - BAGE 96, 150 = AP AÜG § 10 Nr. 15 = EzA AÜG § 10 Nr. 10; 28. Juni 2000 - 7 AZR 100/99 - BAGE 95, 165 = AP AÜG § 13 Nr. 3 = EzA AÜG § 1 Nr. 10). 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 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; 15. Dezember 1999 - 5 AZR 457/98 - AP ZPO 1977 § 256 Nr. 59 = EzA ZPO § 256 Nr. 52, zu I 2 der Gründe).

b) Danach hat der Kläger ein rechtliches Interesse an der begehrten Feststellung. Er macht zwar nicht den gegenwärtigen Bestand eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten geltend, sondern den Bestand eines in der Vergangenheit liegenden Arbeitsverhältnisses mit den Rechtsvorgängerinnen der Beklagten. Das erforderliche Feststellungsinteresse ergibt sich jedoch daraus, dass sich aus diesem Arbeitsverhältnis unstreitig noch künftige Ansprüche auf betriebliche Altersversorgung gegenüber der Beklagten als Rechtsnachfolgerin der R E AG und der R N AG ergeben.

3. Der Senat kann nicht abschließend entscheiden, ob die auf Feststellung des Bestands eines Arbeitsverhältnisses mit den Rechtsvorgängerinnen der Beklagten gerichtete Klage begründet ist. Das Landesarbeitsgericht hat rechtsfehlerhaft angenommen, der Kläger habe das Recht, sich auf das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses mit den Rechtsvorgängerinnen der Beklagten zu berufen, materiell-rechtlich verwirkt. Die Voraussetzungen der materiell-rechtlichen Verwirkung liegen nicht vor. Für die Begründetheit der Klage kommt es deshalb darauf an, ob auf Grund der Tätigkeit des Klägers im Betrieb der R E AG bzw. der R N AG in der Zeit vom 12. Oktober 1972 bis zum 31. Dezember 2002 mit diesen Gesellschaften nach den Bestimmungen des AÜG ein Arbeitsverhältnis entstanden ist. Dies kann der Senat nicht abschließend beurteilen, da das Landesarbeitsgericht bislang keine tatsächlichen Feststellungen dazu getroffen hat, ob der Kläger der R E AG und der R N AG iSv. § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG zur Arbeitsleistung überlassen wurde.



- a) Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht angenommen, der Kläger habe das Recht, sich auf das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses mit der R E AG und der R N AG zu berufen, materiell-rechtlich verwirkt. 24
- aa) 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; 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; offengelassen von BAG 17. Januar 2007 - 7 AZR 23/06 - Rn. 26, DB 2007, 1034; 24. Mai 2006 - 7 AZR 365/05 - Rn. 30, EzAÜG § 10 AÜG Fiktion Nr. 114). Denn die Voraussetzungen der Verwirkung liegen im Streitfall nicht vor. 25
- bb) 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 die Erfüllung der geschuldeten Leistung für den Verpflichteten als unzumutbar anzusehen (BAG 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; 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; 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). Der Gläubiger muss unter Umständen untätig geblieben sein, die den Eindruck erwecken konnten, dass er sein Recht nicht mehr geltend machen wolle, so dass der Schuldner 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 24. Mai 2006 - 7 AZR 365/05 - Rn. 31, EzAÜG § 10 AÜG Fiktion Nr. 114; 25. April 2001 - 5 AZR 497/99 - aaO mwN). 26
- 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 revisionsrecht- 27



lichen Überprüfung obliegt allein, ob das Gericht der Tatsacheninstanz alle erheblichen Gesichtspunkte berücksichtigt hat und die Bewertung dieser Gesichtspunkte von den getroffenen tatsächlichen Feststellungen getragen wird (BAG 17. Januar 2007 - 7 AZR 23/06 - Rn. 28, DB 2007, 1034; BGH 19. Dezember 2000 - X ZR 150/98 - BGHZ 146, 217, zu II 3 der Gründe).

cc) Dieser eingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfung hält die Würdigung des Landesarbeitsgerichts nicht stand. 28

(1) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, das für die Verwirkung erforderliche Zeitmoment sei erfüllt, da der Kläger die vorliegende Klage erst über 30 Jahre nach Beginn seiner Tätigkeit für die R E AG und über drei Jahre nach der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses mit der R erhoben habe, obwohl ihm die anspruchsbegründenden Tatsachen während dieser Zeit bekannt gewesen seien. Ob er seine Rechtsposition gekannt habe, sei unerheblich. Das Umstandsmoment sei ebenfalls erfüllt. Dies ergebe sich daraus, dass der Kläger im gesamten Zeitraum seiner Tätigkeit im Betrieb der Rechtsvorgängerinnen der Beklagten untätig geblieben sei und sich nie bei ihnen beworben habe. Der Kläger habe damit zum Ausdruck gebracht, die Beklagte nicht als Arbeitgeberin anzusehen. Entscheidend komme hinzu, dass er seine Tätigkeit nach der Insolvenz der R nicht etwa auf Grund eines vermeintlichen Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten, sondern eines neuen Arbeitsvertrags mit der S fortgesetzt habe. Seine Ansprüche auf betriebliche Altersversorgung habe er zunächst nicht gegenüber der Beklagten, sondern dem Pensions-Sicherungs-Verein angemeldet. Schon deshalb habe die Beklagte davon ausgehen dürfen, dass sie vom Kläger nicht in Anspruch genommen werde. Hinzu komme, dass er über die im Jahr 2000 erhobene Klage seines Kollegen S informiert gewesen sei. Das bei der Beklagten entstandene Vertrauen beruhe darauf, dass sie aus ihrer Sicht davon habe ausgehen können, das Thema Arbeitnehmerüberlassung werde im Kreis der Arbeitnehmer diskutiert. Die Unzumutbarkeit der Inanspruchnahme der Beklagten ergebe sich aus der unterlassenen Bildung von Rückstellungen für die betriebliche Altersversorgung des Klägers, da die hierdurch entstandenen steuerlichen Nachteile nicht mehr auszugleichen seien. 29

(2) Diese Ausführungen halten selbst einer nur eingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Das Landesarbeitsgericht hat bei seiner Würdigung wesentliche Umstände außer Acht gelassen, die eine andere Beurteilung rechtfertigen. 30



(a) Es kann im Streitfall dahinstehen, ob es für den Beginn des Zeitmoments auf die Beendigung der Tätigkeit des Klägers bei der R ankommt, wie das Landesarbeitsgericht angenommen hat. Näher liegt es, auf die Beendigung seiner Tätigkeit im Betrieb der Beklagten abzustellen, da ein etwaiges nach den Vorschriften des AÜG mit den Rechtsvorgängerinnen der Beklagten entstandenes Arbeitsverhältnis mangels eines Beendigungstatbestandes auch in der Zeit, in der der Kläger für die S tätig war, weiter bestanden hat.

31

Es kann dahinstehen, ob das für die materiell-rechtliche Verwirkung erforderliche Zeitmoment für die Berufung auf ein beendetes Arbeitsverhältnis, aus dem der Arbeitnehmer nur noch Rechte aus einer betrieblichen Altersversorgung beansprucht, vor Fälligkeit der ersten Leistung aus dem Rentenstammrecht erfüllt sein kann. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Verwirkung von Ansprüchen auf betriebliche Altersversorgung beginnt bei Ansprüchen, die das Rentenstammrecht betreffen, das Zeitmoment nicht vor Fälligkeit der sich aus dem Rentenstammrecht ergebenden Leistungen (*BAG 18. September 2001 - 3 AZR 689/00 - BAGE 99, 92 = AP BGB § 613a Nr. 230 = EzA BGB § 613a Nr. 205, zu B II 4 b der Gründe; 15. September 1992 - 3 AZR 438/91 - AP BetrAVG § 1 Zusatzversorgungskassen Nr. 39, zu II 3 c der Gründe; 17. Dezember 1991 - 3 AZR 44/91 - AP BetrAVG § 1 Zusatzversorgungskassen Nr. 32 = EzA BGB § 611 Fürsorgepflicht Nr. 57, zu 6 der Gründe*). Damit stünde es in einem kaum auflösbaren Wertungswiderspruch, wenn der Kläger mit der Erhebung einer auf Gewährung der betrieblichen Altersversorgung gerichteten Leistungsklage bis zur Fälligkeit der ersten sich aus dem Rentenstammrecht ergebenden Leistung warten könnte, aber an einer zur Vorbereitung seines Anspruchs auf eine betriebliche Altersversorgung erhobenen Feststellungsklage wegen des Eingreifens der Verwirkung gehindert wäre.

32

(b) Zugunsten der Beklagten kann unterstellt werden, dass das Zeitmoment für die Verwirkung erfüllt ist. Denn es fehlt an dem auch für die materiell-rechtliche Verwirkung erforderlichen Umstandsmoment. Allein die Tatsache, dass der Kläger seine Tätigkeit bei der R auf Grund deren Insolvenz eingestellt hat und anschließend ein Arbeitsverhältnis mit der S eingegangen ist, ohne sich gegenüber den Rechtsvorgängerinnen der Beklagten auf den Bestand eines Arbeitsverhältnisses mit diesen zu berufen, genügt hierzu nicht. Der Senat hat zwar das Umstandsmoment auf Grund eines ähnlichen Sachverhalts als erfüllt angesehen (*BAG 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 bei dem Entleiher

33



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 derartigen Sachlage mag es gerechtfertigt erscheinen, es aus Gründen des Vertrauensschutzes als mit Treu und Glauben unvereinbar und für den Entleiher als unzumutbar anzusehen, auf den gegenwärtigen und künftigen Fortbestand eines Arbeitsverhältnisses in Anspruch genommen zu werden. Im Streitfall macht der Kläger aber nicht den Fortbestand eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten geltend, sondern begehrt lediglich die Feststellung eines in der Vergangenheit liegenden Arbeitsverhältnisses als Grundlage für die Geltendmachung künftiger 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 künftig noch resultierenden Ansprüche zu erfüllen (*vgl. hierzu BAG 24. Mai 2006 - 7 AZR 365/05 - Rn. 35, EzAÜG § 10 AÜG Fiktion Nr. 114*). Dies hat das Landesarbeitsgericht verkannt.

Zur Begründung des Umstandsmoments reicht es nicht aus, dass dem Kläger die tatsächlichen Umstände, die zur Fiktion eines Arbeitsverhältnisses mit der R E AG und der R N AG geführt haben konnten, bekannt waren und er nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts von dem im Jahr 2000 angestregten Rechtsstreit seines Kollegen S, mit dem dieser die Entstehung eines Arbeitsverhältnisses mit der R E AG nach den Bestimmungen des AÜG geltend gemacht hatte, Kenntnis hatte. Das Landesarbeitsgericht hat zwar zutreffend angenommen, dass der Verwirkungstatbestand nicht voraussetzt, dass der Gläubiger in Kenntnis seines Rechts oder Anspruchs untätig bleibt. Das Landesarbeitsgericht hat aber verkannt, dass bei der Würdigung, ob der Schuldner darauf vertrauen darf, vom Gläubiger nicht mehr in Anspruch genommen zu werden, zu berücksichtigen ist, ob der Schuldner davon ausgehen kann, dass der Gläubiger sein Recht oder seinen Anspruch kennt und er ihn trotzdem über längere Zeit hinweg nicht geltend macht. Ist dies der Fall, kann dies die Annahme des Schuldners rechtfertigen, auch künftig nicht mehr in Anspruch genommen zu werden. Muss der Schuldner hingegen bei verständiger Würdigung daran zweifeln, dass der Gläubiger Kenntnis von seinem Recht hat, kann er allein auf Grund einer längeren Untätigkeit nicht darauf vertrauen, auch künftig nicht mehr in Anspruch genommen zu werden. Vielmehr muss er damit rechnen, dass der Gläubiger bei Kenntniserlangung von seinem Recht dieses geltend machen wird. So verhält es sich im Streitfall. Die Beklagte und ihre Rechtsvorgängerinnen konnten bei verständiger

34



Würdigung nicht davon ausgehen, dass der Kläger in Kenntnis der Entstehung eines Arbeitsverhältnisses mit der R E AG und der R N AG nach den Vorschriften des AÜG untätig geblieben ist. Sie mussten vielmehr in Betracht ziehen, dass dem Kläger jedenfalls bis zur Erhebung der Klage seines Kollegen S seine sich aus dem AÜG möglicherweise ergebenden Ansprüche unbekannt waren, während der Beklagten bzw. ihren Rechtsvorgängerinnen die Problematik der Leiharbeit seit den 70er-Jahren bekannt war. Deshalb konnten die Beklagte und ihre Rechtsvorgängerinnen auch in Anbetracht der langjährigen Untätigkeit des Klägers nicht berechtigterweise darauf vertrauen, dass der Kläger nicht zu einem späteren Zeitpunkt die sich aus dem AÜG ergebenden Rechte geltend machen würde.

Die Beklagte und ihre Rechtsvorgängerinnen konnten die Untätigkeit des Klägers auch nach der Klageerhebung durch seinen früheren Kollegen S nicht dahingehend verstehen, dass sich der Kläger nicht zu einem späteren Zeitpunkt auf ein in der Vergangenheit mit ihren Rechtsvorgängerinnen begründetes Arbeitsverhältnis berufen würde. Für die Verwirkung kommt es darauf an, ob der Berechtigte unter Umständen untätig geblieben ist, die bei dem Verpflichteten den Eindruck erwecken konnten, dass er sein Recht nicht mehr geltend machen wolle. Ein Schuldner, der von einem seiner Gläubiger verklagt wird, kann in der Regel nicht davon ausgehen, von anderen Gläubigern gleichartiger Rechte ebenfalls zeitnah in Anspruch genommen und anderenfalls künftig nicht mehr belangt zu werden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn für den anderen Gläubiger keine Veranlassung zu einer alsbaldigen Geltendmachung seines Rechts besteht, zB weil aus diesem Recht Ansprüche erst später entstehen oder fällig werden. In Fällen dieser Art muss der Schuldner damit rechnen, dass die bislang untätigen Gläubiger ihre Rechte auch noch zu einem späteren Zeitpunkt geltend machen. So verhält es sich im Streitfall. Für den Kläger bestand keine Veranlassung, sich gegenüber der Beklagten oder ihren Rechtsvorgängerinnen zeitnah zu der Klage seines Kollegen S im Jahr 2000 auf den Bestand eines vergangenen Arbeitsverhältnisses mit der R E AG zu berufen. Im Gegensatz zu seinem Kollegen S hatte der Kläger ein neues Arbeitsverhältnis bei der S angetreten, was der R N AG bekannt war. Die aus Sicht der Beklagten bzw. ihrer Rechtsvorgängerinnen in Frage stehenden Ansprüche aus der betrieblichen Altersversorgung waren zu diesem Zeitpunkt noch nicht fällig. Es kann daher dahinstehen, ob das Entstehen des für die Verwirkung notwendigen Vertrauenstatbestands die positive Kenntnis der Beklagten, dass der Kläger über die von seinem Kollegen S erhobene Klage informiert gewesen ist, voraussetzt oder - wie das Landesarbeitsgericht angenommen hat - es ausreichend

35

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



ist, wenn die Beklagte annehmen konnte, das Thema Arbeitnehmerüberlassung werde im Kreis der Arbeitnehmer diskutiert.

Das Landesarbeitsgericht hat bei seiner Würdigung zu Unrecht die Anmeldung der Versorgungsansprüche gegenüber der R beim Pensions-Sicherungs-Verein durch den Kläger zu seinen Lasten berücksichtigt. Das Landesarbeitsgericht hat weder den Zeitpunkt der Anmeldung festgestellt noch die Tatsache, dass und ggf. zu welchem Zeitpunkt die Sicherung der bei der R erworbenen Versorgungsansprüchen den Personalverantwortlichen der Beklagten bzw. ihrer Rechtsvorgängerinnen bekannt geworden ist.

Da die Beklagte somit keine besonderen Umstände dargelegt hat, auf Grund derer sie bzw. ihre Rechtsvorgängerinnen berechtigterweise darauf vertrauen durften, dass der Kläger den Bestand des nach den Vorschriften des AÜG entstandenen Arbeitsverhältnisses mit der R E AG in der Zeit vom 12. Oktober 1972 bis zum 31. Dezember 2002 nicht mehr geltend machen würde, kommt es nicht darauf an, ob die Beklagte bzw. ihre Rechtsvorgängerinnen Dispositionen getroffen haben, auf Grund derer der Beklagten die Erfüllung möglicher Ansprüche des Klägers aus dem vergangenen Arbeitsverhältnis unzumutbar wäre. Es ist daher ohne Bedeutung, ob die Rechtsvorgängerinnen der Beklagten Rückstellungen für etwaige künftige Ansprüche des Klägers auf betriebliche Altersversorgung gebildet und deshalb zu hohe Gewinne versteuert haben. Dies allein reichte im Übrigen nicht zu der Annahme aus, dass der Beklagten die Erfüllung der Ansprüche des Klägers aus wirtschaftlichen Gründen unzumutbar wäre (*BAG 17. Januar 2007 - 7 AZR 23/06 - Rn. 35, DB 2007, 1034; 24. Mai 2006 - 7 AZR 365/05 - Rn. 37, EzAÜG § 10 AÜG Fiktion Nr. 114*).

b) Der Senat kann nicht abschließend entscheiden, ob das Landesarbeitsgericht die auf Feststellung des Bestands eines Arbeitsverhältnisses mit den Rechtsvorgängerinnen der Beklagten in der Zeit vom 12. Oktober 1972 bis zum 31. Dezember 2002 gerichtete Klage im Ergebnis zu Recht abgewiesen hat, weil zwischen dem Kläger und der R E AG kein Arbeitsverhältnis nach den Vorschriften des AÜG entstanden ist. Hierzu fehlt es an tatsächlichen Feststellungen dazu, ob die R den Kläger der R E AG zur Arbeitsleistung überlassen hat oder ob der Einsatz des Klägers bei der R E AG auf einem Werk- oder Dienstvertrag beruhte.

aa) Zwischen dem Kläger und der R E AG könnte am 12. Oktober 1972 nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis entstanden sein. Nach dieser Bestimmung gilt ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem zur Arbeitsleistung über-



lassen den 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.

bb) Die R verfügte nach dem unbestrittenen Vorbringen des Klägers in der Klageschrift nicht über die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung. Selbst wenn die R über eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung verfügt hätte, könnte zwischen dem Kläger und der R E AG nach § 1 Abs. 2, § 3 Abs. 1 Nr. 6, § 13 AÜG in der bis zum 31. März 1997 geltenden Fassung drei Monate später ein Arbeitsverhältnis entstanden sein, weil die nach § 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG aF zulässige Überlassungsdauer überschritten wurde und deshalb nach § 1 Abs. 2 AÜG zu vermuten war, dass die R 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).

Die Entstehung eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Kläger und der R E AG hängt daher davon ab, ob der Kläger dieser von der R iSd. AÜG zur Arbeitsleistung überlassen wurde oder ob er zur Erfüllung werk- oder dienstvertraglicher Verpflichtungen der R bei der R E AG eingesetzt wurde. Dies kann der Senat nicht abschließend beurteilen. Dazu bedarf es weiterer tatsächlicher Feststellungen durch das Landesarbeitsgericht.

(1) Nach ständiger Rechtsprechung des 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 (BAG 6. August 2003 - 7 AZR 27/03 -, zu III 5 a 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; 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). Notwendiger Inhalt eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags ist die Verpflichtung des Verleihers gegenüber dem Entleiher, diesem zur Förderung von dessen Betriebszwecken Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen (BAG 19. Januar 2000 - 7 AZR 6/99 -, zu 1 der Gründe; 3. Dezember 1997 - 7 AZR 764/96 - aaO mwN). Die Vertragspflicht des Verleihers gegenüber dem Entleiher endet, wenn er den Arbeitnehmer ausgewählt und ihn dem Entleiher zur Verfügung



gestellt hat (BAG 3. Dezember 1997 - 7 AZR 764/96 - aaO; 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). 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 in dem 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 kann jedoch, wie sich aus § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB ergibt, dem Werkunternehmer selbst oder dessen Erfüllungsgehilfen Anweisungen für die Ausführungen des Werkes erteilen. Entsprechendes gilt für Dienstverträge. Solche Dienst- oder Werkverträge werden vom AÜG nicht erfasst (BAG 19. März 2003 - 7 AZR 267/02 - aaO, zu III 5 a 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; 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).

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 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; 28. November 1989 - 1 ABR 90/88 - AP AÜG § 14 Nr. 5 = EzA AÜG § 14 Nr. 4, zu B 1 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; 10. September 1985 - 1 ABR 28/83 - AP BetrVG 1972 § 117 Nr. 3 = EzA BetrVG 1972

43



§ 99 Nr. 41, zu B IV 2 c der Gründe; 15. Juni 1983 - 5 AZR 111/81 - BAGE 43, 102 = AP AÜG § 10 Nr. 5, zu I 1 b der Gründe).

(2) Der Senat kann mangels der dazu erforderlichen tatrichterlichen Feststellungen nicht abschließend entscheiden, ob der Kläger der R E AG zur Arbeitsleistung überlassen wurde oder ob er auf Grund von Werk- oder Dienstverträgen bei dieser tätig war. Das Landesarbeitsgericht hat bislang weder Feststellungen zu den vertraglichen Grundlagen des Einsatzes des Klägers bei der R E AG noch zu der tatsächlichen Vertragsdurchführung getroffen. Dies ist vom Landesarbeitsgericht nachzuholen. Kommt das Landesarbeitsgericht zu dem Ergebnis, dass der Kläger der R E AG zur Arbeitsleistung überlassen worden ist, ist die Klage in dem noch rechtshängigen Umfang auch für den Zeitraum vom 1. April 2000 bis zum 31. Dezember 2002 begründet. Das nach den Vorschriften des AÜG entstandene Arbeitsverhältnis mit der R E AG hat weder durch die Beendigung der Tätigkeit des Klägers für die R noch durch den Arbeitsvertragsschluss mit der S sein rechtliches Ende gefunden. Die insolvenzbedingte Einstellung der Tätigkeit bei der R ist ohne Bedeutung für den rechtlichen Fortbestand eines etwaigen nach den Vorschriften des AÜG entstandenen Arbeitsverhältnisses mit der R N AG. Auch durch den Arbeitsvertragsschluss mit der S hat der Kläger nicht ein etwaiges fingiertes Arbeitsverhältnis mit der R N AG konkludent aufgehoben. Aus diesem Grund ist es ohne Bedeutung, ob die S für die Dauer der Beschäftigung des Klägers über eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung nach dem AÜG verfügt hat.

44

Dörner

Gräfl

Koch

Busch

Zwisler



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

