

Aktenzeichen: 7 AZR 487/06
Bundesarbeitsgericht 7. Senat

Urteil vom 10. Oktober 2007
- 7 AZR 487/06 -

I. Arbeitsgericht
Essen

Urteil vom 30. August 2005
- 2 Ca 962/05 -

II. Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Urteil vom 23. März 2006
- 5 Sa 1426/05 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Arbeitnehmerüberlassung - Verwirkung

Gesetz:

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 448/06 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



7 AZR 487/06
5 Sa 1426/05
Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
10. Oktober 2007

URTEIL

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

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:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 23. März 2006 - 5 Sa 1426/05 - aufgehoben.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Der Rechtsstreit wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob zwischen dem Kläger und der V AG (V AG),
einer Rechtsvorgängerin der Beklagten, in der Zeit vom 19. Februar 1981 bis zum
31. März 1996 ein Arbeitsverhältnis bestanden hat. 1

Der am 25. April 1954 geborene Kläger war vom 1. Juli 1979 bis zum 31. März
1996 bei der Fa. H beschäftigt und wurde von dieser seit dem 19. Februar 1981 bei der
V AG eingesetzt. Er übte Tätigkeiten als Tarifprüfer und als Technischer Außendienst-
mitarbeiter aus. Der Kläger schied zum 31. März 1996 auf Grund betriebsbedingter
Kündigung aus dem Arbeitsverhältnis mit der Fa. H aus und stellte deshalb seine
Tätigkeit bei der V AG ein. Im unmittelbaren Anschluss schloss er einen Arbeitsvertrag
mit den Stadtwerken O ab, wo er seitdem beschäftigt ist. 2

Mit der am 5. April 2004 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat der
Kläger den Bestand eines Arbeitsverhältnisses mit der V AG in der Zeit vom
19. Februar 1981 bis zum 31. März 1996 geltend gemacht. Er hat die Auffassung
vertreten, seine Tätigkeit bei der V AG habe auf einer Arbeitnehmerüberlassung
beruht. Da die Fa. H - unstreitig - nicht über die nach § 1 AÜG erforderliche Erlaubnis
zur Arbeitnehmerüberlassung verfügt habe, sei nach den Vorschriften des Arbeitneh-
merüberlassungsgesetzes ein Arbeitsverhältnis mit der V AG entstanden. Aus diesem
in der Zeit vom 19. Februar 1981 bis zum 31. März 1996 bestandenem Arbeitsverhält-
nis resultierten Ansprüche auf betriebliche Altersversorgung nach einer für die Arbeit-
nehmer der V AG geltenden Betriebsvereinbarung, die die Beklagte als Rechtsnachfol-
gerin der V AG zu erfüllen habe. 3



Der Kläger hat zuletzt beantragt

4

festzustellen, dass zwischen ihm und der V AG in der Zeit vom 19. Februar 1981 bis zum 31. März 1996 ein Arbeitsverhältnis bestanden hat.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und die Auffassung vertreten, zwischen dem Kläger und der V AG habe kein Arbeitsverhältnis bestanden. Der Kläger sei der V AG nicht zur Arbeitsleistung überlassen worden. Er sei vielmehr von der Fa. H zur Erfüllung werkvertraglicher Verpflichtungen gegenüber der V AG bei dieser eingesetzt worden. Im Übrigen habe der Kläger das Recht, sich auf ein Arbeitsverhältnis mit der V AG zu berufen, verwirkt.

5

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Klageantrag weiter. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

6

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. Die Klage kann mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung nicht abgewiesen werden. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts hat der Kläger das Recht, den Bestand eines in der Vergangenheit liegenden Arbeitsverhältnisses mit der V AG als Rechtsvorgängerin der Beklagten geltend zu machen, nicht verwirkt. Der Senat kann nicht abschließend beurteilen, ob das Landesarbeitsgericht die Klage im Ergebnis zu Recht abgewiesen hat. Hierzu bedarf es weiterer tatsächlicher Feststellungen durch das Landesarbeitsgericht.

7

I. Die Revision ist nicht deshalb unbegründet, weil die Klage unzulässig wäre. Entgegen der Auffassung der Beklagten hat der Kläger sein Klagerecht nicht verwirkt. Die Voraussetzungen der Prozessverwirkung sind nicht erfüllt. Das für die Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse ist gegeben.

8

1. Der Kläger hat sein Klagerecht nicht verwirkt.

9

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 - EzAÜG § 10 AÜG Fiktion

10



Nr. 114; 25. April 2006 - 3 AZR 372/05 - Rn. 20, AP BetrAVG § 16 Nr. 60 = EzA 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; BAG 6. November 1997 - 2 AZR 162/97 - aaO). 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). Die Verwirkung des Klagerechts kommt daher aus rechtsstaatlichen Gründen nur in besonderen Ausnahmefällen in Betracht. Dies ist bei den an das Zeit- und Umstandsmoment zu stellenden Anforderungen zu berücksichtigen (BAG 24. Mai 2006 - 7 AZR 365/05 - Rn. 20, EzAÜG § 10 AÜG Fiktion Nr. 114).

b) Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Der Beklagten ist die Einlassung auf das Klagebegehren nicht unzumutbar.

11

Der Kläger hat sich erstmals durch die Klageerhebung im vorliegenden Rechtsstreit und durch das der Klageerhebung vorangegangene Schreiben seines Prozessbevollmächtigten an die Beklagte vom 22. Dezember 2003, somit nahezu acht Jahre nach seinem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis mit der Fa. H und nach Beendigung seiner Tätigkeit für die V AG, auf das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses mit der V AG in der Zeit vom 19. Februar 1981 bis zum 31. März 1996 berufen. Zugunsten der Beklagten kann unterstellt werden, dass das für die Prozessverwirkung notwendige Zeitmoment erfüllt ist. Denn es fehlt an dem für die Prozessverwirkung erforderlichen Umstandsmoment. Die Beklagte hat keine besonderen Umstände dargelegt, auf Grund derer ihr eine materiell-rechtliche Auseinandersetzung mit dem Klagebegehren nicht zumutbar sein soll. Insoweit kommt allein in Betracht, dass der für die Klage maßgebliche Sachverhalt ca. 23 Jahre vor Klageerhebung begonnen und ca. acht Jahre vor Klageerhebung geendet hat und deshalb möglicherweise schwer aufklärbar sein könnte. Dies allein reicht zur Erfüllung des Umstandsmoments allerdings nicht aus. Die Beklagte hat erstinstanzlich vorgetragen, im Zeitpunkt des Ab-

12



schlusses der Verträge mit der Fa. H habe stets die Überzeugung bestanden, dass es sich um Werkverträge und nicht um Arbeitnehmerüberlassungsverträge gehandelt habe; vor dem Hintergrund der ab Mitte der 80er-Jahre erhobenen Klagen von Arbeitnehmern unter Berufung auf die Vorschriften des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes sei jedoch die Problematik der Leiharbeit auch bei der Beklagten (richtigerweise wohl: ihrer Rechtsvorgängerin V AG) bekannt geworden. In Anbetracht dessen war es - auch wenn die V AG selbst von derartigen Klagen nicht betroffen gewesen sein sollte -, wegen der von ihr als unsicher eingeschätzten Rechtslage geboten, zur Verteidigung gegen etwaige Ansprüche bei ihr eingesetzter Beschäftigter anderer Unternehmen vorhandene Unterlagen und Beweismittel sicherzustellen und aufzubewahren. Die Beklagte hat nicht behauptet, dass und ggf. weshalb dies nicht geschehen sei oder aus welchen sonstigen Gründen ihr eine Einlassung auf die Klage unzumutbar sein soll. 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 vergangenen Arbeitsverhältnisses durch den Kläger kann durch entsprechende Anforderungen an die Darlegungslast Rechnung getragen werden (*BAG 24. Mai 2006 - 7 AZR 365/05 - Rn. 23, zu III 1 b bb der Gründe*).

Aus den in § 4 KSchG, § 17 Satz 1 TzBfG normierten Klagefristen für die Erhebung von Kündigungsschutzklagen und Befristungskontrollklagen ergibt sich entgegen der in der Revisionserwiderung vertretenen Auffassung der Beklagten nichts anderes. Bei diesen Fristen handelt es sich nicht um prozessuale Fristen, deren Versäumung die Unzulässigkeit der Klage zur Folge hat, sondern um materiellrechtliche Ausschlussfristen, deren Nichteinhaltung zur Abweisung der Klage als unbegründet führt. § 4 KSchG und § 17 Satz 1 TzBfG regeln daher keine Tatbestände der Prozessverwirkung. Außerdem betreffen die in § 4 KSchG, § 17 Satz 1 KSchG normierten Klagefristen nur die Geltendmachung der Unwirksamkeit einer Kündigung oder Befristung, nicht jedoch Klagen, die unabhängig von einer Kündigung oder Befristung auf die Feststellung des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses in der Vergangenheit gerichtet sind. Hierfür sieht das Gesetz - ebenso wie für die Geltendmachung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher nach den Vorschriften des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes - eine Klagefrist nicht vor.

13



2. Das für die Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse ist gegeben. 14
- a) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann ein Arbeitnehmer das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zu einem Entleiher auf der Grundlage der Vorschriften des AÜG mit einer allgemeinen Feststellungsklage gemäß § 256 Abs. 1 ZPO geltend machen (*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*). 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*). 15
- 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 der V AG. 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 V AG ergeben. 16
- II. Die Revision ist begründet, da das Landesarbeitsgericht die Klage rechtsfehlerhaft mit der Begründung abgewiesen hat, der Kläger habe das Recht, sich auf den Bestand eines Arbeitsverhältnisses mit der V AG in der Zeit vom 19. Februar 1981 bis zum 31. März 1996 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 für die V AG mit dieser nach den Bestimmungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes ein Arbeitsverhältnis entstanden ist. Dies kann der Senat nicht abschließend beurteilen, da das 17



Landesarbeitsgericht bislang keine tatsächlichen Feststellungen dazu getroffen hat, ob der Kläger der V AG seitens der Fa. H iSv. § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG zur Arbeitsleistung überlassen wurde.

1. Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht angenommen, der Kläger habe das Recht, sich auf das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses mit der V AG zu berufen, materiell-rechtlich verwirkt. 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 24. Mai 2006 - 7 AZR 365/05 - Rn. 30, EzAÜG § 10 AÜG Fiktion Nr. 114; 17. Januar 2007 - 7 AZR 23/06 - Rn. 26, DB 2007, 1034). Denn die Voraussetzungen der Verwirkung liegen im Streitfall nicht vor.

18

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 die Erfüllung der geschuldeten Leistung 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; 24. Mai 2006 - 7 AZR 365/05 - Rn. 31, EzAÜG § 10 AÜG Fiktion Nr. 114).

19



- 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 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 (*BGH 19. Dezember 2000 - X ZR 150/98 - BGHZ 146, 217, zu II 3 der Gründe; BAG 17. Januar 2007 - 7 AZR 23/06 - Rn. 28, DB 2007, 1034*). 20
- b) Dieser eingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfung hält die Würdigung des Landesarbeitsgerichts nicht stand. 21
- aa) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, das für die Verwirkung erforderliche Zeitmoment sei erfüllt, da der Kläger die vorliegende Klage erst ca. 23 Jahre nach Beginn seiner Tätigkeit für die V AG und ca. acht Jahre nach deren Beendigung erhoben habe, obwohl ihm die anspruchsbegründenden Tatsachen während dieser Zeit bekannt gewesen seien. Ob er diese Tatsachen rechtlich zutreffend gewürdigt habe, sei unerheblich. Das Umstandsmoment sei ebenfalls erfüllt. Dies ergebe sich daraus, dass der Kläger nach Beendigung seines Arbeitsverhältnisses mit der Fa. H kein Arbeitsverhältnis mit der V AG reklamiert, sondern vorbehaltlos ein Anschlussarbeitsverhältnis bei den Stadtwerken O begründet habe. Bis zur Klageerhebung habe er gegenüber der Beklagten und ihrer Rechtsvorgängerin in keiner Weise zum Ausdruck gebracht, dass er stattdessen sie als Arbeitgeberinnen ansehe. Nachdem er auch in Kenntnis der im Jahr 1998 erhobenen Klage seines früheren Kollegen K, mit der dieser die Entstehung eines Arbeitsverhältnisses nach den Vorschriften des AÜG geltend gemacht habe, untätig geblieben sei, hätten sie und ihre Rechtsvorgängerin davon ausgehen dürfen, vom Kläger nicht mehr in Anspruch genommen zu werden. Hierauf hätten sie sich auch eingerichtet, da Rückstellungen für betriebliche Altersversorgungsleistungen zugunsten des Klägers nicht gebildet worden seien. 22
- bb) Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Das Landesarbeitsgericht hat bei seiner Würdigung wesentliche Umstände außer Acht gelassen, die eine andere Beurteilung gebieten. 23
- (1) 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, 24



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 17. Dezember 1991 - 3 AZR 44/91 - AP BetrAVG § 1 Zusatzversorgungskassen Nr. 32 = EzA BGB § 611 Fürsorgepflicht Nr. 57, zu 6 der Gründe; 15. September 1992 - 3 AZR 438/91 - AP BetrAVG § 1 Zusatzversorgungskassen Nr. 39, zu II 3 c der Gründe; 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*). Es entstünde daher ein Wertungswiderspruch, wenn der Arbeitnehmer mit der Erhebung einer auf Gewährung der betrieblichen Altersversorgung gerichteten Leistungsklage bis zur Fälligkeit der ersten sich aus dem Rentenstammrecht ergebenden Versorgungsleistung warten könnte, aber an einer zur Vorbereitung seines Anspruchs auf betriebliche Altersversorgung erhobenen Feststellungsklage wegen des Eingreifens der Verwirkung gehindert wäre.

(2) Diese Frage bedarf im Streitfall keiner Entscheidung. Zugunsten der Beklagten kann unterstellt werden, dass hinsichtlich der Feststellungsklage das Zeitmoment für die Verwirkung erfüllt ist. Denn es fehlt an dem auch für die materiell-rechtliche Verwirkung erforderlichen Umstandsmoment.

25

Allein die Tatsache, dass der Kläger seine Tätigkeit bei der V AG auf Grund der Kündigung seines Vertragsarbeitgebers H eingestellt und anschließend ein Arbeitsverhältnis mit den Stadtwerken O begründet hat, ohne sich gegenüber der V AG auf den Bestand eines Arbeitsverhältnisses mit dieser 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 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

26



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. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist es für die Beurteilung, ob das Recht des Klägers verwirkt ist, nicht unerheblich, ob der Kläger den gegenwärtigen und künftigen Fortbestand eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten oder nur die Feststellung eines in der Vergangenheit liegenden Arbeitsverhältnisses geltend macht. Das Klagebegehren beruht zwar in beiden Fällen auf den Vorschriften des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes. Für die Beurteilung, ob es dem Arbeitgeber zumutbar ist, ein Arbeitsverhältnis fortzusetzen und einen Arbeitnehmer weiterzubeschäftigen, sind jedoch andere Gesichtspunkte von Bedeutung als für die Frage, ob dem Arbeitgeber die Erfüllung von Ansprüchen aus einem vergangenen Arbeitsverhältnis zugemutet werden kann.

Zur Begründung des Umstandsmoments reicht es entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts auch nicht aus, dass dem Kläger die tatsächlichen Umstände, die zur Fiktion eines Arbeitsverhältnisses mit der V AG geführt haben konnten, bekannt waren und dass er nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts von dem im Jahr 1998 geführten Rechtsstreit seines früheren Kollegen K gegen die Beklagte Kenntnis hatte. Das Landesarbeitsgericht ist zwar zutreffend davon ausgegangen, dass der materiell-rechtliche 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 berechtigterweise davon ausgehen kann, dass der Gläubiger sein Recht oder seinen Anspruch kennt und er trotzdem über längere Zeit hinweg untätig bleibt. Ist dies der Fall, kann die Annahme des Schuldners gerechtfertigt sein, 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

27

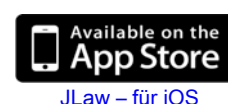


seinem Recht dieses geltend machen wird. So liegt der Fall hier. Die Beklagte und ihre Rechtsvorgängerin konnten bei verständiger Würdigung nicht davon ausgehen, dass der Kläger in Kenntnis der Entstehung eines Arbeitsverhältnisses mit der V AG nach den Vorschriften des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes untätig geblieben ist. Sie mussten vielmehr in Betracht ziehen, dass dem Kläger seine sich aus dem AÜG möglicherweise ergebenden Ansprüche unbekannt waren, während der Beklagten bzw. der V AG nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten die Problematik der Leiharbeit seit den 80er-Jahren bekannt war. Deshalb konnten die Beklagte und die V AG auch in Anbetracht der langjährigen Untätigkeit des Klägers nicht berechtigterweise darauf vertrauen, dass der Kläger nicht zu einem späteren Zeitpunkt die sich aus dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz ergebenden Rechte geltend machen würde.

Die Beklagte und ihre Rechtsvorgängerin konnten auch auf Grund der Untätigkeit des Klägers trotz seiner von der Beklagten behaupteten und vom Landesarbeitsgericht festgestellten Kenntnis von dem 1998 geführten Rechtsstreit seines früheren Kollegen K gegen die Beklagte oder ihre Rechtsvorgängerin, mit dem dieser die Entstehung eines Arbeitsverhältnisses mit der V AG nach den Bestimmungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes geltend gemacht hatte, nicht darauf vertrauen, dass der Kläger sich nicht zu einem späteren Zeitpunkt auf ein vergangenes Arbeitsverhältnis mit der V AG berufen würde. Für die materiell-rechtliche 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 werde. 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 der bislang untätige Gläubiger sein Recht auch noch zu einem späteren Zeitpunkt geltend macht. So verhält es sich im Streitfall. Für den Kläger bestand keine Veranlassung, sich gegenüber der Beklagten oder ihrer Rechtsvorgängerin zeitnah zu der Klage seines Kollegen K im Jahr 1998 auf den Bestand eines vergangenen Arbeitsverhältnisses mit der V AG zu berufen. Im Gegensatz zu seinem Kollegen K hatte er eine andere Arbeitsstelle bei den Stadtwerken O angetreten, was der Rechtsvorgängerin der Beklagten bekannt war, und er erstrebte nicht die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten oder ihrer Rechtsvor-

28

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



gängerin, sondern lediglich die Feststellung eines vergangenen Arbeitsverhältnisses, aus dem Ansprüche erst bei Eintritt des Versorgungsfalls und damit jedenfalls nicht zeitnah zum Jahr 1998 entstehen konnten.

Da die Beklagte somit keine besonderen Umstände dargelegt hat, auf Grund derer sie und ihre Rechtsvorgängerin berechtigterweise darauf vertrauen durften, dass der Kläger den Bestand eines Arbeitsverhältnisses kraft Gesetzes mit der V AG in der Zeit vom 19. Februar 1981 bis zum 31. März 1996 nicht mehr geltend machen werde, 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 aus dem vergangenen Arbeitsverhältnis unzumutbar wäre. Es spielt deshalb keine Rolle, dass die Beklagte und ihre Rechtsvorgängerin keine 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 24. Mai 2006 - 7 AZR 365/05 - Rn. 37, EzAÜG § 10 AÜG Fiktion Nr. 114; 17. Januar 2007 - 7 AZR 23/06 - Rn. 35, DB 2007, 1034*).

2. Der Senat kann nicht abschließend entscheiden, ob das Landesarbeitsgericht die auf Feststellung des Bestands eines Arbeitsverhältnisses mit der V AG in der Zeit vom 19. Februar 1981 bis zum 31. März 1996 gerichtete Klage im Ergebnis zu Recht abgewiesen hat. Das wäre der Fall, wenn zwischen dem Kläger und der V AG nach den Vorschriften des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes kein Arbeitsverhältnis entstanden ist. Hierzu bedarf es tatsächlicher Feststellungen dazu, ob die Fa. H den Kläger der V AG zur Arbeitsleistung überlassen hat.

a) Zwischen dem Kläger und der V AG könnte am 19. Februar 1981 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.

b) Die Fa. H besaß nach dem unbestrittenen Vorbringen des Klägers keine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung. Selbst wenn die Fa. H über eine Erlaubnis zur



Arbeitnehmerüberlassung verfügt hätte, könnte zwischen dem Kläger und der V AG nach § 1 Abs. 2, § 3 Abs. 1 Nr. 6, § 13 AÜG in der bis zum 31. März 1997 geltenden Fassung 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 Fa. H 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 V AG hängt daher davon ab, ob der Kläger der V AG seitens der Fa. H iSd. AÜG zur Arbeitsleistung überlassen wurde oder ob er zur Erfüllung werk- oder dienstvertraglicher Verpflichtungen seitens der Fa. H bei der V AG eingesetzt wurde. Dies kann der Senat nicht abschließend beurteilen. Dazu bedarf es weiterer tatsächlicher Feststellungen durch das Landesarbeitsgericht.

33

aa) 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 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 (BAG 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 (BAG 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

34



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 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) Der Senat kann mangels der dazu erforderlichen tatsächlichen Feststellungen nicht abschließend entscheiden, ob der Kläger der V AG zur Arbeitsleistung überlassen

35

36



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 V AG noch zu der tatsächlichen Vertragsdurchführung getroffen. Dies ist vom Landesarbeitsgericht nachzuholen.

Dörner

Gräfl

Koch

Busch

Zwisler



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

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