

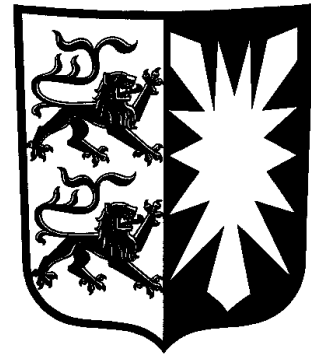
Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

**Aktenzeichen: 5 Sa 474/11**

2 Ca 3140/10 ArbG Lübeck  
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 19.07.2012

gez. ...  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



**Urteil**

**Im Namen des Volkes**

In dem Rechtsstreit

**pp.**

hat die 5. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 19.07.2012 durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzende und die ehrenamtlichen Richter ... und ... als Beisitzer

für Recht erkannt:

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Lübeck vom 03.11.2011 - Az.: 2 Ca 3140/10 - wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte.
3. Die Revision wird zugelassen.

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil kann durch Einreichung einer Revisionschrift bei dem Bundesarbeitsgericht in 99084 Erfurt, Hugo-Preuß-Platz 1, Telefax: (0361) 26 36 - 20 00 Revision eingelegt werden.

Die Revisionschrift muss

#### **binnen einer Notfrist von einem Monat**

beim Bundesarbeitsgericht eingegangen sein.

Der Revisionskläger muss die Revision begründen. Die Revisionsbegründung ist, sofern sie nicht bereits in der Revisionschrift enthalten ist, in einem Schriftsatz bei dem Bundesarbeitsgericht einzureichen. Die Frist für die Revisionsbegründung beträgt

#### **zwei Monate.**

Die Fristen für die Einlegung und die Begründung der Revision beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, **spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.**

Die Revisionschrift muss das Urteil bezeichnen, gegen das die Revision gerichtet wird, und die Erklärung enthalten, dass gegen dieses Urteil Revision eingelegt werde.

Der Revisionschrift soll eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des angefochtenen Urteils beigelegt werden.

Die Revision und die Revisionsbegründung müssen von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

(Rechtsmittelschriften, Rechtsmittelbegründungsschriften und wechselseitige Schriftsätze im Verfahren vor dem Bundesarbeitsgericht sind in siebenfacher - für jeden weiteren Beteiligten eine weitere - Ausfertigung einzureichen.)

Der Schriftform wird auch durch Einreichung eines elektronischen Dokuments genügt, wenn es für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet ist. Schriftsätze können dazu über eine gesicherte Verbindung in den elektronischen Gerichtsbriefkasten des Bundesarbeitsgerichts eingelegt werden. Die erforderliche Zugangs- und Übertragungssoftware kann lizenzkostenfrei über die Internetseite des Bundesarbeitsgerichts ([www.bundesarbeitsgericht.de](http://www.bundesarbeitsgericht.de)) heruntergeladen werden. Das Dokument ist mit einer qualifizierten Signatur nach dem Signaturgesetz zu versehen. Nähere Informationen finden sich auf der Internetseite des Bundesarbeitsgerichts (s.o.) sowie unter [www.egvp.de](http://www.egvp.de).

## Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob zwischen ihnen ein Arbeitsverhältnis seit dem 01.02.1994 besteht.

Der am ....1948 geborene Kläger war in der Zeit vom 01.04.1973 bis zum 31.03.1988 bei der Beklagten als Werbeberater und Gruppenleiter „Händlerwerbung“ angestellt. In der Zeit vom 01.02.1994 bis 31.12.1997 war der Kläger bei der M. S. GbR (künftig: M. S.), die als Werbeagentur für die Rechtsvorgängerin der Beklagten, die D. R. AG, tätig war, angestellt. In § 2 des zugrunde liegenden Arbeitsvertrages heißt es (Bl. 33 d. A.):

### **„§ 2 Tätigkeit**

Der Arbeitnehmer wird als Marketingberater für unseren Kunden D. R. AG, Gebietsdirektion B., eingestellt.

Aufgaben, Zuständigkeit und Verantwortung des Arbeitnehmers werden jeweils in einer Stellenbeschreibung festgelegt.

...“

Die „Stellenbeschreibung des Handelsmarketingberaters für die D. R. AG, Gebietsdirektion B.“ hat – soweit hier von Belang – folgenden Inhalt (Bl. 35 f. d. A., Anlage K 6):

### **„Stellung des Handelsberaters**

Der Berater ist auf der Grundlage des Beratungsvertrages zwischen der D. R. AG, Gebietsdirektion B. (Beklagte) und M. S. tätig.

Die konkreten Einsatzaufgaben erhält der Berater vom Verkaufsleiter der Gebietsdirektion in dessen Verantwortungsbereich der Berater eingesetzt ist. Der Verkaufsleiter ist für den Vertragszeitraum auch disziplinarischer Vorgesetzter des Beraters.

Für die fachliche Qualität der Arbeit zeichnet der Berater gegenüber dem Verkaufsleiter verantwortlich.

Der Berater wird während seiner Tätigkeit in der D. R. AG, Gebietsdirektion B., wie ein eigener Mitarbeiter gesehen. Er nutzt bei der Aufgabenerfüllung die Infrastruktur der Gebietsdirektion.

Aufgrund der Stellenbeschreibung ist der Berater ein Außendienstmitarbeiter.

Der Berater erhält von der Gebietsdirektion einen Dienstwagen zur Verfügung gestellt, der auch für private Zwecke genutzt werden kann. Die anfallenden Kosten für den Dienstwagen, wie Steuern, Versicherungen und Wartung, trägt die Gebietsdirektion. ...“

Entsprechend dieser Vereinbarung arbeitete der Kläger für die Beklagte als Marketingberater. Mit Wirkung zum 01.01.1998 wechselte der Kläger zur M. Gesellschaft für Kommunikation und Marketing mbH, die ebenfalls für die Beklagte als Werbeagentur tätig war. In dem mit der M. GmbH geschlossenen „Vertrag über freie Mitarbeit“ vom 26.11.1997 (Bl. 38 - 40 d. A.) ist aufgeführt, dass der Kläger als „Marketingberater für die „D. R. AG im Außendienst ... entsprechend der beigefügten Stellenbeschreibung“ tätig ist. In der anliegenden „Aufgabenbeschreibung des Marketingberaters für die D. R. AG“ ist u. a. Folgendes bestimmt (Bl. 41 f. d. A.):

#### **„Stellung des Marketingberaters (Kurzbezeichnung: MB)**

Der MB ist auf der Grundlage des Beratungsvertrages von M. für die D. R. AG, Abteilung Händlermarketing und den zugewiesenen R. Gebietsdirektionen tätig.

Die konkreten Einsatzaufgaben erhält der MB von der Gebietsdirektion, in dessen Verantwortungsbereich der MB eingesetzt ist, von der Abteilung Händlermarketing und von M., jeweils nach Abstimmung untereinander.

Die fachliche Qualität der Arbeit zeichnet der MB gegenüber der Gebietsdirektion verantwortlich.

Der MB wird während seiner Tätigkeit für die D. R. AG wie ein eigener Mitarbeiter gesehen und tritt gegenüber dem R.-Händlernetz ebenfalls als solcher auf. Er nutzt bei der Aufgabenerfüllung die Informations- und Infrastruktur der jeweiligen Gebietsdirektionen.

Aufgrund der Aufgabenbeschreibung ist der MB ein freier Außendienstberater.

Der MB erhält für die Zeit seiner Tätigkeit einen R. Dienstwagen zur Verfügung gestellt, der auch für private Zwecke genutzt werden kann. Die anfallenden Kosten für den Dienstwagen, soweit diese nicht bereits abgedeckt sind, werden über die Spesenabrechnung abgerechnet. Anfallende Kosten für Spesen, Übernachtungen, Telefon, Büromaterial etc. werden ebenfalls über die wöchentlich zu erstellende Spesenabrechnung eingereicht. Hierfür liegen die gültigen Reisekostenbestimmungen der D. R. AG zugrunde.

...

#### **Aufgaben des Marketingberaters**

Der MB ist im weitesten Sinne der verlängerte Arm der Abteilung Händlermarketing und der Agentur M. zu den R. Gebietsdirektionen, dem Verkaufsaußendienst und dem Händlernetz.

...

Der MB hat für seine Einsatz- und Aufgabenplanung einen aktuellen Wochenplan zu erstellen, der in Kopie an Abtlg. Händlermarketing, die Gebietsdirektionen und M. rechtzeitig gesandt wird. Aus diesem Plan muß auch die Erreichbarkeit per Telefon/Fax hervorgehen. Über seine Tätigkeit hat der MB monatlich einen Bericht zu verfassen, aus dem die Aufgabenstellung, die erbrachte Leistung, nächste Schritte und ein Timing hervorgeht. Gleichzeitig sind allgemeine Beobachtungen im Markt und Wettbewerb zu berichten, sowie wesentliche andere Informationen oder Hinweise, die im Rahmen der Aufgabenstellung relevant sind/sein könnten.

Monatlich ist ein Abstimmungsmeeting mit der Abtlg. Händlermarketing und M. einzuplanen. Die Teilnahme an den Besprechungen der Gebietsdirektionen und RM's ist ebenso zwingend notwendig.

...“

Am 03.02.1999 unterzeichnete der Kläger einen Vertrag mit der P. D. Marketing GmbH, der am 01.04.1999 in Kraft trat (Bl. 6 - 9 d. A.). Hierin ist u. a. folgende Regelung enthalten:

**„1. Stellung**

Der Mitarbeiter tritt als Marketingberater im Außendienst für den Kunden D. R. AG, B., in die Firma ein. Der Mitarbeiter ist in den Arbeitsprozess des Kunden eingebunden, die Tätigkeit ist eine reine Außendiensttätigkeit und wird vom Wohnort-Domizil des Mitarbeiters ausgeübt.“

In der Zusatzvereinbarung vom 22.02.1999 zum Vertrag vom 03.02.1999 ist u. a. Folgendes geregelt (Bl. 10 d. A.):

„Dem Mitarbeiter ist bewusst, dass der Anstellungsvertrag nur aufgrund des zwischen D. R. AG und der Firma bestehenden Agenturvertrages zustande gekommen ist und somit an dieses Vertragsverhältnis gekoppelt ist....“

Am 13.01.2003 vereinbarte der Kläger mit der P. D. Marketing GmbH sowie der P. D. GmbH Folgendes (Bl. 11 d. A.):

- „1. Hiermit vereinbaren die Parteien, dass der zwischen P. D. Marketing GmbH und dem Mitarbeiter bestehende Anstellungsvertrag mit dem Ablauf des 31.12.2002 endet.
2. Gleichzeitig vereinbaren die Parteien, dass ab dem 01.01.2003 P. D. GmbH ... in den bestehenden Vertrag eintritt.

...“

Bei allen Vertragspartnern der vorgenannten geschlossenen Verträge handelt es sich um Werbeagenturen der Beklagten.

Mit Schreiben vom 11.11.1997 teilte die Beklagte dem Kläger auf dessen Nachfrage u. a. mit, dass er (mit dem 65. Lebensjahr) ab 01.12.2013 Anspruch auf eine monatliche Betriebsrente in Höhe von 319,45 EUR habe (Bl. 5 d. A.).

Am 23.12.2010 hat der Kläger vor dem Arbeitsgericht Klage erhoben.

Der Kläger hat behauptet,

dass keine der Werbeagenturen, mit denen er Verträge bezüglich seines seit dem 01.02.1994 erfolgten Einsatzes als Marketingberater bei der Beklagten abgeschlossen habe, über eine Erlaubnis gemäß § 1 Abs. 1 AÜG verfügt habe. Infolgedessen bestehe zwischen den Parteien ein gesetzlich fingiertes Arbeitsverhältnis seit dem 01.02.1994. Dies habe zur Folge, dass zu seinen Gunsten bei der Berechnung der betrieblichen Altersversorgung zusätzlich 20 Beschäftigungsjahre (01.02.1994 bis 04.01.2012) zugrunde zu legen seien. Hierdurch erhöhe sich die von der Beklagten errechnete monatliche Betriebsrente um ca. € 426,00. Er sei während der gesamten Beschäftigungsdauer in die Arbeits- und Vertriebsorganisation der Beklagten voll eingebunden gewesen sei. Er erhalte Vorgaben und Weisungen der Beklagten und führe diese aus. Er habe der Abteilung „Händlermarketing“ der Beklagten Bericht zu erstatten und dort auch seine Einsatz- und Aufgabenplanung einzureichen. Er sei verpflichtet, an Besprechungen bei der Beklagten teilzunehmen und deren Weisungen unterworfen. Er sei in den Jahren 1994 bis 1999 der Gebietsdirektion B. als Mitarbeiter zugeordnet gewesen. Sein disziplinarischer Vorgesetzter sei der Gebietsdirektor Herr M. und sein fachlicher Vorgesetzter, der Leiter Verkauf, Herr M., gewesen. Inhaltliche Vorgaben habe er darüber hinaus von den Werbeleitern der Direktion Marketing aus B., den Herren E. und S. erhalten. Urlaubsanträge habe er bei dem Gebietsdirektor M. einzureichen gehabt. Diesem gegenüber habe er auch seine Arbeitsunfähigkeit anzeigen müssen. An den Bedingungen habe sich seither nichts geändert. Jedwede Weisungen habe er aus der Organisation der Beklagten von den jeweiligen Vertriebsdirektoren, denen er zugeordnet war, und auch von dem Leiter Handelsmarketing aus der Direktion Marketing der Beklagten in B., derzeit Herrn T., erhalten. Als disziplinarischer Vorgesetzter habe der Leiter der Vertriebsdirektion H. der Beklagten, derzeit sei dies Herr F. v. E., fungiert. Einwendungen hätten bei die-

sem zu erfolgen und seien zur Kenntnis an Herrn T., nachrichtlich an die Personalabteilung der P.-Gruppe in Frankfurt, gegangen. Er, der Kläger, besuche am Tag bis zu drei Händler der Beklagten und vermittele diesen die von der Beklagten in sog. Trimestern und auch monatlich vorgegebenen Themen. Die Trimestervorgaben erhalte er jeweils alle vier Monate auf Vertriebstagungen der Beklagten. Zwischenzeitliche Weisungen zu zusätzlichen Inhalten erhalte er vom Zeugen T.. Er erteile der Beklagten wöchentlich seinen Arbeitsnachweis zusammen mit der Reisekostenabrechnung. Dabei habe er die besuchten Händler anzugeben und einen Kurzbericht über die Gesprächsinhalte zu erstellen. Dieser Bericht werde an den Zeugen T. weitergeleitet. Die Beklagte habe ihm auch durchgehend einen Dienstwagen zur Verfügung gestellt. Er sei während der gesamten Beschäftigungszeit wie ein eigener Mitarbeiter behandelt worden. Entgegen der Auffassung der Beklagten sei sein Klaganspruch auch nicht verwirkt.

Der Kläger hat zuletzt beantragt

festzustellen, dass zwischen den Parteien seit dem 01.02.1994 ein Arbeitsverhältnis besteht.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat bestritten,

dass die mit dem Kläger vertragschließenden Werbeagenturen nicht über eine AÜG-Erlaubnis verfügten. Ungeachtet dessen, lägen die Voraussetzungen für ein gesetzlich fingiertes Arbeitsverhältnis gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG nicht vor. Der Kläger sei während des streitgegenständlichen Zeitraums nicht in ihre Arbeits- und Vertriebsorganisation eingebunden gewesen. Auch bestreite sie, dass der Kläger in den Jahren 1994 bis 1999 der Gebietsdirektion B. als Mitarbeiter zugeordnet gewesen sei. Die Mitarbeiter M., M., E. und S. seien nicht mehr bei ihr beschäftigt. Sie habe auch keinen Kontakt zu diesen Personen und würde über keinerlei Personalakten des Klägers mehr verfügen. Die aktuell bei der Beklagten beschäftigten Mitarbeiter hätten darüber hinaus keine Erkenntnisse, wie die angebliche Tätigkeit des Klägers bei ihren Rechtsvorgängerinnen und im Übrigen in der Vergangenheit ausgestaltet gewesen sei. Die Beklagte hat den Einwand prozess-rechtlicher und materiell-

rechtlicher Verwirkung erhoben. Ein 16jähriges Untätigbleiben erfülle zweifelsfrei das erforderliche Zeitmoment. Auch sei das Umstandsmoment erfüllt. Sie habe darauf vertrauen können, dass eine andere, als die vertraglich festgelegte Betriebszugehörigkeit seitens des Klägers nicht mehr geltend gemacht werde. Der Kläger habe per Telefax vom 06.11.1997 ihr gegenüber eine neue Berechnung der „RZV“ erbeten. Das daraufhin für den Kläger angefertigte Schreiben habe ausdrücklich vorgesehen, dass der Kläger zum 31.03.1988 ausgetreten sei. Schon der Umstand, dass der Kläger sich hierauf nicht an ihre Rechtsvorgängerin gewandt habe, um geltend zu machen, es müssten weitere Beschäftigungszeiten berücksichtigt werden, erfülle das Umstandsmoment. Dem Kläger sei darüber hinaus verwehrt, sich nunmehr auf eine unzulässige Arbeitnehmerüberlassung zu berufen, da er mehrfach wiederholt Verträge mit Werbeagenturen abgeschlossen habe und diese Verträge jeweils ein Vertragsverhältnis und sogar ausdrücklich ein freies Mitarbeiterverhältnis zwischen dem Kläger und der jeweiligen Werbeagentur vorsahen. Selbst wenn man im Übrigen den Vortrag des Klägers als richtig unterstellen würde, habe die Beklagte darauf vertrauen können, dass sich der Kläger angesichts dieser wiederholten und vorbehaltlos erfolgten Vertragsabschlüsse nicht Jahre später auf ein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten berufen würde. Auch müsse davon ausgegangen werden, dass der Kläger mit den jeweiligen Werbeagenturen sowie beim Ausscheiden im Jahr 1988 mit der Beklagten Aufhebungsverträge geschlossen habe. Danach würde jedenfalls eine Prozessverwirkung vorliegen.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstands in erster Instanz wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils einschließlich der Inbezugnahmen verwiesen, § 69 Abs. 2 ArbGG.

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht fest, dass die Fa. M. S. im Zeitraum vom 01.02.1994 bis zum 31.12.1997 nicht über eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung verfügte (Bl. 195 d. A.).

Das Arbeitsgericht hat der Klage mit Urteil vom 03.11.2011 stattgegeben. Die Feststellungsklage sei zulässig, insbesondere liege keine Prozessverwirkung vor. Die Klage sei auch begründet. Zwischen der Rechtsvorgängerin der Beklagten und dem



Kläger sei wegen nicht genehmigter Arbeitnehmerüberlassung oder Überschreitung der zulässigen Höchstdauer der Überlassung ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen. Der Kläger sei seit dem 01.02.1994 dauerhaft in die betriebliche Organisation der Beklagten eingegliedert. Er arbeite ausschließlich für die Beklagte, erhalte seit dem 01.02.1994 alle fachlichen und disziplinarischen Weisungen ausschließlich von der Beklagten. Der Kläger habe Urlaubsanträge und Anzeigen der Arbeitsunfähigkeit an den Gebietsdirektor richten müssen. Von Anbeginn habe die Beklagte dem Kläger einen Dienstwagen gestellt. Zudem sei in dem Vertrag mit M. S. ausdrücklich geregelt, dass der Kläger wie ein Arbeitnehmer der Beklagten gesehen werde. Die Beklagte habe das detaillierte Vorbringen des Klägers lediglich pauschal und damit unbeachtlich bestritten. Sie habe nicht einmal ansatzweise dargelegt, wie überhaupt der Einsatz des Klägers erfolgt sei. Die Überlassung habe unstreitig auf einer Absprache zwischen der Beklagten und der M. S. beruht. Der Kläger sei mithin mit Beginn des Vertrages am 01.02.1994 der Beklagten zur Arbeitsleistung überlassen worden, so dass kraft Gesetzes zu diesem Zeitpunkt ein Arbeitsverhältnis zwischen der Beklagten und dem Kläger zustande gekommen sei. Dieses Arbeitsverhältnis sei bis heute auch nicht beendet worden. Der Kläger habe das Recht, sich auf die Entstehung eines Arbeitsverhältnisses mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten am 01.02.1994 zu berufen, nicht materiell-rechtlich verwirkt. Es fehle bereits am Zeitpunkt. Das für die Verwirkung erforderliche Zeitmoment beginne im Falle der Geltendmachung von Ansprüchen auf betriebliche Altersversorgung, die das Rentenstammrecht betreffen, nicht vor der Fälligkeit der sich aus dem Rentenstammrecht ergebenden Leistungen. Es entstände 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 erhobene Feststellungsklage wegen des Eingreifens der Verwirkung gehindert wäre.

Gegen dieses ihr am 06.03.2011 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 13.12.2011 beim Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein Berufung eingelegt und diese am 03.02.2012 begründet.

Die Beklagte trägt vor, entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts liege sowohl eine materiell-rechtliche Verwirkung als auch eine Prozessverwirkung vor. Das Arbeitsgericht habe die Wechselwirkung zwischen Zeit- und Umstandsmoment verkannt und nicht gewürdigt, dass aufgrund der Betriebsrentenauskunft ihrer Rechtsvorgängerin vom 11.11.1997 davon auszugehen gewesen sei, dass der Kläger zeitnah im Anschluss an diese Auskunft sich auf eine längere Betriebszugehörigkeit und ein Fortbestehen seines früheren Vertragsverhältnisses berufen hätte. Stattdessen habe der Kläger erstmals 14 Jahre später vermeintliche Ansprüche angemeldet. Aufgrund des Zeitmoments seien auch die Anforderungen an das Umstandsmoment verringert. Zudem habe sie, die Beklagte, sich auch darauf eingerichtet, dass der Kläger Ansprüche nicht mehr geltend machen werde. Der Kläger habe nicht erst im Herbst 2010, sondern bereits zuvor mehrfach seinen Vertragsarbeitgeber gewechselt, ohne dass er sich an sie oder ihre Rechtsvorgängerinnen gewandt habe. Tatsächlich habe sie sich auch darauf eingerichtet, dass der Kläger ihr gegenüber keine Ansprüche stellen werde. Sie verfüge über keinerlei Personalunterlagen betreffend den Kläger, mit Ausnahme seiner „Rentenakte“ bis 1988. Sie habe auch keine Rückstellungen für Pensionsleistungen vom 01.10.1973 bis 31.02.1998 gebildet. Erstmals nach Klagerhebung habe sie zusätzliche Rückstellungen für Pensionsverpflichtungen ab 01.02.1994 gebildet. Die fehlende Bildung von Rückstellungen belege das Umstandsmoment. Zudem liege auch der Fall der Prozessverwirkung vor. Der Kläger habe seine ursprüngliche Feststellungsklage nicht nur im Hinblick auf Betriebsrentenansprüche auf den allgemeinen Feststellungsantrag umgestellt, sondern habe zudem eine Lohnklage vor dem Arbeitsgericht Lübeck (4 Ca 3343/11) erhoben. Auch nicht nur ungeachtet dessen bestehe zwischen den Parteien aber auch kein Arbeitsverhältnis seit dem 01.02.1994. Das Arbeitsgericht habe rechtsfehlerhaft das AÜG in der bis zum 31.07.1994 geltenden Fassung angewandt. Das Arbeitsgericht sei nicht berechtigt gewesen, die vom Gesetzgeber ausdrücklich aufgehobenen und „gestrichenen“ Gesetze (Art. 1 § 13 i. V. m. § 1 Abs. 2, § 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG a. F.) anzuwenden. Art. 1 § 13 AÜG a. F. sei mit Wirkung ab dem 01.04.1997 ersatzlos gestrichen worden, sodass in den Fällen der nach § 1 Abs. 2, § 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG a. F. vermuteten Arbeitsvermittlung zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Entleiher kein Arbeitsverhältnis mehr entstehe. Es fehle insoweit an einer gesetzlichen Grundlage. Den letzten Arbeitsvertrag

mit dem Vertragsarbeitgeber habe der Kläger erst lange nach der ersatzlosen Streichung des Art. 1 § 13 AÜG a. F. abgeschlossen. Weder mit ihrer Rechtsvorgängerin noch mit ihr sei ein fingiertes Arbeitsverhältnis begründet worden. Es sei auch verfehlt, wenn das Arbeitsgericht zur Begründung einer angeblichen Arbeitnehmerüberlassung allein auf einen Vertrag mit der M. S. abstelle. Insbesondere habe das Arbeitsgericht nicht berücksichtigt, dass der Kläger mit Wirkung ab dem 01.01.1998 einen Vertrag über freie Mitarbeit abgeschlossen habe. Von einer Arbeitnehmerüberlassung könne schon deshalb nicht ausgegangen werden. Die Beklagte bestreitet weiterhin, dass die nachfolgenden Vertragspartner des Klägers nicht über eine Genehmigung zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung verfügten. Zudem hätten vertretungsberechtigte Personen ihrer Gesellschaft und ihrer Rechtsvorgängerin keine Kenntnis davon gehabt, dass eine von der schriftlichen Absprache abweichende Vertragspraxis dahingehend bestanden habe, es würden illegale Arbeitnehmer überlassen. Das Arbeitsgericht habe zudem unberücksichtigt gelassen, dass der letzte „Verleiher“, die von P. umfirmierte Fa. PW. GmbH seit dem 18.02.2011 über eine Arbeitnehmerüberlassung verfügte.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Lübeck vom 03.11.2011, Az. 2 Ca 3140/10, abzuändern und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Kläger verteidigt

das angefochtene Urteil. Insbesondere sei der Anspruch auf Feststellung nicht verwirkt. Die Auskunft zu den Versorgungsansprüchen aus dem Jahr 1997 trage keinen rechtsgeschäftlichen Erklärungswert bezogen auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses. Nach den AÜG-Vorschriften sei 1994 auch ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien entstanden. Er habe ausführlich dazu vorgetragen, dass bei der Beklagten und ihrer Rechtsvorgängerin langjährige personelle Kontinuität bestanden habe und bestehe. So sei der Zeuge R. seit mehr als zehn Jahren bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin beschäftigt. Auch die benannten Zeugen S. und P. seien nach wie vor – auch schon im Jahre 1994 - für die Beklagte tätig. Zudem zahle die

Beklagte den ausgeschiedenen Mitarbeitern einschließlich denjenigen ihrer Rechtsvorgängerin Ruhegehälter, sodass eine entsprechende Kontaktaufnahme selbstverständlich möglich sei. Auch durch die seitens der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin veranlasste Heranziehung anderer Werbeagenturen sei das entstandene Arbeitsverhältnis nicht beendet worden.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien im Berufungsverfahren wird auf den mündlich vorgetragene Inhalt der zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie den Inhalt des Sitzungsprotokolls vom 19.07.2012 verwiesen.

### **Entscheidungsgründe**

Die an sich statthafte und form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist zulässig.

In der Sache selbst ist die Berufung unbegründet.

Das Arbeitsgericht hat der Feststellungsklage zu Recht stattgegeben.

Die auf den Bestand eines Arbeitsverhältnisses gerichtete Feststellungsklage ist zulässig (A.) und begründet (B.).

**A.** Die auf den Bestand eines zwischen den Parteien seit dem 01.02.1994 begründeten Arbeitsverhältnisses gerichtete Feststellungsklage ist zulässig.

1. Insbesondere ist das gemäß § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse gegeben. Nach § 256 Abs. 1 ZPO muss eine Feststellungsklage grundsätzlich den gegenwärtigen Bestand eines Rechtsverhältnisses betreffen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann ein Arbeitnehmer das Bestehen und den Beginn eines Arbeitsverhältnisses bei einem Entleiher mit einer allgemeinen Feststellungsklage verfolgen (BAG, Urt. v. 24.05.2006 – 7 AZR 365/05 -, zit. n. Juris;

BAG, Urt. v. 28.06.2000 – 7 AZR 100/99 -, AP Nr. 3 zu § 13 AÜG). Hiergegen erhebt die Beklagte auch keine Einwände.

**2.** Entgegen der Auffassung der Beklagte hat der Kläger sein Klagerecht auch nicht verwirkt. Die Voraussetzungen einer Prozessverwirkung sind vorliegend nicht erfüllt.

**a)** Das Klagebegehren ist verwirkt, wenn der Kläger 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 schlechterdings nicht mehr zumutbar ist (sog. Umstandsmoment, BAG, Urt. v. 24.05.2004 – 7 AZR 365/05 -, zit. n. Juris). Grundsätzlich sind an die Prozessverwirkung wegen des Rechtswegausschlusses strenge Voraussetzungen zu stellen. Sie kommt aus rechtsstaatlichen Gründen nur in besonderen Ausnahmefällen in Betracht (BAG, Urt. v. 10.10.2007 – 7 AZR 487/06 -, AP Nr. 20 zu § 10 AÜG). Es müssen zur Untätigkeit des Klägers besondere Umstände hinzutreten, die unzweifelhaft darauf hindeuten, er werde trotz der ihm eröffneten Möglichkeit einer ggf. späten Verfahrensaufnahme auf Dauer von der Durchführung des Rechtsstreits absehen (BAG, Urt. v. 25.11.2010 – 2 AZR 323/09 -, AP Nr. 72 zu § 4 KSchG 1969).

**b)** Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Gerade der Umstand, dass der Kläger seit Februar 1994 ununterbrochen und nach wie vor als Marketingberater wie oder zumindest ähnlich wie ein eigener angestellter Arbeitnehmer beschäftigt wird, konnte keinen Vertrauenstatbestand bei der Beklagten begründen, der Kläger würde sich nicht mehr klageweise darauf berufen, dass zwischen den Parteien ein gesetzlich fingiertes Arbeitsverhältnis besteht. Dies gilt auch deshalb, weil der Kläger unwidersprochen im Berufungstermin vorgetragen hat, dass er die Verträge mit den wechselnden Werbeagenturen immer nur auf Veranlassung der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin abgeschlossen hat und diese Verträge auch ausdrücklich und ausschließlich für einen Einsatz bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin abgeschlossen wurden. So hat die im Bereich der gewerblichen Arbeitnehmerüber-

lassung tätige Werbeagentur P. GmbH dem Kläger ausdrücklich in Abstimmung mit den Mitarbeitern der Beklagten R. und T.I noch im Herbst des Jahres 2010 ein Vertragsangebot zum Wechsel von der Fa. P. zur Fa. P. unterbreitet (Anlage K 11). Die Beklagte selbst wollte nicht nur irgendeinen Mitarbeiter einer Werbeagentur beauftragen, sondern ausschließlich den Kläger als Marketingberater haben, ihn aber nicht selbst einstellen. Deshalb hat die Beklagte den Kontakt zwischen den jeweiligen Agenturen und dem Kläger hergestellt. Das vermeintliche Vertrauen der Beklagten, der Kläger werde sich nicht mehr auf ein mit ihr bestehendes Arbeitsverhältnis berufen, war angesichts dessen nicht schutzwürdig, sodass die Klagerhebung auch nicht als treuwidrig i. S. v. § 242 BGB angesehen werden kann.

**B. Die Feststellungsklage ist auch begründet.**

Zwischen dem Kläger und der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin besteht seit dem 01.02.1994 ein kraft gesetzlicher Fiktion zustande gekommenes Arbeitsverhältnis (I.). Das 1994 entstandene Arbeitsverhältnis ist in der Folgezeit nicht aufgelöst worden (II.). Dem Kläger ist es nicht verwehrt, sich auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses heute noch zu berufen (III.).

**I.** Zwischen dem Kläger und der Rechtsvorgängerin der Beklagten ist gemäß Art. 1 § 10 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 9 Nr. 1 AÜG a. F. mit Wirkung ab dem 01.02.1994 ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen. Der Kläger war der Rechtsvorgängerin der Beklagten von der Werbeagentur M. S. auf der Grundlage eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrages zur Arbeitsleistung überlassen worden.

**1.** Die Rechtswirksamkeit des Zustandekommens eines Vertrages bemisst sich nach den im Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Rechtsvorschriften (BAG, Urt. v. 15.01.2003 – 7 AZR 535/02 -, AP Nr. 1 zu § 14 TzBfG; BAG, Urt. v. 26.07.2000 – 7 AZR 43/99 -, AP Nr. 26 zu § 1 BeschFG). Insoweit ist es nicht zu beanstanden, dass das Arbeitsgericht bei der Prüfung, ob zwischen den Parteien im Februar 1994 ein gesetzlich fingiertes Arbeitsverhältnis zustande gekommen ist, auf die im Februar 1994 geltenden AÜG-Vorschriften abgestellt hat. Ungeachtet dessen kommt es vorliegend für die Beurteilung eines fingierten Arbeitsverhältnisses auf die

Überschreitung der Überlassungsdauer gemäß Art. 1 § 13 i. V. m. § 1 Abs. 2, § 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG a. F. gar nicht an, da die Fiktion der Begründung eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Kläger und der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin bereits nach Art. 1 § 10 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 9 Nr. 1 AÜG a. F. greift.

An dieser Stelle sei gleichwohl noch angemerkt, dass die Beklagte verkennt, dass das Außer-Kraft-Treten des § 13 AÜG a. F. zum 31.03.1997 auf bereits zuvor entstandene Arbeitsverhältnisse zwischen dem Entleiher (Rechtsvorgängerin der Beklagten) und dem Leiharbeitnehmer (Kläger) keinen Einfluss hat (BAG, Urt. v. 19.03.2003 – 7 AZR 267/02 -, AP Nr. 4 zu § 13 AÜG). Selbst wenn die Fa. M. S. über eine AÜG-Erlaubnis verfügt hätte, hätte es sich wegen Überschreitung der zulässigen sechsmonatigen Überlassungsdauer bereits am 01.08.1994 um eine unerlaubte Arbeitsvermittlung i. S. d. Art. 1 §§ 1 Abs. 2, 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG a. F. gehandelt mit der Rechtsfolge, dass neben dem Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher (M. S.) ein Arbeitsverhältnis mit dem Beschäftigungsunternehmen (Beklagte bzw. deren Rechtsvorgängerin) begründet wurde (BAG, Urt. v. 19.03.2003 – 7 AZR 267/02 -, AP Nr. 4 zu § 13 AÜG).

Hierauf kommt es vorliegend indessen gar nicht an, da die Fa. M. S. nach dem mit der Berufung nicht angegriffenen Ergebnis der Beweisaufnahme nicht über eine Genehmigung zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung verfügte.

2. Eine Überlassung zur Arbeitsleistung i. S. d. Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 AÜG a. F. liegt vor, wenn einem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt werden, die in dessen Betrieb eingegliedert sind und ihre Arbeit allein nach Weisungen des Entleihers und in dessen Interesse ausführen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist aber 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, Urt. v. 13.08.2008 – 7 AZR 269/07 -, zit. n. Juris; BAG, Urt. v. 19.03.2003 - 7 AZR 267/02 -,

AP Nr. 4 zu § 13 AÜG). Notwendiger Inhalt eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags ist die Verpflichtung des Verleihers gegenüber dem Entleiher, diesem zur Förderung von dessen Betriebszwecken Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen (BAG, Urt. v. 03.12.1997 - 7 AZR 764/96 -, AP Nr. 24 zu § 1 AÜG). Die Vertragspflicht des Verleihers gegenüber dem Entleiher endet, wenn er den Arbeitnehmer ausgewählt und ihn dem Entleiher zur Verfügung gestellt hat (BAG, Urt. v. 22.06.1994 - 7 AZR 286/93 -, AP Nr. 16 zu § 1 AÜG). 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 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz nicht erfasst (BAG, Urt. v. 10.10.2007 - 7 AZR 487/06 -, zit. n. Juris).

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, Urt. v. 10.10.2007 - 7 AZR 487/06 -, a. a. O.).

**3.** Hieran gemessen ist der Kläger seit dem 01.02.1994 von seinem seinerzeitigen Vertragsarbeitgeber, der Fa. M. S., der Rechtsvorgängerin der Beklagten, aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung zur Arbeitsleistung überlassen worden.

**a)** Der insoweit darlegungspflichtige Kläger hat in sich schlüssig und detailreich vorgetragen, dass er seit dem 01.02.1994 entsprechend den mit der Fa. M. S. vereinbarten und im Prozess vorgelegten vertraglichen Bedingungen in die betriebliche Organisation der Beklagten auch tatsächlich eingegliedert war. Insoweit kann zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen auf die zutreffenden Ausführungen des Arbeitsgerichts auf Seite 13 des angefochtenen Urteils Bezug genommen werden. Der Kläger ist seiner Darlegungspflicht in ausreichendem Maße nachgekommen. Er hat nicht nur pauschal behauptet, dass er von der Fa. M. S. im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung der Beklagten gestellt worden sei, sondern hat konkrete Umstände (gegenüber der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin bestehende Weisungsgebundenheit, Berichtspflichten, Urlaubsantragspflicht, AU-Anzeigepflicht, Gestellung eines Dienstfahrzeugs von der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin etc.) benannt, aus denen sich ergibt, dass er von seinem Vertragsarbeitgeber der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin zur Arbeitsleistung überlassen worden ist. Die von dem Kläger vorgetragene Umstände decken sich zudem mit den Regelungen aus seinem Arbeitsvertrag und der beigefügten Stellenbeschreibung mit der Fa. M. S..

**b)** Hieran gemessen hätte die Beklagte sich ebenso konkret zu den behaupteten Tatsachen äußern müssen, § 138 Abs. 2 ZPO. Ein einfaches Bestreiten reichte angesichts des substantiierten Vortrags des Klägers nicht aus. Vielmehr hätte die Beklagte ihrerseits substantiiert darlegen müssen, wie der Arbeitseinsatz des Klägers erfolgte. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf den vom Kläger vorgelegten Arbeitsvertrag mit der Fa. M. S. sowie der beigefügten „Stellenbeschreibung“, die eindeutig regelt, dass der Kläger seine konkreten Einsatzaufgaben vom Verkaufsleiter der Gebietsdirektion erhält, der zugleich disziplinarischer Vorgesetzter des Klägers ist. Unter Nennung der Namen seiner Vorgesetzten hat der Kläger dargelegt, dass er entspre-

chend dieser Vereinbarungen auch vollständig in die Betriebsorganisation der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin integriert gewesen sei.

Demgegenüber hat die Beklagte gerade nicht substantiiert bestritten, dass der Kläger zum damaligen Zeitpunkt (Februar 1994) entgegen den vom Kläger vorgelegten vertraglichen Bestimmungen mit der Fa. M. S. gerade keine Weisungen von den Betriebsleitern ihrer Rechtsvorgängerin erhalten habe. Sie hat lediglich pauschal mit Nichtwissen bestritten, dass der Einsatz des Klägers entsprechend den Vorgaben in der Stellenbeschreibung (Anlage K 6) erfolgte. Das allein genügt aber nicht, um die substantiell vorgetragenen, mit Vorlage von Verträgen und Zeugnisangeboten unterlegten Darlegungen des Klägers über die tatsächlich erfolgte Arbeitnehmerüberlassung zu erschüttern. Nach § 138 Abs. 4 ZPO ist eine Erklärung mit Nichtwissen nur über Tatsachen zulässig, die weder eigene Handlungen der Partei betreffen noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung sind. § 138 Abs. 4 ZPO ist eine Ausnahmenvorschrift, die eng auszulegen ist, weil sie mit der Prozessförderpflicht aus § 138 Abs. 2 ZPO und § 282 ZPO in Konflikt geraten kann (vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 70. Aufl., Rn. 39 und 56 zu § 138 ZPO). Eigene Handlungen oder Wahrnehmungen können nach § 138 Abs. 4 ZPO überhaupt nicht mit Nichtwissen bestritten werden. Hat die Partei keine aktuelle Kenntnis, muss sie sich, etwa durch Einsichtnahme in Aufzeichnungen und Befragung von Kenntnisträgern, kundig machen (Zöller/Greger, ZPO, 29. Aufl., Rn. 14 zu § 138 ZPO). Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich bei der Partei um eine juristische Person handelt. Die Beklagte hat sich zur Begründung ihres Bestreitens mit Nichtwissen einzig und allein darauf berufen, dass sie, die R. D. AG, zum damaligen Zeitpunkt noch gar nicht existierte und lediglich Rechtsnachfolgerin der D. R. AG geworden sei. Zwar wird nicht verkannt, dass die Kenntnis eines Rechtsvorgängers das Bestreiten mit Nichtwissen nicht grundsätzlich ausschließt. Indessen hat die Beklagte – soweit ersichtlich - keinerlei eigene Erkundigungen darüber eingeholt, wie seinerzeit der Arbeitseinsatz des Klägers erfolgte. Es ist insbesondere nicht ersichtlich, welche konkreten Bemühungen die Beklagte als Rechtsnachfolgerin der Deutschen R. AG angestellt hat, um entsprechende Auskunft von den seinerzeitigen Vorgesetzten und Kollegen des Klägers zu erhalten. So hat der Kläger sich auf Zeugen berufen, die nach wie vor im Unternehmen der Beklagten tätig sind bzw. von der Beklag-

ten Ruhegehälter beziehen. Eine Befragung dieser Zeugen wäre der Beklagten mithin ohne Weiteres zumutbar gewesen. Stattdessen hat die Beklagte bezüglich des klägerischen Einsatzes in ihrem Unternehmen als Marketingberater regelrecht „gemauert“. So ist unerklärlich, warum die Beklagte in dem Prozess nicht den zwischen ihr bzw. ihrer Rechtsvorgängerin und der M. S. geschlossenen Vertrag zur Akte gereicht hat. Sie hat auch nicht die nachfolgenden Handelsverträge mit den jeweiligen Werbeagenturen als nachfolgende Vertragsarbeitgeber des Klägers vorgelegt oder aber dargelegt, wie die jeweiligen Vertragskonditionen mit den jeweiligen Agenturen gewesen sein sollen. Vor dem Hintergrund der Erklärungslast der Beklagten gemäß § 138 Abs. 2 ZPO und der Prozessförderungspflicht gemäß § 282 BGB ist angesichts der zumutbaren und gleichwohl fehlenden Erkundigungen über die Ausgestaltung des tatsächlichen Arbeitseinsatzes des Klägers durch die Beklagte ihr Bestreiten mit Nichtwissen vorliegend unbeachtlich und führt zu einem Zugeständnis gemäß § 138 Abs. 3 ZPO.

**c)** Die Überlassung des Klägers an die Rechtsvorgängerin der Beklagten beruhte dementsprechend auf einem zwischen ihr und der Fa. M. S. geschlossenen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag i. S. d. Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG a. F. Da der Kläger hier nach der Rechtsvorgängerin der Beklagten mit Wirkung ab dem 01.02.1994 zur Arbeitsleistung überlassen worden ist, lag ab diesem Zeitpunkt kraft gesetzlicher Anordnung zwischen dem Kläger und der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin ein Arbeitsverhältnis vor. Da die Fa. M. S. unstreitig keine Überlassungserlaubnis hatte, folgt die gesetzliche Fiktion der Begründung eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Kläger und der Rechtsvorgängerin der Beklagten aus Art. 1 § 10 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 9 Nr. 1 AÜG a. F. Nach Art. 1 § 9 Nr. 1 AÜG a. F. war der zwischen dem Kläger und der Fa. M. S. geschlossene Arbeitsvertrag unwirksam, weil der Kläger der Rechtsvorgängerin der Beklagten, ohne dass die Erlaubnis nach Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG a. F. vorlag, gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen worden war. Die Rechtsfolge eines fingierten Arbeitsverhältnisses zwischen dem Kläger und der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin ergibt sich aus Art. 1 § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG a. F., die im Übrigen auch noch der heutigen Rechtslage entspricht.

**II.** Das kraft gesetzlicher Anordnung zwischen der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin und dem Kläger am 01.02.1994 begründete Arbeitsverhältnis ist in der Folgezeit auch nicht aufgelöst worden.

**1.** Ein kraft gesetzlicher Fiktion nach Art. 1 § 10 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 9 Nr. 1 AÜG a. F. zustande gekommenes Arbeitsverhältnis besteht so lange fort, bis es nach allgemeinen arbeitsrechtlichen Regelungen beendet worden ist (BAG, Urt. v. 19.03.2003 – 7 AZR 267/02 -, a. a. O.). Ein Arbeitsverhältnis kann durch Arbeitgeberkündigung oder Eigenkündigung des Arbeitnehmers, durch einvernehmliche Aufhebungsvereinbarung beider Vertragsparteien oder durch gerichtliche Auflösung beendet werden.

**2.** Ein wie auch immer gearteter Beendigungstatbestand wird von der Beklagten weder konkret behauptet noch ist er ansonsten ersichtlich.

**a)** Unstreitig haben weder die Beklagte bzw. deren Rechtsvorgängerin noch der Kläger selbst das gesetzlich angeordnete Arbeitsverhältnis gekündigt. Die Parteien haben unstreitig auch keine Auflösungsvereinbarung getroffen. Das Gegenteil ist der Fall. Der Kläger wurde und wird unabhängig von den jeweils wechselnden Vertragsarbeitgebern des Klägers von der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin bis heute als Marketingmanager weiterbeschäftigt. Die nahtlose Beschäftigung des Klägers seit dem 01.02.1994 spricht gegen eine Kündigung oder einvernehmliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Zu welchem Zeitpunkt soll das am 01.02.1994 gesetzlich fingierte Arbeitsverhältnis der Parteien denn überhaupt aufgelöst worden sein?

Der jeweilige Wechsel des Klägers zu anderen Vertragsarbeitgebern betraf ersichtlich nicht das nach den Arbeitnehmerschutzrechten des AÜG gesetzlich begründete Arbeitsverhältnis der Parteien, sondern das rechtlich gesondert zu beurteilende Vertragsverhältnis des Klägers zu den jeweiligen Werbeagenturen.

**b)** Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass der Kläger mit Wirkung ab dem 01.01.1998 einen „Vertrag über freie Mitarbeit“ mit der Fa. M. GmbH abschloss und hieraus seine Vergütung bezog. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob es sich hierbei

tatsächlich um ein freies Dienstverhältnis oder um ein Leiharbeitsverhältnis handelte. Denn an dem Einsatz des Klägers bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin änderte sich hierdurch nichts. Der Kläger war nach der zugrundeliegenden Vertragsgestaltung und Vertragsdurchführung, die die Beklagte nicht substantiiert widerlegt hat, nach wie vor in den Betrieb der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin wie ein Arbeitnehmer eingebunden. An seinem bereits begründeten Status als Arbeitnehmer der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin änderte der Abschluss des Vertrages mit der M. GmbH nichts. Zudem lässt die Beklagte unberücksichtigt, dass der Kläger mit Wirkung ab dem 01.01.1999 mit der Fa. PW. GmbH (ehemals Fa. P.) wiederum einen Arbeitsvertrag abschloss. Da diese unstreitig bei Vertragsschluss keine Genehmigung zur gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung besaß, setzten auch hier die Rechtsfolgen nach § 10 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. §§ 9 Nr. 1, 1 Abs. 1 AÜG ein. Denn unstreitig besaß auch die letzte Werbeagentur, die Fa. PW. GmbH (= umfirmierte Fa. P.) bis zum 17.02.2011 keine behördliche Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG. Die wechselnden Vertragsverhältnisse zwischen dem Kläger und den jeweiligen von der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin beauftragten Werbeagenturen betrafen mithin nicht das bereits gesetzlich fingierte Arbeitsverhältnis der Parteien.

**c)** Das gemäß Art. 1 § 10 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 9 Nr. 1 AÜG a. F. wegen fehlender AÜG-Genehmigung mit Wirkung ab dem 01.02.1994 zwischen den Parteien gesetzlich begründete Arbeitsverhältnis ist auch nicht ohne Weiteres durch die zwischenzeitlich der Fa. PW. GmbH erteilte behördliche Genehmigung aufgelöst worden. Ein nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG a. F. und n. F. gesetzlich angeordnetes Arbeitsverhältnis kann nur nach den allgemeinen arbeitsrechtlichen Regelungen beendet werden. Die behördliche AÜG-Genehmigung des Verleihers hat per se keinen Einfluss auf den Bestand eines bereits mit dem Entleiher kraft gesetzlicher Fiktion begründeten Arbeitsverhältnisses. Das AÜG sieht auch für den Fall einer nachträglich erteilten Genehmigung nach § 2 AÜG keine gesetzliche Auflösung des zuvor zwischen Leiharbeiter und Entleiher gesetzlich angeordneten Arbeitsverhältnisses vor. Ein nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG gesetzlich fingiertes Arbeitsverhältnis kann lediglich nach den allgemeinen arbeitsrechtlichen Regelungen (BAG, Urt. v. 19.03.2003 – 7 AZR 267/02 -, a. a. O.) oder durch Fristablauf gemäß § 10 Abs. 1 Satz 2 AÜG enden, wenn die Tätigkeit des Leiharbeitnehmers bei dem Entleiher nur

befristet vorgesehen war und ein die Befristung des Arbeitsverhältnisses sachlich rechtfertigender Grund vorliegt. Ein Fall des § 10 Abs. 1 Satz 2 AÜG liegt hier unstreitig nicht vor. Der Kläger ist der Beklagten von der Fa. PW. GmbH bzw. deren Rechtsvorgängerin unstreitig unbefristet überlassen worden. Durch die nachträgliche Erteilung der Erlaubnis werden weder vorherige noch laufende Überlassungsverträge rückwirkend geheilt. Hier ist das Vertragsverhältnis zwischen dem Verleiher und dem Entleiher und dem gesetzlich bereits angeordneten Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer zu unterscheiden. Wird dem zuvor unerlaubt tätigen Verleiher (hier zuletzt: Fa. PW. GmbH) die Überlassungserlaubnis gemäß § 2 AÜG erteilt, heilt das die bereits laufenden Arbeitnehmerüberlassungsverträge nicht automatisch rückwirkend (Schüren/Hammann, AÜG, 4. Aufl., Rn. 44 zu § 9; ErfK/Wank, 12. Aufl., Rn. 6 zu § 9 AÜG). Vielmehr muss der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag neu und damit gemäß § 12 AÜG schriftlich abgeschlossen werden. Ein etwaiger schriftlicher Neuabschluss des Überlassungsvertrages gemäß § 12 AÜG zwischen der Beklagten und der Fa. PW. GmbH hat nur Einfluss auf deren Vertragsverhältnis, aber nicht auf das bereits langjährig kraft gesetzlicher Anordnung bestehende Arbeitsverhältnis der Parteien. Ob die Beklagte dem Kläger kündigen kann, weil sie möglicherweise zwischenzeitlich mit der Fa. PW. GmbH einen rechtswirksamen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag abgeschlossen hat und die Stelle künftig mit einem Leiharbeitnehmer besetzen will, ist nicht Gegenstand dieses Rechtsstreits. Eine solche Kündigung hat die Beklagte auch unstreitig nicht ausgesprochen.

**III.** Der Kläger hat das Recht, sich auf die Entstehung eines Arbeitsverhältnisses mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten am 01.02.1994 zu berufen, auch materiell-rechtlich nicht verwirkt.

**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, 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 (vgl. nur: BAG, Urt. v.18. September 2001 - 3 AZR 689/00 -, AP Nr. 230 zu § 613a BGB). 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.

Indessen beruft sich der Kläger vorliegend gerade nicht auf den Bestand eines beendeten Arbeitsverhältnisses, sondern auf den Bestand eines laufenden und auch tatsächlich praktizierten Arbeitsverhältnisses. Ein solcher auf den Bestand eines Arbeitsverhältnisses gerichteter Feststellungsantrag unterliegt nicht der Verwirkung. Eine auf ein aktives Vertragsverhältnis gerichtete Statusklage kann grundsätzlich materiell-rechtlich nicht verwirkt sein.

**2.** Ungeachtet dessen liegen hier aber auch nicht die Voraussetzungen für eine Verwirkung vor.

**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 Zeitpunkt 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, Urt. v. 13.08.2008 – 7 AZR 269/07 -, a.a.O.; BAG, Urt. v. 19.03.2003 - 7 AZR 267/02 -, a. a. O.). 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, Urt. v. 25. April 2001 - 5 AZR 497/99 -, AP Nr. 46 zu § 242 BGB ,Verwirkung').

**b)** Es kann dahingestellt bleiben, ob in Ansehung des nach dem AÜG kraft Gesetzes im Frühjahr 1994 begründeten und auch nach wie vor bestehenden Arbeitsverhältnisses überhaupt das Zeitmoment vorliegend erfüllt ist. Denn es fehlt vorliegend an dem Umstandsmoment. Weder die Beklagte noch deren Rechtsvorgängerin konnten davon ausgehen, dass sich der Kläger in Kenntnis seiner Arbeitnehmerschutzrechte nach dem AÜG bewusst bis Ende 2010 nicht auf den Arbeitnehmerstatus ihnen gegenüber berufen hat. Sie mussten vielmehr damit rechnen, dass dem Kläger die Rechtslage nach dem AÜG und der sich daraus ergebenden Ansprüche gerade aufgrund der von ihnen, der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin, selbst initiierten Vertragsgestaltung über die Werbeagenturen unbekannt waren. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass auch nach Art. 1 § 11 Abs. 1 Nr. 1 AÜG a. F. der Vertrag zwischen Verleiher und Entleiher nicht nur der Schriftform bedurfte, sondern der Verleiher zudem in der Urkunde zu erklären hatte, ob er die Erlaubnis nach § 1 besitzt. Nicht nur die Fa. M. S., sondern zumindest auch die letzte Werbeagentur, die Fa. PW. GmbH (= umfirmierte Fa. P.), die als Vertragsarbeitgeberin fungierte, besaßen keine behördliche Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG. Die Fa. PW. GmbH erhielt diese erst nach Klagerhebung am 18.02.2011. Die Beklagte bzw. deren Rechtsvorgängerin hätten mithin aufgrund der tatsächlichen Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses mit dem Kläger sowie der Tatsache, dass die Werbeagenturen keine behördliche Erlaubnis nach dem AÜG hatten, damit rechnen müssen, dass sich der Kläger auf seinen Arbeitnehmerstatus ihnen gegenüber nach wie vor beruft.

Auch der Umstand, dass der Kläger von der Rechtsvorgängerin der Beklagten mit Schreiben vom 11.11.1997 die Auskunft über seine künftigen Versorgungsansprüche erhalten hat, führt nicht zur Verwirkung des den Arbeitnehmerstatus betreffenden Feststellungsanspruchs. Zum einen bezieht sich die erteilte Auskunft nach ihrem Wortlaut gerade nicht auf eine konkrete Beschäftigungszeit, sondern auf den Erwerb einer unverfallbaren Versorgungsanwartschaft und die Höhe der ab dem 01.12.2013 bzw. 01.12.2008 zu erwartenden Betriebsrente. Lediglich ganz unten und außerhalb des Auskunftstextes noch unterhalb der Unterschrift taucht sehr kleingedruckt „Aus-



tritt: 31.03.1988“ auf. Dieser Vermerk war und ist auch richtig. Denn unstreitig bestand im Zeitraum vom 01.04.1988 bis zum 31.01.1994 weder ein vertraglich noch ein gesetzlich begründetes Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin. Dieser kleine, leicht zu übersehende Austrittsvermerk besagt aber nichts darüber, ob nicht im Nachhinein ein neues gesetzlich angeordnetes Arbeitsverhältnis begründet worden ist. Ungeachtet dessen kann aufgrund einer widerspruchslosen Hinnahme einer fehlerhaften Berechnung der künftigen Versorgungsansprüche nicht der Schluss gezogen werden, dass der Arbeitgeber gerade deswegen davon ausgegangen ist und nach Treu und Glauben auch davon ausgehen durfte, der Arbeitnehmer werde sich ihm gegenüber künftig nicht auf seinen Arbeitnehmerstatus berufen.

Schlussendlich vermag auch der Umstand, dass die Beklagte für etwaige zusätzliche Betriebsrentenansprüche des Klägers keine entsprechenden Rückstellungen gebildet hat, das Umstandsmoment einer materiell-rechtlichen Verwirkung nicht zu begründen. Es ist insbesondere nicht ersichtlich, dass der Beklagten die Erfüllung möglicher Ansprüche auf der Grundlage einer Betriebszugehörigkeit seit dem 01.02.1994 nach Treu und Glauben unzumutbar wäre. Es sind gerade keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der Beklagten die Erfüllung zusätzlicher Betriebsrentenansprüche des Klägers aus wirtschaftlichen Gründen unzumutbar wäre (BAG, Urt. v. 13.08.2008 – 7 AZR 269/07 -, a. a. O.). Die Beklagte hat nach ihrem eigenen Vortrag auch zwischenzeitlich entsprechende Rückstellungen gebildet.

**IV.** Nach alledem war die Berufung der Beklagten mit der Kostenfolge des § 97 ZPO i. V. m. § 64 Abs. 6 ArbGG zurückzuweisen.

Die Revision ist angesichts der Frage der rechtlichen Auswirkung der nachträglich erteilten AÜG-Erlaubnis auf das bereits zuvor gemäß Art. 1 § 10 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 9 Nr. 1 AÜG a. F. gesetzlich angeordnete Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeiter wegen rechtsgrundsätzlicher Bedeutung gemäß § 72 Abs. 2 ArbGG zugelassen worden.