
Datum: 02.03.2010
Gericht: Arbeitsgericht Essen
Spruchkörper: 2. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 2 Ca 2376/08
ECLI: ECLI:DE:ARBGE:2010:0302.2CA2376.08.00

Schlagworte: ohne
Normen: ohne
Sachgebiet: Arbeitsrecht
Leitsätze: kein Leitsatz vorhanden

Tenor:

1. Es wird festgestellt, dass zwischen den Parteien auch in der Zeit vom 06.02.1984 bis zum 30.11.1989 ein Arbeitsverhältnis bestanden hat.
2. Es wird festgestellt, dass zwischen den Parteien bereits seit dem 06.02.1984 ein unverfallbares Anwartschaftsverhältnis auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung nach Maßgabe der Versorgungsordnung der Beklagten vom 09. Februar 1989 besteht.
3. Die Kosten des Rechtsstreits hat die Beklagte zu tragen
4. Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 24.480,00 EUR festgesetzt.

Tatbestand:	1
Die Parteien streiten darüber, ob das Arbeitsverhältnis des Klägers mit der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin bereits seit dem 06.02.1984 oder erst seit dem 01.12.1989 besteht.	2
Der am 2..07.1958 geborene Kläger war vom 06.02.1984 bis zum 30.11.1989 bei der T. (nachfolgend: T., einer 100 %-igen Tochtergesellschaft der S. (nachfolgend: S.), angestellt. Die S. ist die Rechtsvor-gängerin der Beklagten.	3
Der Kläger war ab dem 06.02.1984 zunächst im Kraftwerk Fortuna in Oberaußem, ab 01.07.1988 im Kraftwerk Weisweiler, die beide zunächst von der S., später von der Beklagten, betrieben wurden, als Wärter und Leitstandfahrer im Bekohlungs-bereich eingesetzt. Am 01.09.1987 begann der Kläger bei der S. den sog. Kraftwerkerlehrgang - eine bei der Beklagten typische Ausbildung, die dazu befähigt, Kraftwerkertätigkeiten auszuführen - den er am 09.12.1988 bestand.	4
Da der Kläger unter dem 16.11.1989 mit der S. einen schriftlichen Arbeitsvertrag abgeschlossen hatte, in deren Dienste er zum 01.12.1989 als Leitstandfahrer wechselte, wurde das Arbeitsverhältnis des Klägers mit der T. zum 30.11.1989 beendet. Hinsichtlich der Einzelheiten des Arbeits-vertrages wird auf die zur Akte gereichte Kopie (Bl. 10 - 2. d. A.) verwiesen.	5
Im Jahr 1990 übernahm die S. das Kraftwerk Weisweiler im Rahmen einer Ausgliederung von der S.. 2001 ging das Arbeitsverhältnis des Klägers im Wege eines Betriebsüberganges auf die Beklagte über.	6
Mit Schreiben vom 05.05.2008 (vgl. Bl. 14 - 16 d. A.) bat der Kläger im Hinblick darauf, dass Arbeitnehmer, die vor dem 31.03.1986 in die Dienste der Beklagten getreten sind, unter eine wesentlich günstigere Ruhegeldrichtlinie fallen, die Beklagte vergeblich um Prüfung und ggf. Anerkennung seiner Beschäftigungszeit vom 06.02.1984 bis zum 30.11.1989 im Kraftwerk Fortuna bzw. im Kraftwerk Weisweiler auf seine „S.-Betriebszugehörigkeit.“	7
Mit seiner Klage vom 09.07.2008 begehrt der Kläger die Feststellung, dass zwischen den Parteien auch in der Zeit vom 06.02.1984 bis zum 30.11.1989 ein Arbeitsverhältnis bestanden hat sowie die Feststellung, dass seit dem 06.02.1984 ein unverfallbares Anwartschaftsverhältnis auf Leistungen der betrieblichen Altersvorsorge nach Maßgabe der Versorgungsordnung der Beklagten vom 09.02.1989 besteht.	8
Er vertritt die Auffassung, dass zwischen ihm und der Beklagten aufgrund einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung von der T. an die S. in der Zeit vom 06.02.1984 bis 30.11.1989 bereits ab dem 06.02.1984 ein Arbeits-verhältnis begründet worden sei.	9
Im Anschluss an seine Bewerbung Ende 1983 habe im Kraftwerk Fortuna ein Vorstellungsgespräch stattgefunden, an welchem zwei Vertreter der S. aus dem Kraftwerk Fortuna sowie die Herren S. und T. seitens der T. teilgenommen hätten. Nach der durch den Werksarzt der S. durch-geführten Tauglichkeitsuntersuchung habe er sich an seinem ersten Arbeitstag, dem 06.02.1984, beim Pförtner des Kraftwerks Fortuna zu melden gehabt. Von dort sei er zum Schichtführer geführt worden und gemeinsam mit diesem zum Meister der S. gegangen. An den ersten vier Tagen sei er dann durch das Kraftwerk geführt und mit verschiedenen einfachen Arbeiten betraut worden. Nach vier Tagen sei er in den Schichtbetrieb der S. eingeordnet worden, d.h. in die Stammschicht I der Abteilung	10

Produktion (PB). Der für den Kläger zuständige Meister sei damals I. I. gewesen, dessen Vertreter Herr H.. sowie der Schichtmeister X. J.. Die für ihn zuständigen Vorarbeiter seien die S.-Arbeitnehmer H. L. und H. R. gewesen. Man habe dem Kläger seine zukünftigen Aufgaben als Wärter im Maschinenbereich erläutert und ihm das Wechselschichtsystem erklärt.

Zum 01.07.1988 sei er dann auf eigenen Wunsch zum Kraftwerk Weisweiler der S. gewechselt: Zum einen habe sich hierdurch sein Weg zur Arbeit von 45 auf nur mehr 15 km verkürzt, zum anderen sei im Kraftwerk Fortuna davon die Rede gewesen, dass Mitarbeiter der T., die im Kraftwerk Weisweiler arbeiteten, bessere Chancen hätten, „übernommen“ zu werden. Im Kraftwerk Weisweiler sei er in der Abteilung Produktion (PA/PB) auf der sog. Schicht B eingesetzt worden. In die Sicherheitsbestimmungen habe ihn der Schichtmeister C. eingewiesen, dann sei er der Schicht des Schichtmeisters I. E. zugeordnet worden. Schichtführer sei I. Q. gewesen, die zuständigen Vorarbeiter die Arbeitnehmer K. T. und Q. T.. In der Schicht des Klägers hätten außerdem die Arbeitnehmer I. G. und K. C. gearbeitet. Er habe im Bekohlungsbereich gearbeitet und sei dort mit den Arbeiten eines Wärters sowie eines Leitstandfahrers der S. betraut gewesen.

11

Er sei in die S.-Abteilungs-Urlaubsplanung eingebunden gewesen. Er habe seine Urlaubswünsche mit dem jeweiligen zuständigen S.-Vorarbeiter absprechen müssen, der sodann den Urlaubsplan erstellt habe. Dieser Urlaubsplan sei dann dem jeweiligen S.-Meister zur Zustimmung vorgelegt worden. Eine gesonderte Genehmigung durch die T. sei nicht erfolgt. Im Fall der Arbeitsunfähigkeit habe die Erfüllung der Anzeigepflicht gegenüber dem zuständigen S.-Meister bzw. bei dessen Abwesenheit abteilungsintern erfolgen müssen. Nur die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung habe er der T. übersenden müssen. Nach seinem Kenntnisstand sei während seiner Abwesenheit keine Ersatzstellung von Arbeitnehmern durch die T. erfolgt. Er habe dieselben Tätigkeiten verrichtet wie die S. -Mitarbeiter. Er sei in den Schichtbetrieb voll eingegliedert gewesen.

12

Von Beginn seiner Tätigkeit im Kraftwerk Weisweiler an sei er immer in der gleichen Schicht verblieben und habe den Weisungen der Mitarbeiter der S. unterstanden. Trotz Änderung seines Vertragsarbeitgebers zum 01.12.1989 hätten sich anschließend weder seine Schicht noch sein Aufgabenfeld noch die ihm übertragenen Tätigkeiten geändert. Er habe sein Recht, sich darauf zu berufen, dass bereits seit dem 06.02.1984 ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien bestehe, auch nicht verwirkt.

13

Er habe auch einen Anspruch auf die Feststellung, dass zwischen den Parteien bereits seit dem 06.02.1984 ein unverfallbares Anwartschaftsverhältnis auf Leistungen der betrieblichen Altersvorsorge nach Maßgabe der Verordnung der Beklagten vom 09.02.1989 bestehe. Für Mitarbeiter, die vor dem 01.04.1986 eingetreten seien, seien die sog. Richtlinien für die Ruhegeld- und Hinter-blienenversorgung der S. vom 09.02.1989 anzuwenden. Bei der Zuerkennung seiner Betriebszugehörigkeit ab dem 06.02.1984 ergebe sich für ihn eine wesentliche höhere Anwartschaft auf eine betriebliche Altersversorgung. Für die Mitarbeiter, die vor 1986 eingetreten seien, gelte eine sog. Gesamtversorgung.

14

Der Kläger beantragt

15

1.festzustellen, dass zwischen den Parteien auch in der Zeit ab dem 06.02.1984 bis z
30.11.1989 ein Arbeitsverhältnis bestanden hat.

2.festzustellen, dass zwischen den Parteien bereits seit dem 06.02.1984 ein
Anwartschaftsverhältnis auf Leistung der betrieblichen Altersvorsorge nach Maßgabe

Versorgungsordnung der Beklagten vom 09.02.1989 besteht.

- Die Beklagte beantragt, 18
- die Klage abzuweisen. 19
- Sie meint, dass zwischen dem Kläger und der S. kein Arbeitsverhältnis kraft Gesetzes ab dem 06.02.1984 aufgrund einer unerlaubten Arbeitnehmer-überlassung begründet worden sei. Daher bestehe auch zwischen ihr und dem Kläger erst seit dem 01.12.1989 ein Arbeitsverhältnis. Das äußere Erscheinungsbild der vom Kläger vorgetragene Arbeiten entspreche exakt dem Tätigkeitsbild der von der T. bei ihren Kunden eingesetzten Arbeitnehmer. Die T. sei auf dem Gebiet der Netz- und Energietechnik tätig; Gegenstand des Unternehmens sei u. a. die Wartung von elektrischen Verteilernetzen in Kraftwerken gewesen, jedoch niemals Arbeitnehmerüberlassung. Richtig sei, dass der Kläger während seines Arbeitsverhältnisses bei der T. von dieser in dessen Rahmen auch in Kraftwerken der Beklagten eingesetzt worden sei. Dies sei zur Erfüllung von zwischen der Beklagten und der T. abgeschlossenen Werkverträgen geschehen, nicht aber aufgrund eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten. Der Einsatz der Arbeitnehmer der T. habe sich auf Basis von als Dienst- und Werkverträgen einzustufenden Wartungsverträgen vollzogen, die den Bau und die Wartung der Starkstrom-anlagen in den Kraftwerken betroffen hätten. Eine vom Werk- oder Dienstleistungsvertragscharakter der zwischen der T. und der S. abgeschlossenen Wartungsverträge abweichende Vertragspraxis, die Letztere gegen sich hätte gelten lassen müsse, habe es nicht gegeben; eine solche lasse sich auch nicht aus dem Vortrag des Klägers ableiten. 20
- Die pauschale Behauptung des Klägers, dieselben Tätigkeiten verrichtet zu haben wie die „S.-Mitarbeiter“, trage zur Substantiierung seines Vorbringens nicht bei. Sie bestreite dies vorsorglich. Gleiches gelte für die pauschale Behauptung des Klägers, Weisungen der „S.-Mitarbeiter“ unterstanden zu haben. Der Kläger lasse offen, welche Weisungen dies gewesen sein sollten. Arbeitsrechtliche Weisungen trage er nicht vor. 21
- Es sei auch nicht zutreffend, wenn der Kläger behaupte, er habe Tätigkeiten verrichtet wie die bei der Beklagten angestellten Arbeitnehmer auch. Die Behauptung, dass die S. dem Kläger Werkzeug und Material zur Verfügung gestellt habe, sei irrelevant. Die Beklagte bestreite die Behauptung des Klägers, er habe sich im Falle einer Erkrankung bei dem zuständigen Meister der S. melden und der T. lediglich seine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung übersenden müssen. Hingegen sei die Behauptung des Klägers, er sei im Hinblick auf Krankmeldungen oder Urlaubsmeldungen gegenüber seinem Vorgesetzten bei der S. meldepflichtig gewesen, unerheblich. Denn selbst wenn ein Arbeitnehmer im Falle seiner Erkrankung dem Besteller - und nicht nur seinem Arbeitgeber - Meldung machen müsse, sei daraus nicht auf das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung zu schlussfolgern. 22
- Entsprechendes gelte für die Behauptung des Klägers, er habe im Falle seiner Abwesenheit, z. B. bei Inanspruchnahme von Urlaub, den Meister der S. kontaktieren müssen. Auch dies bestreite die Beklagte. Jedenfalls, meint die Beklagte, wäre selbst eine eventuelle Abstimmung der Abwesenheit des Klägers wegen Urlaubs mit den Abwesenheitszeiten anderer Mitarbeiter der S. nichts gewesen, was auf eine Arbeitnehmerüberlassung hindeute. Im Gegenteil belege die vom Kläger beschriebene Gewährung des Urlaubs anhand eines Abteilungsplans, dass seitens der S. keine einseitige Urlaubsfestlegung erfolgt sei. Allein der Umstand, dass die Arbeitnehmer miteinander kooperierender Unternehmen ihre Urlaubsplanung untereinander abstimmten, sei kein Indiz für die Eingliederung des angeblich überlassenen Arbeitnehmers in die betriebliche Organisation. 23

Der Kläger habe sein Recht, den Bestand eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten für die Zeit vor dem 01.12.1989 geltend zu machen, zudem verwirkt. 24

Im Arbeitsvertrag vom 16.11.1989 hätten der Kläger und die S. ausdrückliche Regelungen zur Frage der Betriebszugehörigkeit und zu der Frage, welche Ruhegeld- und Hinterbliebenenordnung anzuwenden sei, getroffen. Außerdem habe ihn die S. bereits im Dezember 1989 davon unterrichtet, dass er nach dem 31. März 1986 eingetreten sei und dass für ihn daher eine neue Ruhegeldrichtlinie gelte (vgl. Bl. 77 d. A.). Dem Kläger sei damit seit 1989 bewusst gewesen, dass er vor dem 01.12.1989 keinesfalls Arbeitnehmer der Beklagten bzw. ihrer Rechtsvorgängerinnen gewesen sei. 25

Schließlich habe der Kläger sich bereits durch einen am 09. September 2003 bei der Beklagten eingegangenen Antrag (vgl. Bl. 74 d. A.) an diese gewandt und unter Hinweis auf seine Zugehörigkeit zur T. um Anerkennung gebeten, dass zwischen ihm und der Beklagten bereits seit 1984 ein Arbeitsverhältnis bestanden habe. Nachdem die Beklagte dieses Ansinnen mit Schreiben vom 09.09.2003 (vgl. Bl. 75 d. A.) zurückgewiesen habe, habe er fast fünf Jahre weiter gearbeitet, ohne auf die Angelegenheit zurückzukommen, bevor sich dann - für die Beklagte völlig unerwartet - im Jahre 2008 seine heutige Prozessbevollmächtigte gemeldet habe. Dadurch habe der Kläger das für die Verwirkung erforderliche Umstandsmoment gesetzt. 26

Das Vertrauen der Beklagten auf die fehlende Notwendigkeit höherer Rückstellungen für die Altersversorgung des Klägers sei schutzwürdig. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sei das Unterlassen höherer Rückstellungen für die Altersversorgung eine ausreichende Vertrauens-bestätigung. Es gebe keinen vernünftigen Grund, von diesen allgemeinen Grundsätzen abzuweichen. Es sei der Beklagten auch nicht ernsthaft zuzumuten, sich auf Tatsachenbehauptungen einzulassen, die Vorgänge aus den Jahren 1984 bis 1989 bei der S. betreffen. 27

Der Kläger erwidert, soweit die Beklagte behaupte, Betriebszweck der T. sei es gewesen, auf dem Gebiet der Netz- und Energietechnik tätig zu sein und u. a. den Bau und die Wartung von elektrischen Verteilernetzen in Kraftwerken vorzunehmen, so sei darauf hinzuweisen, dass er selbst zu diesem Betriebszweck nie eingesetzt gewesen sei; er habe nie Starkstrom-Anlagen gebaut oder solche gewartet. Vielmehr habe seine Aufgabe darin bestanden, die Kraftwerksanlage am Laufen zu halten und evtl. auftretende Störungen zu beseitigen. Hierbei habe es sich aber um typische Betriebszwecke einer Betreiberin eines Kraftwerks, also der S., gehandelt. Im Übrigen - meint der Kläger - hätte die Beklagte, soweit sie einen Einsatz im Rahmen eines Dienst- oder Werkvertrages behaupte, auch darlegen müssen, worin denn die abgrenzbare Arbeitsleistung des Klägers gegenüber derjenigen der Arbeitnehmer der S. bestanden habe. Eben dies habe die Beklagte aber nicht vorgetragen. Tatsächlich habe der Kläger alle Arbeiten verrichtet wie Arbeitnehmer, die vertraglich bei der S. angestellt gewesen seien. 28

Entgegen der Ansicht der Beklagten folge aus dem Schweigen des Klägers auf deren Schreiben vom 09.09.2003 auch keine Verwirkung der streitgegen-ständlichen Ansprüche. Bloßes Schweigen des Gläubigers berechtige den Schuldner nämlich nicht zu der Annahme, eine bestehende Forderung nicht mehr erfüllen zu müssen. 29

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze sowie auf die Sitzungs-protokolle, jeweils nebst Anlagen, Bezug genommen. 30

Entscheidungsgründe:

Die Klage ist zulässig und begründet.	32
A.	33
Die Klage auf Feststellung, dass zwischen den Parteien auch in der Zeit vom 06.02.1984 bis zum 30.11.1989 ein Arbeitsverhältnis bestanden hat, ist zulässig (I.) und begründet (II.)	34
I.	35
Der Feststellungsantrag zu 1.) ist zulässig.	36
1. Nach § 256 Abs. 1 ZPO kann eine Klage auf Feststellung des Bestehens oder des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass dieses durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt wird. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. BAG vom 28. Juni 2000 - 7 AZR 100/99 - BAGE 95,165 = NZA 2000, 1160 = AP Nr. 4. zu § 2. AÜG; BAG vom 25. Oktober 2000 - 7 AZR 487/99 - BAGE 96,150 = NZA 2001, 259 = AP Nr. 15 zu § 10 AÜG; BAG vom 06. August 2003 - 7 AZR 180/03 - AP Nr. 6 zu § 9 AÜG = EzA § 1 AÜG Nr. 2. = BB 2004, 669; ebenso: Becker/Wulfgramm, AÜG, 4.. Aufl., Art. 1 § 10 Rz. 38 a; Schüren/Hamann, AÜG, 4.. Aufl., § 10 Rz. 135; Thüsing/Mengel, AÜG, 3.. Aufl., § 10 Rz. 49) kann ein Arbeitnehmer das Bestehen und den Beginn eines Arbeitsverhältnisses bei einem Entleiher auf der Grundlage der Art. 1 § 15, 2. AÜG a.F. mit einer allgemeinen Feststellungsklage verfolgen.	37
Wird die Klage auf Feststellung eines vergangenen Rechtsverhältnisses gerichtet, ist sie nur dann zulässig, wenn sich gerade aus dieser Feststellung noch Rechtsfolgen für die Gegenwart oder Zukunft ergeben (vgl. BAG vom 21. Juni 2000 - 5 AZR 782/98 - AP Nr. 60 zu § 256 ZPO 1977 m.w.N.; BAG vom 09. Juli 2003 - 5 AZR 595/02 - AP Nr. 158 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten). Ein rechtliches Interesse an einer alsbaldigen gerichtlichen Feststellung besteht, wenn dem Recht des Feststellungsklägers eine gegenwärtige Gefahr oder Unsicherheit droht und das erstrebte Urteil geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen (vgl. BAG vom 19. Oktober 1993 - 9 AZR 478/91 - AP Nr. 23 zu § 256 ZPO 1977; BAG vom 24. Mai 2006 - 7 AZR 365/05 - EzAÜG § 10 AÜG Fiktion Nr. 114 m.w.N.; LAG Düsseldorf vom 11. Januar 2007 - 11 (16) Sa 1238/06 - n. v.; BGH vom 07. Februar 1986 - V ZR 201/84 - MDR 1986, 743).	38
3.. Unter Berücksichtigung dieser Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO ist der vom Kläger zur Entscheidung gestellte Feststellungsantrag zu 1.) zulässig.	39
a) Da es um die Feststellung eines Rechtsverhältnisses geht, kann der Arbeitnehmer das Bestehen sowie den Beginn und das Ende eines Arbeitsverhältnisses zu einem Entleiher auf der Grundlage des Art. 1 § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG mit einer allgemeinen Feststellungsklage gemäß § 256 Abs. 1 ZPO verfolgen (st. Rspr. vgl. z.B. BAG vom 18. Februar 2003 - 4. AZR 160/02 - AP Nr. 5 zu § 2. AÜG m. w. N.). Dies gilt im Streitfall auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass das zwischen dem Kläger und der T. bestehende Arbeitsverhältnis bereits seit dem 01. Dezember 1989 beendet ist, denn es können sich aus der von dem Kläger begehrten Feststellung, wie zwischen den Parteien unstreitig ist, noch Rechtsfolgen für die Gegenwart oder Zukunft, wie insbesondere ein (höherer) Anspruch des Klägers auf betriebliche Alters-versorgung gegen die Beklagte, ergeben.	40

b) Die Parteien streiten darüber, ob zwischen ihnen infolge einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung in der Zeit vom 06.02.1984 bis 30.11.1989 ein Arbeitsverhältnis bereits ab dem 06.02.1984 begründet worden ist. Dies ist ein streitiges Rechtsverhältnis, welches Gegenstand einer Feststellungsklage sein kann. 41

Das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse folgt bereits daraus, dass sich zahlreiche Rechtsfolgen für die Parteien ergeben können, wenn bereits seit dem 06.02.1984 ein Arbeitsverhältnis bestehen sollte. Das vom Kläger erstrebte Feststellungsurteil ist geeignet, diesen Streit zwischen den Parteien endgültig zu klären. 42

4.. Das Klagerecht ist entgegen der Ansicht der Beklagten auch nicht verwirkt. 43

a) Allerdings kann das Recht, eine Klage zu erheben, nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts verwirkt werden, mit der Folge, dass eine gleichwohl erhobene Klage unzulässig ist (vgl. grundlegend: BAG vom 02. November 1961 - 3. AZR 66/61 - AP Nr. 1 zu § 242 BGB Prozess-verwirkung; BAG vom 11. November 1982 - 3. AZR 552/81 - AP Nr. 71 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; BAG vom 02. Dezember 1999 - 8 AZR 890/98 - AP Nr. 6 zu § 242 BGB Prozessverwirkung = NZA 2000, 540; BAG vom 24. Mai 2006 - 7 AZR 365/05 - a. a. O.). Das Klagebegehren ist verwirkt, wenn der Anspruchsteller die Klage erst nach Ablauf eines längeren Zeitraums erhebt (Zeitmoment) und dadurch ein Vertrauenstatbestand beim Anspruchs-gegner 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 (Umstands-moment) (vgl. BAG vom 06. November 1997 - 3. AZR 162/97 - AP Nr. 45 zu § 242 BGB Verwirkung; BAG vom 24. Mai 2006 - 7 AZR 365/05 - a.a.O.,[20]). 44

Die verfassungsrechtliche Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 S. 3. GG gebietet es, den Weg zu den Gerichten nicht in unzumutbarer, mit Sachgründen nicht zu rechtfertigender Weise zu erschweren (vgl. BVerfG vom 26. Januar 1972 - 3. BvR 255/67 - BVerfGE 32, 305 ff.; BAG vom 24. Mai 2006 - 7 AZR 365/05 - a.a.O. [20]). An eine Prozessverwirkung sind deshalb hohe Anforderungen zu stellen (vgl. LAG Düsseldorf vom 09. März 2006 - 2. Sa 549/05 - EzAÜG § 10 AÜG Verwirkung Nr. 4.; LAG Düsseldorf vom 11. Februar 2007 - 11 (16) Sa 1238/06 - n. v.; LAG Düsseldorf vom 27. August 2007 - 17 Sa 270/07 - LAGE § 10 AÜG Nr. 4, m.w.N.). 45

b) Die Voraussetzungen der Prozessverwirkung liegen im Streitfall nicht vor. 46

Dabei kann dahinstehen, ob das sog. Zeitmoment erfüllt ist. Eine Prozess-verwirkung scheidet jedenfalls daran, dass das erforderliche Umstandsmoment nicht vorliegt. Die Beklagte hat keine besonderen Umstände vorgetragen, aufgrund derer es ihr aus Vertrauensschutzgesichtspunkten nicht zugemutet werden könnte, sich im Rahmen eines Rechtsstreits auf das Klagebegehren einzulassen und sich hiergegen zu verteidigen. Die Beklagte hat lediglich die Auffassung vertreten, es sei ihr nicht zumutbar, sich zu Tatsachenbehauptungen einzulassen, die Vorgänge aus den Jahren 1984 bis 1989 betreffen. Dies reicht, worauf bereits das Landesarbeitsgericht Düsseldorf in zahlreichen Parallelverfahren hingewiesen hat, für das zur Prozessverwirkung erforderliche Umstandsmoment indes nicht aus (vgl. LAG Düsseldorf vom 11. Januar 2007 - 11 (16) Sa 1238/06 - n. v.). 47

Die Beklagte behauptet nämlich selbst nicht, dass sie im berechtigten Vertrauen darauf, vom Kläger nicht mehr in Anspruch genommen zu werden, Beweismittel oder Vertragsunterlagen, 48

die ihre Rechtsposition stützen würden, vernichtet hätte. Es ist auch nicht ersichtlich, dass sich etwa die Beweisposition der Beklagten dadurch verschlechtert hätte, dass ihr bestimmte Zeugen nicht mehr zur Verfügung stehen. Die Beklagte hätte die Möglichkeit gehabt, sich sowohl bei ihren aktiven als auch bei ihren ehemaligen Arbeitnehmern, insbesondere den Meistern und Vorarbeitern, die der Kläger als Zeugen benannt hat, über den relevanten Sachverhalt zu informieren. Dies mag zwar mühselig sein. Diese „Unbequemlichkeit“ rechtfertigt aber keine Prozessverwirkung. Zudem könnten etwaige durch den Zeitablauf begründete Darlegungs- und Beweisprobleme der Beklagten bei der materiellen Prüfung des Klagebegehrens durch das Gericht berücksichtigt werden.

Schließlich musste die Beklagte aufgrund der zahlreichen anderen Klageverfahren diverser „Fremdfirmenmitarbeiter“, die u.a. vor dem Arbeitsgericht F., dem Landesarbeitsgericht Düsseldorf und schließlich vor dem Bundesarbeitsgericht verhandelt worden sind, damit rechnen, dass auch der Kläger seine Rechte aus dem AÜG im Wege einer Feststellungsklage gerichtlich geltend machen würde (vgl. LAG Düsseldorf vom 11. Januar 2007 - 11 (16) Sa 1238/06 - n. v.).

II. 50

Die Feststellungsklage ist auch begründet. 51

Das Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin besteht nicht erst seit dem 01.12.1989, sondern bereits seit dem 06.02.1984. Zu diesem Zeitpunkt ist zwischen dem Kläger und der Rechtsvorgängerin der Beklagten ein Arbeitsverhältnis nach den Vorschriften des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes in der bis zum 30. April 1985 geltenden Fassung (AÜG a.F.) entstanden (1.). Der Kläger hat das Recht, sich auf die Entstehung eines Arbeitsverhältnisses ab dem 06.02.1984 zu berufen, weder durch eine vertragliche Abbedingung der sich aus den Vorschriften des AÜG ergebenden Rechtsfolgen verloren (3..) noch hat er sein Recht materiell-rechtlich verwirkt (4..).

1. Zwischen der Rechtsvorgängerin der Beklagten und dem Kläger ist entweder aufgrund des Art. 1 § 10 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 9 Nr. 1 AÜG a.F. oder Art. 1 § 2. i. V. m. § 1 Abs. 3., § 4. Abs. 1 Nr. 6 AÜG a.F. ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen. 53

Der Kläger war der S. von der T. seit dem 06.02.1984 auf der Grundlage eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags zur Arbeitsleistung überlassen worden. Es kann dahinstehen, ob die T. über eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung verfügt hat. Wäre dies nämlich der Fall gewesen, würde das Zustandekommen des Arbeitsverhältnisses auf einer unerlaubten Arbeitsvermittlung im Sinne des Art. 1 § 1 Abs. 3. AÜG a.F. beruhen, da die nach Art. 1 § 4. Abs. 1 Nr. 6 AÜG a.F. zulässige Überlassungsdauer überschritten worden wäre. Hätte die T. hingegen nicht über die nach Art. 1 § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG a.F. erforderliche Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung verfügt, wäre das Arbeitsverhältnis aufgrund einer unerlaubten gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung des Klägers an die S. nach Art. 1 § 10 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 9 Nr. 1 AÜG a.F. begründet worden. 54

a) Der Kläger ist der S. im Zeitraum vom 06.02.1984 bis zum 30.11.1989 im Sinne des Art. 1 § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG a.F. zur Arbeitsleistung überlassen worden. 55

aa) Eine Überlassung zur Arbeitsleistung im Sinne von Art. 1 § 1 Abs. 1 S. 1, Abs. 3. AÜG a.F. liegt nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts dann vor, wenn einem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt werden, die voll in dessen Betrieb eingegliedert sind und ihre Arbeit allein nach Weisungen des Entleihers und in dessen Interesse ausführen. 56

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist aber nicht jeder drittbezogene Arbeits-einsatz eine Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des AÜG. Diese ist vielmehr durch eine spezifische Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen zwischen Verleiher und Entleiher einerseits (den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag) und zwischen Verleiher und Arbeitnehmer andererseits (den Leiharbeitsvertrag) sowie durch das Fehlen einer arbeitsvertraglichen Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Entleiher gekennzeichnet. Notwendiger Inhalt eines Arbeitnehmer-überlassungsvertrags ist die Verpflichtung des Verleihers gegenüber dem Entleiher, diesem zur Förderung von dessen Betriebszwecken Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen. Die Vertragspflicht des Verleihers gegenüber dem Entleiher endet, wenn er den Arbeitnehmer ausgewählt und ihn dem Entleiher zur Verfügung gestellt hat.

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 Ausführung des Werkes erteilen. Entsprechendes gilt für Dienstverträge. Solche Dienst- oder Werkverträge werden vom Arbeitnehmerüberlassungsgesetz nicht erfasst. 57

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 (vgl. BAG vom 2.. August 2008 - 7 AZR 269/07 - EzAÜG § 10 AÜG Fiktion Nr. 121, m.w.N.; LAG Düsseldorf vom 11. Januar 2007 - 11 (16) Sa 1238/06 - n.v.). 58

bb) Unter Anwendung dieser Grundsätze ist davon auszugehen, dass der Kläger seit dem 06.02.1984 der S. von seinem Vertragsarbeitgeber auf Grund einer vertraglichen Vereinbarung zur Arbeitsleistung überlassen war. 59

Der Kläger war seit dem 06.02.1984 dauerhaft in die betriebliche Organisation der S. in deren Kraftwerken Fortuna bzw. Weisweiler eingegliedert. Er hat nach seinem Vortrag wie jeder andere Mitarbeiter der S., die er namentlich benannt hat, vollschichtig dieselben Arbeiten verrichtet, ohne dass in irgendeiner Form zwischen ihm als Arbeitnehmer der T. und den Mitarbeitern der S. unterschieden worden wäre. Die alltäglichen arbeitsnotwendigen und die arbeitsbegleitenden Weisungen hinsichtlich Inhalt, Ort und Ausführung der Arbeitsleistung wurden ihm ausschließlich durch bei der S. angestellte Vorgesetzte erteilt. Der Kläger hat in diesem Zusammen-hang die Schichtmeister C. und I. E. und den Schichtführer I. Q. genannt. 60

Der Kläger hat auch die Vorarbeiter K. T. und Q. T. sowie die S.-Arbeitskollegen I. G. und K. C. namentlich benannt. Die vom Kläger vorgetragene Handhabung der Urlaubsgewährung und die Handhabung hinsichtlich der Arbeitsunfähigkeit sprechen als weitere Indizien für eine Eingliederung in den Betrieb der S.. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die S. dem Kläger die entsprechende Arbeitskleidung und einen eigenen Spind zur Verfügung gestellt hat. Der Kläger musste seinen Sachvortrag hinsichtlich der behaupteten arbeitsrechtlichen Weisungen nicht weiter konkretisieren, wenn, so der Vortrag des Klägers, grundsätzlich alle arbeitsrechtlichen Weisungen in dieser Form erfolgt sind.

Die Beklagte hat dieses Vorbringen nicht hinreichend substantiiert bestritten. Angesichts des Vortrags des Klägers und unter Beachtung der hieraus resultierenden Darlegungs- und Beweislast durfte sich die Beklagte nicht auf ein bloßes Bestreiten beschränken (vgl. LAG Düsseldorf vom 11. Januar 2007 - 11 (16) Sa 1238/06 - m.w.N.). Die Beklagte hat die Behauptungen des Klägers überwiegend nur einfach bestritten. Ein einfaches Bestreiten reicht hier aber nicht aus. Die Erklärungslast des Gegners nach § 138 Abs. 3. ZPO ist Auswirkung des Verhandlungsgrundsatzes, der Wahrheitspflicht (§ 138 Abs. 1 ZPO) und der Prozessförderungspflicht. Aus der Prozessförderungspflicht folgt, wie das Landesarbeitsgericht Düsseldorf in dem zitierten Urteil zutreffend ausgeführt hat, dass der Gegner sich im Allgemeinen nicht auf ein bloßes Bestreiten beschränken darf. Die Erklärungslast setzt aber voraus, dass die andere Partei, wie hier, ihrer Darlegungslast genügt hat. Anderenfalls würde sie in eine Umkehr der Darlegungs- und Beweislast bzw. in eine Widerlegungslast ausarten. Erfüllt der Kläger die ihm obliegende Darlegungslast, muss sich auch der Gegner substantiiert äußern bzw. muss zur Vermeidung unzulässigen Bestreitens mit Nichtwissen Erkundigungen einholen (vgl. Zöller/Greger, ZPO, 26. Aufl., § 138 ZPO Rz. 16 m.w.N.). Trägt der Kläger, wie hier, die konkreten Umstände vor, muss sich die Beklagte dann ebenso konkret äußern. 61

Dies ist der Beklagten auch zumutbar und möglich. Sie hat selbst nicht behauptet, dass die vom Kläger erwähnten Arbeitnehmer, Vorarbeiter und Meister nicht mehr befragt werden könnten, weil diese etwa sämtlich verstorben oder nicht auffindbar seien. Deshalb darf die Beklagte auch Umstände, die zeitlich in den Arbeitseinsatz des Klägers bei der S. fallen, nicht gemäß § 138 Abs. 4 ZPO mit Nichtwissen bestreiten. Die Beklagte hat zudem nicht einmal ansatzweise dargelegt, wie überhaupt der Einsatz des Klägers, ohne dass ein verantwortlicher Mitarbeiter der S. vor Ort gewesen wäre, in den Kraftwerken Fortuna bzw. Weisweiler habe geregelt werden können. Wenn nämlich kein Vorarbeiter oder Meister der T. vor Ort im Kraftwerk gearbeitet hat, um dem Kläger konkrete Weisungen zu erteilen, können solche Anweisungen, insbesondere hinsichtlich der Schichteinteilung, des Wechsels der Tätigkeit sowie die Anordnung von Mehrarbeit letztlich nur von Vorgesetzten der S., also den zuständigen Meistern und Vorarbeitern, die der Kläger auch namentlich benannt hat, erteilt worden sein. 62

Selbst wenn man unterstellt, dass Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen und Urlaubsanträge bei der T. einzureichen waren, bleibt wieder offen, ob sie nicht zunächst bei den Vorgesetzten der S. eingereicht worden sind. Hinsichtlich der Urlaubsanträge ist außerdem offen, ob diese mit den Vorgesetzten der S. abgestimmt worden sind, ehe sie - quasi bereits genehmigt - der T. nur noch zur Kenntnis und zur weiteren Bearbeitung weitergereicht worden sind. In diesem Zusammenhang ist auch von Bedeutung, dass der Kläger weder während seines Urlaubs noch während Zeiten einer Arbeitsunfähigkeit jemals durch einen anderen Arbeitnehmer der T. ersetzt worden ist. Auch dies spricht dafür, dass allein die S. eine Personalplanung betrieben und einen Urlaubsplan aufgestellt hat, die für den Kläger verbindlich gewesen sind. Auch diesen Umstand hat die Beklagte nicht hinreichend bestritten. 63

cc) Die Überlassung des Klägers an die S. beruhte auf einem zwischen ihr und der T. geschlossenen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag im Sinne des Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG a.F.. 64

aaa) Nach Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG a.F. muss sich die Arbeitnehmerüberlassung auf der Grundlage eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags vollziehen. Eine z.B. werkvertragliche Vereinbarung ist nicht ausreichend. Auf die Feststellung eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags kann verzichtet werden, wenn die tatsächliche Handhabung zwischen den beteiligten Arbeitgebern den Tatbestand der Arbeitnehmerüberlassung erfüllt. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist bei Abweichen von dem Vertragsinhalt und seiner tatsächlichen Durchführung Letztere maßgeblich. Dies kann allerdings nur dann gelten, wenn die tatsächliche Durchführung von dem Willen der am Abschluss der vertraglichen Vereinbarung beteiligten Arbeitgeber umfasst war. Die Berücksichtigung der praktischen Vertragsdurchführung dient der Ermittlung des wirklichen Geschäftsinhalts, also dessen, was die Vertragsparteien wirklich gewollt haben. 65

Die Vertragspraxis lässt aber nur dann Rückschlüsse auf den wirklichen Geschäftswillen der Vertragspartner zu, wenn die zum Vertragsabschluss berechtigten Personen die vom Vertragswortlaut abweichende Vertragspraxis kennen und sie zumindest billigen. Der Arbeitnehmer, der die vertragliche Vereinbarung zwischen den beiden Arbeitgebern nicht kennt, muss nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts Tatsachen vortragen, die eine Würdigung rechtfertigen, wonach der Arbeitnehmer einem Entleiher zur Arbeitsleistung überlassen ist. Es ist dann Aufgabe des Entleihers, die Tatsachen darzulegen, die gegen das Vorliegen des Tatbestands aus Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG a.F. sprechen. Er genügt seiner Darlegungslast, wenn er die eine werkvertragliche Vereinbarung begründenden Tatsachen vorträgt. In diesem Fall ist es dann Sache des Arbeitnehmers, die Kenntnis der auf Seiten der beteiligten Arbeitgeber handelnden und zum Vertragsabschluss berechtigten Personen von der tatsächlichen Vertragsdurchführung vorzutragen (vgl. BAG vom 2.. August 2008 - 7 AZR 269/07 - a.a.O., [24], m.w.N.) 66

bbb) Die Beklagte hat das Bestehen einer auf eine Arbeitnehmerüberlassung gerichteten Vereinbarung zwischen der S. und der T. nicht wirksam bestritten. 67

Die Überlassung des Klägers beruhte unstreitig auf einer vertraglichen Absprache zwischen der S. und der T. als seinem vormaligen Vertragsarbeitgeber. Der Kläger hat schlüssig eine Durchführung der zwischen der S. und der T. getroffenen Vereinbarung vorgetragen, die den Schluss auf das Vorliegen eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrages zulässt. Die Beklagte hätte, um diesem Sachvortrag substantiiert entgegen zu treten, im Einzelnen darlegen müssen, dass es sich bei der Vereinbarung zwischen der S. und der T. um einen Werkvertrag gehandelt hat, und dass eine abweichende Vertragsdurchführung den zum Vertragsabschluss berechtigten Personen unbekannt geblieben ist. Dies hat die Beklagte indes nicht getan. Die Beklagte hat nicht schlüssig dargelegt, dass der Kläger im Rahmen einer werkvertraglichen Beziehung zwischen der S. und dem vormaligen Vertragsarbeitgeber des Klägers tätig gewesen ist. Die Beklagte hat das Bestehen eines Werkvertrags lediglich pauschal behauptet. Sie hat jedoch weder die angeblich vereinbarten Vertragsbedingungen dargestellt noch (eine) entsprechende Vertragsurkunde(n) vorgelegt. Es fehlt insbesondere an Ausführungen der Beklagten, welche Vereinbarungen die S. mit der T. über die vom Kläger in der Zeit vom 06.02.1984 bis 30.11.1989 in den Kraftwerken Fortuna bzw. Weisweiler ausgeführten Tätigkeiten getroffen haben will. 68

dd) Da der Kläger der S. vom 06.02.1984 bis 30.11.1989 zur Arbeitsleistung überlassen worden ist, lag für diese Zeit kraft gesetzlicher Anordnung zwischen dem Kläger und der S. ein Arbeitsverhältnis vor. Dies gilt unabhängig davon, ob die T. für diese Zeit über eine 69

Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung nach Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG a.F. verfügt hat oder nicht.

aaa) Sollte die T. am 21.01.1985 über keine Erlaubnis verfügt haben, ist nach Art. 1 § 10 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 9 Nr. 1 AÜG a.F. ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der S. zu fingieren. Nach Art. 1 § 9 Nr. 1 AÜG a.F. war der Arbeitsvertrag zwischen dem Kläger und der T. unwirksam, weil der Kläger der S., ohne dass die Erlaubnis nach Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG a.F. vorlag, gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen worden war. Das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit im Sinne des Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG a.F. liegt bereits wegen der Zeitdauer der Überlassung des Klägers an die S. vor. 70

bbb) Sollte die T. über eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung verfügt haben, ergäbe sich dieselbe Rechtsfolge aus Art. 1 § 2. i. V. m. § 1 Abs. 3., § 4. Abs. 1 Nr. 6 AÜG a.F.. 71

(1) In Art. 1 § 2. AÜG in der bis zum 31.03.1997 geltenden Fassung war bestimmt, dass bei einem Arbeitsverhältnis, das auf einer entgegen § 4 des Arbeitsförderungsgesetzes ausgeübten Arbeitsvermittlung beruhte, die arbeitsrechtlichen Ansprüche des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber dieses Arbeitsverhältnisses nicht durch Vereinbarung ausgeschlossen werden konnten. Diese Bestimmung enthielt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts eine Art. 1 § 10 Abs. 1 AÜG a.F. ergänzende Regelung, durch die bei einer als unerlaubte Arbeitsvermittlung anzusehenden Überlassung nach Art. 1 § 1 Abs. 3. AÜG a.F., bei der die in Art. 1 § 4. Abs. 1 Nr. 6 AÜG a.F. enthaltenen Höchstgrenzen überschritten wurden, neben dem fortbestehenden vertraglichen Arbeitsverhältnis zum Verleiher ein Arbeitsverhältnis mit dem Beschäftigungsunternehmen begründet wurde (vgl. BAG vom 19. März 2003 - 7 AZR 267/02 - AP Nr. 4 zu § 2. AÜG = EzAÜG § 1 Nr. 12, zu II 1 der Gründe; BAG vom 2.. August 2008 - 7 AZR 269/07 - a.a.O.). 72

Nach Art. 1 § 1 Abs. 3. AÜG a.F. wurde vermutet, dass derjenige, der Arbeitnehmer Dritten zur Arbeitsleistung überlässt, Arbeitsvermittlung betreibt, wenn der Überlassende nicht die üblichen Arbeitgeberpflichten oder das Arbeitgeberrisiko übernimmt (Art. 1 § 4. Abs. 1 Nr. 1 bis 5 AÜG a.F.) oder wenn die Dauer der Überlassung im Einzelfall die in Art. 1 § 4. Abs. 1 Nr. 6 AÜG .F. enthaltene Höchstüberlassungsdauer übersteigt. Diese gesetzliche Vermutung konnte, so das Bundesarbeitsgericht, nur so verstanden werden, dass unter den genannten Voraussetzungen die Überlassung des Arbeitnehmers an einen Dritten als Zusammenführung des Arbeitnehmers mit dem Dritten zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses angesehen wird. Das Vorliegen der Vermutung des Art. 1 § 1 Abs. 3. AÜG a.F. führte danach zum Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Arbeitnehmer und dem Dritten, dem er zur Arbeitsleistung überlassen worden ist. Nur auf diese Weise wurde eine rechtliche Grundlage geschaffen, auf der die von Art. 1 § 2. AÜG a.F. geschützten arbeitsrechtlichen Ansprüche des Arbeitnehmers gegen den ihn beschäftigenden Dritten entstehen konnten (vgl. BAG vom 23. November 1988 - 7 AZR 34/88 - AP Nr. 14 zu § 1 AÜG = EzA AÜG § 4. Nr. 1, zu II 1 der Gründe, m.w.N.; BAG vom 2.. August 2008 - 7 AZR 269/07 - a.a.O., [30], m.w.N.). 73

(3.) Die T. hat den Kläger in der Zeit vom 06.02.1984 bis 30.11.1989 an denselben Entleiher für einen Zeitraum zur Arbeitsleistung überlassen, der über die höchstzulässige Dauer des Art. 1 § 4. Abs. 1 Nr. 6 AÜG a.F. weit hinausgeht. 74

Nach der im Jahr 1984 geltenden Regelung in Art. 1 § 4. Abs. 1 Nr. 6 AÜG betrug die zulässige Überlassungsdauer drei aufeinander folgende Monate. Der Drei-Monats-Zeitraum ist mit Wirkung ab dem 1. Mai 1985 zunächst auf sechs und ab dem 1. August 1994 auf neun aufeinander folgende Monate verlängert worden. Es ist deshalb zu vermuten, dass die T. in 75

dieser Zeit Arbeitsvermittlung betrieben hat (Art. 1 § 1 Abs. 3. AÜG a.F.).

b) Die Rechtsfolgen der Fiktion nach Art. 1 § 10 Abs. 1 AÜG a.F. wie auch nach Art. 1 § 2. AÜG a.F. sind gleich. Inhalt und Dauer des so begründeten Arbeitsverhältnisses bestimmen sich nach den für den Betrieb des Entleihers geltenden Vorschriften und sonstigen Regelungen (Art. 1 § 10 Abs. 1 S. 4 AÜG a.F.), insbesondere nach den dort einschlägigen Regelungen in Betriebsvereinbarungen und betrieblichen Übungen. 76

3.. Der Kläger hat das Recht, sich auf die Entstehung eines mit der S. fingierten Arbeitsverhältnisses zu berufen, nicht durch eine vertragliche Abbedingung der sich aus dem AÜG ergebenden Rechtsfolgen verloren. Er hat auch nicht gegenüber der S. anerkannt, dass vor dem 01.12.1989 kein Arbeitsverhältnis zu ihr bestand. 77

a) Der Kläger und die S. haben durch die Regelung im Arbeitsvertrag vom 16.11.1989, wonach die Betriebszugehörigkeit zur S. „ab 01.12.1989“ rechnet, die Rechte aus einem zuvor nach Art. 1 § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG a.F. fingierten Arbeitsverhältnis nicht abbedungen. Dabei kann dahinstehen, ob eine rückwirkende Abbedingung der Wirkungen von Art. 1 § 10 AÜG a.F. überhaupt wirksam wäre (offengelassen: BAG vom 18. Februar 2003 - 4. AZR 160/02 - AP Nr. 5 zu § 2. AÜG = EzA AÜG § 10 Nr. 11, zu B II 1 der Gründe). Denn eine rückwirkende Abbedingung aller etwa aus einem nach Art. 1 § 10 Abs. 1 AÜG a.F. fingierten Arbeitsverhältnis erwachsenen Rechte durch Abschluss eines Arbeitsvertrags mit dem Entleiher setzt zwingend voraus, dass die Parteien dieses Arbeitsvertrags bei dessen Abschluss einen hierauf gerichteten rechtsgeschäftlichen Willen zum Ausdruck gebracht haben (vgl. BAG vom 2.. August 2008 - 7 AZR 269/07 - a. a. O., m. w. N.). 78

Hierfür ist im Streitfall nichts ersichtlich. 79

Allein die Angabe des Beginn des Beschäftigungsverhältnisses mit dem Datum „01.12.1989“, welches dem förmlichen Vertragsbeginn entspricht, lässt, worauf das Bundesarbeitsgericht zu Recht hingewiesen hat, nicht erkennen, dass die Vertragsparteien oder eine von ihnen es für möglich hielten, dass in der Zeit zuvor bereits ein Arbeitsverhältnis kraft gesetzlicher Fiktion bestanden hat und sie mit diesem vertraglichen Hinweis alle etwaigen Rechtsfolgen aus diesem Arbeitsverhältnis beseitigen wollten (vgl. BAG vom 2.. August 2008 - 7 AZR 269/07 - a. a. O., [34], m. w. N.). 80

Selbst wenn der Wille der S. auf die Herbeiführung einer derartigen Rechtsfolge gerichtet gewesen sein sollte, ist dies im Arbeitsvertrag nicht zum Ausdruck gekommen. Ein etwa hierauf gerichteter Wille der S. war jedenfalls für den Kläger vom objektiven Empfängerhorizont allein auf Grund der Regelungen im Arbeitsvertrag nicht erkennbar. Die Beklagte hat keine Anhaltspunkte vorgetragen, aus denen geschlossen werden könnte, dass auch der Kläger sich durch diese Vereinbarung etwaiger Rechte aus einem zuvor aus Art. 1 § 10 Abs. 1 AÜG a.F. fingierten Arbeitsverhältnis begeben wollte. Durch den Abschluss des Arbeitsvertrages vom 16.11.1989 haben die Parteien nicht das bereits kraft Gesetz bestehende Arbeitsverhältnis aufgelöst, sondern diesem eine neue vertragliche Grundlage gegeben (vgl. BAG vom 2.. August 2008 - 7 AZR 269/07 - a.a.O.). 81

b) Aus den zuvor genannten Gründen hat der Kläger durch den Abschluss des Arbeitsvertrages vom 16.11.1989 nicht gemäß § 397 Abs. 3. BGB anerkannt, dass zuvor kein Arbeitsverhältnis kraft Gesetzes mit der S. bestanden hat (vgl. BAG vom 2.. August 2008 - 7 AZR 269/07 - a.a.O.). 82

83

4.. Der Kläger hat das Recht, sich auf die Entstehung eines Arbeitsverhältnisses mit der S. zu berufen, auch nicht materiell-rechtlich verwirkt.

Es kann dahinstehen, ob das Recht, sich auf den Bestand eines Arbeitsverhältnisses zu berufen, überhaupt verwirken kann (vgl. hierzu die Nachweise im Urteil des BAG vom 2.. August 2008 - 7 AZR 269/07 - a.a.O., [36]), denn die Voraussetzungen für die Verwirkung sind nicht erfüllt. 84

a) Die materiell-rechtliche Verwirkung ist ein Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung und soll dem Bedürfnis nach Rechtsklarheit dienen. Es ist nicht Zweck der Verwirkung, Schuldner, denen gegenüber Gläubiger ihre Rechte längere Zeit nicht geltend gemacht haben, von ihrer Pflicht zur Leistung vorzeitig zu befreien. Deshalb kann allein der Zeitablauf die Verwirkung eines Rechts nicht rechtfertigen. Es müssen vielmehr zu dem Zeitmoment besondere Umstände sowohl im Verhalten des Berechtigten als auch des Verpflichteten hinzutreten (Umstandsmoment), die es rechtfertigen, die späte Geltendmachung des Rechts als mit Treu und Glauben unvereinbar und für den Verpflichteten als unzumutbar anzusehen. 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 damit dem Vertrauensschutz (vgl. BAG vom 19. März 2003 - 7 AZR 267/02 - AP Nr. 4 zu § 2. AÜG = EzAÜG § 1 Nr. 12, zu III 4 a der Gründe; BAG vom 2.. August 2008 - 7 AZR 269/07 - a.a.O., [37]). 85

b) Es kann dahinstehen, ob vorliegend das erforderliche Zeitmoment erfüllt ist, denn jedenfalls liegen die Voraussetzungen für die Erfüllung des sog. Umstandsmoments nicht vor. 86

aa) Besondere Umstände im Verhalten des Klägers, auf Grund derer die Beklagte bzw. die S. ein schutzwürdiges Vertrauen darauf hätten entwickeln können, dass der Kläger sie nicht mehr in Anspruch nehmen würde, liegen nicht vor. Der Kläger hatte zumindest bis zum Jahr 2003 keine Kenntnis vom Vorliegen einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung von der T. an die S.. Daher ist es unerheblich, dass z.B. im Arbeitsvertrag vom 16.11.1989 als Eintrittsdatum der 01.12.1989 aufgeführt ist. Das Schreiben der S. aus Dezember 1989 ist deshalb auch nicht ausreichend. Das bloße Schweigen des Klägers auf dieses Schreiben konnte keinen Vertrauenstatbestand schaffen, zumal die Beklagte nicht davon ausgehen durfte, dass der Kläger zu diesem Zeitpunkt Kenntnis von einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung an die S. gehabt hatte. 87

Der Kläger hat zwar in der Folge mit Schreiben vom September 2003 unter Hinweis auf das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 18.02.2003 - 4. AZR 160/02 - die Anerkennung einer längeren Betriebszugehörigkeit seit dem 06.02.1984 geltend gemacht. Insoweit wird ihm das Problem der unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung an die S. zu diesem Zeitpunkt erstmals bewusst geworden sein. Die Beklagte hat dem Kläger mit Schreiben 09.09.2003 jedoch mitgeteilt, die T. sei zwar ein Konzernunternehmen, und grundsätzlich könnten Vordienstzeiten bei Konzernunternehmen unter bestimmten Voraussetzungen auch angerechnet werden, in seinem Fall seien die Voraussetzungen aber nicht erfüllt. 88

Zwar hat der Kläger auf dieses Schreiben nicht mehr reagiert, gleichwohl durfte die Beklagte aber nicht darauf vertrauen, dass er seine Rechte aus dem AÜG nicht mehr weiter verfolgen würde. Der Kläger hat nämlich nach Erhalt des Schreibens der Beklagten vom 09.09.2003 keine Umstände gesetzt, die ein entsprechendes berechtigtes Vertrauen der Beklagten hätten begründen können. Hingegen ist sein bloßes Schweigen auf die unzutreffende 89

Auskunft der Beklagten im Schreiben vom 09.09.2003, die sich seinerzeit in keiner Weise mit der Problematik der unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung auseinander-gesetzt hatte, hierfür nicht ausreichend. Vielmehr musste die Beklagte damit rechnen, dass der Kläger, wie es auch zahlreiche andere Arbeitnehmer bereits zuvor getan haben, seine Rechte aus der unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung zu einem späteren Zeitpunkt im Wege einer arbeitsgerichtlichen Klage noch einmal weiterverfolgen könnte.	
bb) Selbst wenn man aber zugunsten der Beklagten unterstellt, sie habe aufgrund des Schweigens des Klägers auf ihr Schreiben vom 09.09.2003 darauf vertrauen dürfen, dieser werde sich nicht mehr auf die Entstehung eines Arbeitsverhältnisses kraft Gesetzes am 06.02.1984 berufen, wäre dieses Vertrauen jedenfalls nicht schutzwürdig.	90
Die Beklagte oder die S. müssten Dispositionen getroffenen haben, auf Grund derer der Beklagten die Erfüllung möglicher Ansprüche des Klägers auf der Grundlage einer Betriebszugehörigkeit seit 06.02.1984 nicht zuzumuten wäre. Dies ist jedoch nicht der Fall. In diesem Zusammenhang beruft sich die Beklagte darauf, dass sie es unterlassen habe, höhere Rückstellungen für die Altersversorgung zu bilden. Dies rechtfertigt nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts jedoch nicht die Annahme, dass der Beklagten die Erfüllung der Ansprüche des Klägers aus wirtschaftlichen Gründen unzumutbar wäre (so ausdrücklich: BAG vom 10. Oktober 2007 - 7 AZR 487/06 - a.a.O., m.w.N.; BAG vom 2.. August 2008 - 7 AZR 269/07 - a.a.O., [46]).	91
B.	92
Die Klage ist auch zulässig (I.) und begründet (II.), soweit der Kläger die Feststellung begehrt, dass zwischen den Parteien bereits seit dem 06.02.1984 ein unverfallbares Anwartschaftsverhältnis auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung nach Maßgabe der Versorgungsordnung der Beklagten vom 09.02.1989 besteht.	93
I.	94
Die Feststellungsklage ist zulässig, insbesondere liegt das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse vor. Der Kläger hat ein berechtigtes Interesse an dieser Feststellung.	95
Die Beklagte geht davon aus, dass zwischen den Parteien erst seit dem 01.12.1989 ein Arbeitsverhältnis besteht. Dies hätte, wie dem Schreiben der S. aus Dezember 1989 zu entnehmen ist, zur Folge, dass die betriebliche Altersversorgung des Klägers sich nach der ungünstigeren Versorgungsrichtlinie vom 19.12.1989 richten würde und nicht mehr nach der Versorgungsrichtlinie vom 09.02.1989.	96
Das vom Kläger erstrebte Feststellungsurteil ist auch geeignet, die Frage nach der anwendbaren Versorgungsrichtlinie endgültig zu klären.	97
II.	98
Die Klage ist aus den unter A.) dargelegten Gründen auch insoweit begründet. Es besteht zwischen den Parteien bereits seit dem 06.02.1984 ein Arbeitsverhältnis. Dies hat zur Folge, dass ausweislich des Schreibens der S. aus Dezember 1989 die sog. Richtlinien für die Ruhegeld- und Hinterbliebenenversorgung der S. vom 09.02.1989 anzuwenden sind.	99
C.	100
	101

1. Die Kosten des Rechtsstreits hat gemäß § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO in Verbindung mit § 46 Abs. 3. ArbGG die Beklagte zu tragen.	102
3.. Den Wert des - auch für die Gerichtskosten maßgebenden - Streitgegenstandes hat die Kammer gemäß den §§ 61 Abs. 1 ArbGG, 46 Abs. 3. ArbGG	103 104
i. V. m. § 42 Abs. 3. S. 1 GKG festgesetzt.	105
RECHTSMITTELBELEHRUNG	106
Gegen dieses Urteil kann von der beklagten Partei	107
B e r u f u n g	108
eingelegt werden, soweit es sich um eine Bestandsschutzstreitigkeit handelt oder sofern der Wert des Beschwerdegegenstandes 600,00 EUR übersteigt.	109
Für die klagende Partei ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.	110
Die Berufung muss	111
innerhalb einer N o t f r i s t * von einem Monat	112
	113
beim Landesarbeitsgericht Düsseldorf, Ludwig-Erhard-Allee 21, 40227 Düsseldorf, Fax: 0211 7770 2199 eingegangen sein.	114
Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach dessen Verkündung.	115
Die Berufungsschrift muss von einem Bevollmächtigten unterzeichnet sein.	116
Als Bevollmächtigte sind nur zugelassen:	117
1.Rechtsanwälte,	118
2.Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,	119
3.Juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nr. 20 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung der Mitglieder dieser Organisation oder eines anderen Verbandes oder Zusammenschlusses mit vergleichbarer Ausrichtung entsprechend deren Satzung durchführt und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.	120
Eine Partei, die als Bevollmächtigter zugelassen ist, kann sich selbst vertreten.	121
* Eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.	122
gez. B a c h l e r	123

