
Datum: 03.06.2003
Gericht: Landesarbeitsgericht Köln
Spruchkörper: 13. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 13 (3) Sa 2/03
ECLI: ECLI:DE:LAGK:2003:0603.13.3SA2.03.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Köln, 11 Ca 2727/02
Schlagworte: Verwirkung, Arbeitnehmerüberlassung, Zeit- und Umstandsmoment
Normen: § 9 Nr. 1 AÜG, § 10 AÜG
Sachgebiet: Arbeitsrecht
Leitsätze:

Das Recht, im Falle der unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung, den Bestand eines Arbeitsverhältnisses zum Verleiher geltend zu machen, kann verirken. Wegen der Eilbedürftigkeit der Klärung des Bestands des Arbeitsverhältnisses kann das Zeitelement der Verwirkung jedenfalls nach Ablauf von etwa einem Jahr gegeben sein.

Tenor:

1. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 12.09.2002 – 11 Ca 2727/02 – wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten der Berufung trägt der Kläger
3. Die Revision wird nicht zugelassen.

Der Kläger war vom 25.03.1999 bis zum 31.12.2000 bei der K M - und V GmbH & Co KG (nachfolgend K KG) als Sicherungskraft beschäftigt auf der Grundlage des Arbeitsvertrages vom 30.03.1999 (Blatt 15 der Akte). Sein Verdienst betrug etwa 1.800 EUR brutto. Seit dem Jahre 1990 stellte K Sicherungskräfte für den Flughafen K ab. Im Jahre 1999 schloss sie zusätzlich mit der Beklagten einen Vertrag über Werkschutzdienste ab. In diesem Zusammenhang setzte die K KG den Kläger als sogenannte Werkschutzfachkraft am Flughafen K /B ein. Die K KG besitzt keine Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 AÜG zur Überlassung von Arbeitnehmern.

Die K KG sprach gegenüber dem Kläger die fristgerechte Kündigung zum 31.12.2000 aus. Hiergegen erhob der Kläger Kündigungsschutzklage und machte Annahmeverzugslohn geltend. 2

Mit Schreiben vom 08.01.2001 wandte sich der Kläger über seine Prozessbevollmächtigten an die Beklagte und vertrat die Ansicht, wegen unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung nunmehr Arbeitnehmer der Beklagten zu sein. Er forderte die Beklagte auf, schriftlich anzuerkennen, dass sie Arbeitgeberin des Klägers sei. Die Beklagte wies dies mit Schreiben vom 23.01.2001 zurück. Wörtlich heißt es in dem Schreiben: 3

"In der Sache sehe ich bislang keinen Anlass, das von Ihnen geforderte Anerkenntnis abzugeben und verweise insoweit auf die im Urteil des BAG vom 31.03.1993 (7 AZR 338/92) aufgestellten Kriterien zur Arbeitnehmerüberlassung, die vorliegend offensichtlich nicht erfüllt sind." 4

Der Kläger wartete zunächst den weiteren Fortgang des Kündigungsschutzverfahrens gegen die K KG ab, bis er mit Schreiben vom 15.03.2001 an die Beklagte und an die D Resturlaub für das Jahr 2000 sowie neuen Urlaub beantragte. Das Schreiben endet mit dem Hinweis: 5

"Sollte ich bis zum 01.04.2001 nicht gegenteiliges von Ihnen hören, gehe ich davon aus, dass die o.g. Urlaubszeiten genehmigt sind." 6

Beide Unternehmen reagierten auf dieses Schreiben nicht. 7

Unter dem 18.05.2001 schlossen der Kläger und die K KG im Rahmen des Kündigungsschutzverfahrens vor dem Arbeitsgericht Köln einen Vergleich, dessen Inhalt auszugsweise wie folgt lautet: 8

1. Das Arbeitsverhältnis endete durch ordentliche, arbeitgeberseitige, betriebsbedingte Kündigung vom 14. November mit dem 31. Dezember 2000. 9

2. Bis zu diesem Zeitpunkt wird das Arbeitsverhältnis unter Fortzahlung der Bezüge ordnungsgemäß abgewickelt. ... 10

5. Die Beklagte verpflichtet sich, an den Kläger als Entschädigung gemäß §§ 9, 10 KSchG, 3 Ziff. 9 EStG 9.500,-- DM zu zahlen. 11

6. ... Es sind alle wechselseitigen Ansprüche der Parteien ausgeglichen. 12

Unter dem 15.03.2002 erhob der Kläger gegen die Beklagte Klage auf Feststellung des Bestehens eines Beschäftigungsverhältnisses zwischen den Parteien seit dem 25.03.1999. Die Klage wurde der Beklagten am 20.03.2002 zugestellt. 13

Der Kläger hat behauptet, in den Betriebsablauf und die Weisungshierarchie der Beklagten eingebunden gewesen zu sein. Ihm seien sämtliche Anweisungen durch Mitarbeiter der Beklagten erteilt worden, Rücksprache mit der K KG wegen Arbeitszeit, Bereitschaftsdienste seien nicht nötig gewesen. Auch seien ihm Arbeitsmittel wie Telefon, Formulare, Büroraum etc. von der Beklagten zur Verfügung gestellt worden. Er habe zudem Ausweise der Beklagten tragen müssen. Wegen dieser Einbindung in die betriebliche Organisation und Betriebsabläufe könne keine Rede davon sein, im Rahmen eines Werkvertrages zwischen der K KG und der Beklagten eingesetzt gewesen zu sein; vielmehr liege Arbeitnehmerüberlassung vor. Da die K KG keine Erlaubnis zur Überlassung von Arbeitnehmern im Sinne des § 1 Abs. 1 AÜG besitze, liege nach seiner Meinung ein Fall unerlaubter Arbeit-	14
nehmerüberlassung vor mit der Folge, dass er entsprechend der Regelung des § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG i.V.m. § 9 Nr. 1 AÜG als bei der Beklagten beschäftigt anzusehen sei.	15
Der Kläger hat beantragt	16
1. festzustellen, dass seit dem 25.03.1999 zwischen ihm	17
und er Beklagten ein Arbeitsverhältnis bestehe;	18
2. die Beklagte zu verurteilen, Auskunft über die Gehaltshöhe	19
der bei ihr beschäftigten Sicherheitskräfte in Deutschland	20
zu erteilen.	21
Die Beklagte hat beantragt,	22
die Klage abzuweisen.	23
Die Beklagte hat den Standpunkt vertreten, zwischen der K KG und ihr habe ein als Dienstverhältnis i.S.d. §§ 611 ff. BGB zu qualifizierender Sicherungsvertrag bestanden und kein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag i.S.d. § 9 Nr. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 AÜG. Sie allein habe die Organisationsgewalt inne gehabt, ihr oblagen die Einsatzplanung und Kontrolle ihrer Mitarbeiter. Aber auch die Personalführung sei von ihr wahrgenommen worden, so seien Krankmeldungen oder Urlaubsscheine bei ihr abzugeben gewesen.	24
Zudem seien etwaige Ansprüche verwirkt. Durch die langandauernde Untätigkeit des Klägers nach dem Ablehnungsschreiben der Beklagten habe sie nicht mehr damit rechnen müssen, dass der Kläger das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses ihr gegenüber noch geltend machen werde. Vielmehr habe sie nach mehr als einem Jahr darauf vertrauen dürfen, dass den Kläger die zitierte Rechtsprechung überzeugt habe und er sein Ansinnen nicht weiter verfolgen würde. Den Urlaubsantrag habe sie nicht als Geltendmachung verstanden und	25
daher unbeantwortet gelassen. Folglich sei sie von der Klageerhebung im März 2002 völlig überrascht gewesen.	26
Dem Einwand der Verwirkung hat der Kläger nicht nur die schriftliche Geltendmachung vom 08.01.2001 sowie den Urlaubsantrag vom 15.03.2001 entgegengehalten. Er hat ferner behauptet, bei einem Besuch der Beklagten zusammen mit dem Zeugen B	27

unmissverständlich zum Ausdruck gebracht zu haben, dass er die Ansprüche weiterverfolge, zunächst jedoch das Kündigungsschutzverfahren gegen die K KG abwarten wolle.

Das Arbeitsgericht Köln hat die Klage unter Hinweis auf Verwirkung abgewiesen. Wegen der Einzelheiten der Entscheidung wird auf Blatt 89 ff der Akten Bezug genommen. 28

Gegen das ihm am 02.12.2002 zugestellte erstinstanzliche Urteil hat der Kläger am 02.01.2003 Berufung eingelegt, die am 03.02.2003, einem Montag, begründet worden ist. Er rügt, dass das Arbeitsgericht die Voraussetzungen der Verwirkung verkannt und gerichtsbekannte Tatsachen zugunsten der Beklagten unterstellt habe. Er räumt zwar ein, dass man von einem Zeitmoment ausgehen könne, nicht aber von einem Umstandsmoment. Maßgeblich dafür sei der Empfängerhorizont; und die Beklagte habe weder vom Kündigungsschutzverfahren noch von dessen Ausgang Kenntnis gehabt, auch wenn – wie er in der letzten mündlichen Verhandlung einräumt – irgendwann etwas über ein Kündigungsschutzverfahren durchgesickert sei. Allein der Urlaubsantrag habe ihr deutlich machen müssen, dass er weiterhin von einem Beschäftigungsverhältnis ausgehe. Anderenfalls mache ein Urlaubsantrag keinen Sinn. 29

Der Kläger beantragt, 30

unter Abänderung des angefochtenen Urteils nach den 31

in erster Instanz gestellten Schlussanträgen zu erkennen. 32

Die Beklagte beantragt, 33

die Berufung zurückzuweisen. 34

Die Beklagte tritt hinsichtlich der Verwirkung des Rechts, das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses geltend zu machen, den Ausführungen des erstinstanzlichen Urteils bei. Sie habe Kenntnis vom anhängigen Kündigungsschutzverfahren und dessen vergleichsweiser Beendigung gehabt. Darüber hinaus verweist sie darauf, dass zu keinem Zeitpunkt ein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag vorgelegen habe. 35

Wegen der weiteren Einzelheiten haben die Parteien auf ihre im zweiten Rechtszug gewechselten Schriftsätze Bezug genommen. 36

Entscheidungsgründe 37 38

1. Die Berufung des Klägers ist zulässig, weil sie an sich statthaft (§ 64 Abs. 1 und 2 c) ArbGG) und frist- sowie formgerecht eingelegt und begründet worden ist (§§ 66 Abs. 1 Satz 1, 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, i.V.m. §§ 519, 520 ZPO). 39

2. In der Sache hat das Rechtsmittel jedoch keinen Erfolg. Das Arbeitsgericht hat die Klage auf Feststellung und damit auch den Auskunftsanspruch mit Recht als unbegründet abgewiesen. Seine Entscheidungsgründe macht sich die Berufungskammer zu Eigen und ergänzt sie um das Folgende: 40

Das Arbeitsgericht Köln hat zurecht die Frage dahin stehen lassen, ob zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis nach Maßgabe der §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 S. 1 AÜG zustande gekommen war. Jedenfalls kann nunmehr ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten durch Urteil nicht mehr festgestellt werden, da der Kläger dieses Recht bereits vor 41

Klageerhebung verwirkt hatte. Denn das

Rechtsinstitut der Verwirkung gemäß § 242 BGB ist auch bei der Geltendmachung von Arbeitsverhältnissen zu beachten. Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG, Urteil vom 25.05.1988, AP Nr. 5 zu § 242 Stichwort: Prozessverwirkung; BAG Urteil vom 12.08.1999 NZA RR 2002,346) 42

a) Die Verwirkung ist ein Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung und mit dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens verwandt. Sie soll dem Bedürfnis nach Rechtsklarheit dienen. Es ist andererseits nicht der Zweck der Verwirkung, Schuldner, denen gegenüber die Gläubiger längere Zeit ihre Rechte nicht geltend gemacht haben, von ihrer Pflicht zur Leistung vorzeitig zu befreien. Deshalb kann allein der Zeitablauf die Verwirkung eines Rechts nicht rechtfertigen. Um den Tatbestand der Verwirkung auszufüllen, muss neben das Zeitmoment das Umstandsmoment treten. Es müssen also besondere Umstände sowohl im Verhalten des Berechtigten als auch des Verpflichteten hinzukommen, die es rechtfertigen, die späte Geltendmachung des Rechts als mit Treu und Glauben unvereinbar und für den Verpflichteten als unzumutbar anzusehen (ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, vgl. etwa: Urteil vom 25.04.2001 - 5 AZR 497/99 - AP Nr. 46 zu § 242 BGB Verwirkung, m. w. N.; APS-Backhaus, Anm. 83 zu § 1 BeschFG). Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. 43

b) Der Kläger hat dadurch, dass er seine vermeintliche Arbeitnehmerstellung nach Ablehnung durch die Beklagte erst etwa ein Jahre später gerichtlich geltend gemacht hat, das Zeitmoment erfüllt. Das Zeitmoment beginnt schon dann, wenn der Anspruchsberechtigte positive Kenntnis von den tatsächlichen Umständen hat, die seinen Anspruch auslösen könnten (so für den Fall eines Betriebsübergangs: BAG, Urteil vom 27.01.2000 - 8 AZR 106/99 – n.v.). Dies war dem Kläger spätestens im Januar 2000 bekannt, als er die Beklagte aufforderte, seine Arbeitnehmerstellung bei ihr unter dem Gesichtspunkt der unzulässigen Arbeitnehmerüberlassung anzuerkennen. 44

In diesem Zusammenhang kann er sich nicht darauf berufen, dass er durch den Urlaubsantrag seine Auffassung nachdrücklich wiederholt habe, zwischen den Parteien bestünde ein Arbeitsverhältnis. Die erkennende Kammer vermag darin 45

keine Geltendmachung zu erkennen, die geeignet wäre, den Lauf des Zeitmoments zu beenden. Denn bis auf den schlichten Wunsch nach Urlaub enthält das Anschreiben keinen ausdrücklichen Hinweis, der auf die Fortsetzung eines vermeintlichen Beschäftigungsverhältnisses hindeuten könnte, etwa durch Bezugnahme auf das anwaltliche Schreiben aus Januar 2001. 46

Die Dauer von einem Jahr der Untätigkeit ist auch ausreichend. Denn an das zeitliche Element sind keine hohen Anforderungen zu stellen. Mit dem Arbeitsgericht stimmt die erkennende Kammer dem Bundesarbeitsgericht ausdrücklich zu, dass gerade die Frage nach dem Bestand eines Arbeitsverhältnisses besonders klärungsbedürftig ist. Dem hat der Gesetzgeber nicht nur durch die Drei-Wochen-Klagefrist im Kündigungsschutzprozess (§ 4 S. 1 KSchG) Ausdruck verliehen, sondern er hat diese Regelung auch auf Feststellungsklagen im Bezug auf Befristungen (§ 17 S. 1 TzBfG) und auf jede Form der Bestandsklagen gegen Kündigungen eines Insolvenzverwalters (§ 113 Abs. 2 S. 2 InsO) ausgedehnt. In der Entscheidung vom 30.01.1991 (7 ARZ 239/90, EzA § 10 AÜG Fiktion Nr. 68) hat das Bundesarbeitsgericht hierzu ausgeführt, dass das Zeitmoment bereits dann erfüllt ist, wenn nach der Einstellung der Tätigkeit des Arbeitnehmers mehr als 3 Monate vergangen sind. Bezogen auf den hier einschlägigen Fall der unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung hat das 47

LAG Köln diesen Wertungsmaßstab aufgegriffen und wegen der besonderen Eilbedürftigkeit das Zeitelement der Verwirkung nach Ablauf von 3 Monaten als gegeben angesehen (Urteil vom 28.01.2002 – 2 Sa 272/01). In einer anderen Entscheidung hat die 11. Kammer des LAG Köln eine Verwirkung angenommen, wenn seit der Beendigung des als freie Mitarbeiterschaft behandelten Dauerschuldverhältnisses bis zur Erhebung der Statusklage über acht Monate vergangen sind (Urteil vom 06.08.1999 – 11 Sa 336/99). Da vorliegend etwa ein Jahr ungenutzt verstrichen war, bedarf es keiner weiteren Ausführung, dass wegen der Eilbedürftigkeit das Zeitelement gegeben ist.

c) Die Beklagte beruft sich zu Recht darauf, dass der Kläger durch sein Verhalten auch das Umstandsmoment erfüllt hat. Hiervon ist immer dann auszugehen, wenn der Berechtigte unter Umständen untätig geblieben ist, die den Eindruck erwecken konnten, dass er sein Recht nicht mehr geltend machen wolle, so 48

dass der Verpflichtete sich darauf einstellen durfte, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden. Mit der Verwirkung wird die illoyal verspätete Geltendmachung von Rechten ausgeschlossen, sie dient dem Vertrauensschutz (BAG, Urteil vom 25.04.2001, a. a. O.; BAG, Urteil vom 27.01.2000, a. a. O.). 49

Das Verhaltenselement des Verwirkungstatbestandes ist bereits darin zu sehen, dass der Kläger, nachdem die Beklagte ihre Arbeitgeberstellung verneinte, den Fortbestand seinen Beschäftigungsverhältnisses mit der Kötter KG weiterhin gerichtlich geltend machte. Die entsprechende Mitteilung hiervon an die Beklagte räumte der Kläger selbst ein. Dass er nach eigenem Vorbringen darauf hingewiesen haben will, dass er an seiner Rechtsauffassung festhalte, die Geltendmachung aber vom Ausgang des Kündigungsschutzverfahrens abhängig mache, steht dem nicht entgegen. Denn durch die Bezugnahme auf den Ausgang des Parallelverfahrens machte er deutlich, dass eine Inanspruchnahme der Beklagten keineswegs sicher sei. Dass auch nach Abschluss des Parallelverfahrens der Kläger weitere acht Monate verstreichen ließ, ohne seine Arbeitnehmerstellung gegenüber der Beklagten vorbehaltlos geltend zu machen, hat bei der Beklagten zurecht den Vertrauenstatbestand geschaffen, dass der Kläger sie auch in Zukunft nicht mehr als seine Arbeitgeberin ansehen wolle. 50

Vorliegend kommt noch hinzu, dass der Kläger als Leiharbeitnehmer sein Vertragsverhältnis zum Verleiher durch den gerichtlichen Vergleich endgültig löst und damit auch gegenüber dem Entleiher zum Ausdruck bringt, dass er sich nicht mehr dessen Direktionsrecht unterworfen sieht (im Ergebnis ebenso: LAG Köln, Urteil vom 28.01.2002 – 2 Sa 272/01). 51

Die Beklagte hat sich auch tatsächlich darauf eingerichtet, dass der Kläger seine streitbefangene Arbeitnehmerstellung nicht mehr geltend machen würde. Während der gesamten Dauer hat kein Kontakt zum Kläger bestanden, so dass es der Beklagten nach allem nicht mehr zugemutet werden kann, sich mit den Ansprüchen des Klägers auseinander zu setzen. 52

d) Die Frage, ob darüber hinaus der Kläger im Rahmen eines wirksamen Dienstleistungsvertrages eingesetzt war und die Beklagte als Auftraggeberin lediglich solche Anweisungen erteilt hat, die sich auf die Durchführung des Sicherungsvertrages beziehen, oder ob ein Fall unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung im Sinne der §§ 9, 10 AÜG vorlag, kann insoweit dahingestellt bleiben. 53

3. Da der Kläger das Rechtsmittel ohne Erfolg eingelegt hat, muss er nach §§ 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, 97 Abs. 1 ZPO die Kosten der Berufung tragen. Die Revision war nicht nach § 72 54

Abs. 2 ArbGG zuzulassen. Insbesondere hat die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung, weil die Entscheidung auf den besonderen Umständen des Einzelfalls beruht und die angesprochenen Rechtsfragen höchstrichterlich geklärt sind.

Rechtsmittelbelehrung

55

Gegen dieses Urteil ist kein Rechtsmittel gegeben. Auf die Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde nach § 72 a ArbGG wird verwiesen.

56

(Dr. Brondics) (Gerresheim) (Hölscher)

57