


Gericht:	ArbG Stuttgart 11. Kammer	Quelle:	
Entscheidungsdatum:	05.11.2014	Normen:	§ 611 BGB, § 631 BGB, § 9 Nr 1 AÜG, § 10 Abs 1 S 1 AÜG, § 1 Abs 1 S 1 AÜG, § 1 Abs 2 AÜG, § 1 Abs 3 Nr 2 AÜG, § 256 Abs 1 ZPO
Aktenzeichen:	11 Ca 8426/13	Zitiervorschlag:	ArbG Stuttgart, Urteil vom 05. November 2014 - 11 Ca 8426/13 -, juris
Dokumenttyp:	Urteil		

Arbeitnehmerüberlassung im Konzern - Versuchsfahrer - Mechaniker - Werkvertrag

Leitsatz

1. Das Recht eines Leiharbeitnehmers, einen Entleiher auf Feststellung in Anspruch zu nehmen, es bestehe zu ihm ein Arbeitsverhältnis kann auch vergangenheitsbezogen geltend gemacht werden, wenn ein entsprechendes Feststellungsinteresse gegeben ist. Das vergangenheitsbezogene Klagerecht verwirkt nicht, wenn der Kläger ununterbrochen und auch noch im Zeitpunkt der Klageerhebung für den Entleiher tätig war, auch wenn er in dieser Zeit mehrfach seinen Vertragsarbeitgeber/Verleiher gewechselt hat. Dieser Umstand steht auch der materiellrechtlichen Verwirkung des Rechts, sich auf die Entstehung eines Arbeitsverhältnisses zu berufen, entgegen.(Rn.28)

2. Ein Versuchsfahrer erbringt regelmäßig tätigkeitsbezogene Leistungen, die Gegenstand eines Dienstverhältnisses oder Arbeitsverhältnisses sein können, wenn er vorgegebene Fahraufträge abarbeitet. Ein abgrenzbares und abnahmefähiges Werk wird nicht erstellt. Der dem zugrundeliegende Kooperations- bzw. Projektierungsvertrag zwischen zwei Unternehmen ist nicht als Werkvertrag zu qualifizieren, wenn der eine Vertragspartner im Wesentlichen nur die Verfügbarkeit von Fahrern zu gewährleisten hat.(Rn.43)

3. Ein Fall der Arbeitnehmerüberlassung liegt vor, wenn die Konkretisierung der Vertragspflichten erst dadurch erfolgt, dass der "Besteller/Auftraggeber" Weisungen gegenüber den Erfüllungsgehilfen/Arbeitnehmern seines Vertragspartners hinsichtlich des Arbeitsvorgangs, des Arbeitsorts, der Zeiteinteilung usw. erteilt. Entsprechendes gilt auch für die Tätigkeiten eines Mechanikers zur Wartung und Reparatur von Erprobungsfahrzeugen, wenn die Leistungen nicht im Wesentlichen in dem zugrundeliegenden Vertrag festgelegt sind. Auf die Bezeichnung als "Werkvertrag" kommt es nicht an, sondern vorrangig auf die tatsächlichen Verhältnisse.(Rn.37) (Rn.43)

4. Sind die Vertragsbeziehungen mehrerer Unternehmen und einer Arbeitskraft danach als Arbeitnehmerüberlassung einzuordnen und liegen die Voraussetzungen für die erlaubnisfreie konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des § 1 Abs. 3 Ziff. 2 AÜG aF nicht vor, kommt ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher zustande. Das Arbeitsverhältnis wird nicht dadurch beendet, dass der Arbeitnehmer in der Folgezeit bei unverändertem Einsatz ein Arbeitsverhältnis mit einem anderen Arbeitgeber begründet, der über die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung verfügt. Mit Abschluss eines solchen Arbeitsvertrages übt der Arbeitnehmer kein Wahlrecht zugunsten eines neuen Arbeitsverhältnisses unter Aufgabe des kraft Gesetzes mit dem Entleiher zustandekommenen aus.(Rn.59) (Rn.74)

Diese Entscheidung wird zitiert

Literaturnachweise

Praxisreporte

Tenor

1. Es wird festgestellt, dass zwischen den Parteien seit dem 7. Juni 2004 ein Arbeitsverhältnis besteht.
2. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.
3. Der Streitwert wird auf Euro 11.700,00 festgesetzt.

Tatbestand

- 1 Zwischen den Parteien ist der Bestand eines Arbeitsverhältnisses aufgrund gesetzeswidriger Arbeitnehmerüberlassung im Streit.
- 2 Der Kläger ist Jahrgang 1971, verheiratet und hat zwei Kinder. Er trat zum 07.06.2004 als Versuchsfahrer in die Dienste der D. F. GmbH (nachfolgend: D., befristete Arbeitsverträge = Abl. 8ff, 12). Daran schloss sich zum 01.06.2007 ein Arbeitsverhältnis mit der M. V. T. GmbH an (nachfolgend: M. V., Arbeitsvertrag = Abl. 13ff.). Die Gesellschaften verfügten über keine Erlaubnis im Sinne der §§ 1, 2 AÜG. Bei beiden Gesellschaften handelte es sich jedoch um Tochtergesellschaften der M.-t. GmbH (nachfolgend: M.-t.), ihrerseits eine 100%ige Tochtergesellschaft der Rechtsvorgängerin der Beklagten. Mit der M.-t., die seit dem 27.10.2005 über die Erlaubnis zur gewerbmäßigen Arbeitnehmerüberlassung verfügt (Abl. 255ff.), schloss der Kläger zum 01.08.2008 einen Arbeitsvertrag als Versuchsmechaniker (Abl. 18ff.). Zum 13.11.2009 firmierte die Gesellschaft um zur M. Group GmbH & Co. KGaA (nachfolgend: M. Group, Nachtrag zum Arbeitsvertrag datierend 20.02.2012 = Abl. 25ff.).
- 3 In allen Arbeitsverträgen wird als Eintrittsdatum des Klägers der 07.06.2004 geführt. Sein monatliches Arbeitsentgelt belief sich zuletzt auf € 3.900,00 brutto.
- 4 Der Kläger wurde zunächst als Versuchsfahrer auf Brennstoffzellenfahrzeugen (der Rechtsvorgängerin) der Beklagten aus deren Werk S. und ab November 2004 aus deren Werk K. eingesetzt. Ende des Jahres 2005 oder Mitte des Jahres 2006 wurde der Kläger seltener als Fahrer, dafür zunehmend als Mechaniker insbesondere für Servicearbeiten tätig. Als Versuchsfahrer hatte der Kläger Prüfprogramme abzuarbeiten, wie sich das exemplarisch aus einem DL-Programm 2014 ergibt (Abl. 402 bis 404). Als Mechaniker erhielt der Kläger von der Beklagten verschiedene Montageaufträge (exemplarisch Abl. 352ff.). Außerdem wurden ihm sogenannte Werkstatt-CD's zur Verfügung gestellt, aus der die durchzuführenden Arbeiten ersichtlich sind (Abl. 393, 394). Als Mitarbeiter der M.-t. wurden dem Kläger und seinem Kollegen bis zum 31.12.2012 in einer Werkstatthalle der Beklagten ein „Arbeitsbereich M. Group“ und ab dem 01.01.2013 die komplette Halle zur eigenständigen Nutzung überlassen (Abl. 258, 259). Seit dem 17.10.2013 befindet sich der Werkstattbereich außerhalb des Werksgeländes der Beklagten in M..
- 5 Zwischen den Parteien ist streitig, inwiefern dem Kläger bei seinen jeweiligen Tätigkeiten Arbeitsanweisungen von der Beklagten erteilt wurden.
- 6 Der Tätigkeit des Klägers lag zunächst der Projektierungsvertrag zwischen der Rechtsvorgängerin der Beklagten und D. zugrunde, wonach die D. u.a. die Verfügbarkeit von Fahrern zu gewährleisten hatte (Abl. 389ff.). Während der Tätigkeit des Klägers für die M.-t. bzw. die M. Group lagen dieser für die Zeit ab 01.08.2008 als solche bezeichnete Werkverträge zwischen diesen Gesellschaften und der Beklagten zugrunde, für die Zeit ab 01.10.2009 Arbeitnehmerüberlassungsverträge (Abl. 185ff.) sowie für die Zeit ab 01.01.2013 erneut Werkverträge (Abl. 215ff., 85ff.).
- 7 Mit der am 28.11.2013 bei dem Arbeitsgericht eingereichten Klage begehrt der Kläger die Feststellung eines Arbeitsverhältnisses zwischen der Beklagten und ihm.
- 8 Der Kläger trägt vor und vertritt die Ansicht, er sei zu keiner Zeit auf der Grundlage von Werkverträgen, sondern durchgängig auf der von Verträgen über eine Arbeitnehmerüberlassung für

die Beklagte tätig geworden. Nicht nur als Versuchsfahrer, sondern auch als Mechaniker habe er Weisungen von den Mitarbeitern der Beklagten erhalten. Er sei auch in sonstiger Weise in den Betrieb eingegliedert gewesen, beispielsweise als Vertreter von Stammarbeitskräften der Beklagten, als Fachausbilder für die Auszubildenden, als Teilnehmer an verschiedenen Workshops und Fortbildungen bei der Beklagten. Auch der beliebige Wechsel des Vertragstypus bei gleichbleibenden Arbeitsaufgaben - Werkvertrag einerseits und Arbeitnehmerüberlassungsvertrag andererseits - belege, dass tatsächlich ein Fall der Arbeitnehmerüberlassung vorliege. Auf für die Vertragspartnern seit dem 27.10.2005 erteilte Erlaubnis könne sich die Beklagte nicht berufen. Es liege ein Fall des institutionellen Rechtsmissbrauchs vor. Im Übrigen hätten die Firmen D. und M. V. über keine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung verfügt. Deswegen sei bereits vor dem 31.07.2007 (wohl: 31.07.2008) ein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten zustande gekommen. Ein Fall der privilegierten Arbeitnehmerüberlassung im Konzern sei nicht gegeben. Weder habe der Kläger seine Arbeit lediglich vorübergehend nicht bei seinem Arbeitgeber geleistet noch sei er nicht zum Zwecke der Überlassung eingestellt und beschäftigt worden. Seit Beginn des Arbeitsverhältnisses liege seiner Tätigkeit ausschließlich der Einsatz bei der Beklagten zugrunde.

9 **Der Kläger beantragt:**

10 **es wird festgestellt, dass zwischen den Parteien seit dem 7. Juni 2004 ein Arbeitsverhältnis besteht.**

11 **Hilfsweise:**

12 **Es wird festgestellt, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis besteht.**

13 **Die Beklagte beantragt,**

14 **die Klage abzuweisen.**

15 Die Beklagte trägt vor und vertritt die Ansicht, zwischen den Parteien sei kein Arbeitsverhältnis zustande gekommen. Seit dem 01.08.2008 sei der Kläger als Werkstattmitarbeiter aufgrund von Werkverträgen für die Beklagte tätig geworden, die insbesondere den Tausch und die Umrüstung von Tankanlagen, die Durchführung von Service, Wartung, Fahrwerktausch, Reifentausch, Umbauten etc. sowie sogenannte Logistikkumfänge zu Gegenstand hätten. Während der Laufzeit der Werkverträge habe der Kläger keine arbeitsvertraglichen Anweisungen von der Beklagten erhalten und sei auch nicht sonst in deren Betrieb eingegliedert gewesen. Die Arbeitgeberpflichten wie beispielsweise die Zahlung von Gehalt und Entgeltfortzahlung oder die Gewährung von Urlaub habe sein jeweiliger Vertragsarbeitgeber erfüllt. Organisatorisch und räumlich sei eine Abgrenzung des jeweiligen Fremd-Werkstatt-Bereichs erfolgt. Abgesehen von Spezialwerkzeug habe der Kläger die Arbeitsmittel von seinem Vertragsarbeitgeber erhalten. Seit dem 01.01.2013 habe der Kläger die Funktion des „Repräsentanten“ des Werkunternehmers inne. Seitdem erfolge die Beauftragung über das elektronische PIT-Beauftragungssystem vom Entwicklungsbereich der Beklagten über den Werkstattbereich und die wechselseitigen Repräsentanten an den Werkunternehmer, der die Aufträge eigenverantwortlich mit seinen Erfüllungshelfern abarbeite.

16 Auch der Tätigkeit des Klägers als Versuchsfahrer bzw. später als Mechaniker der D. und M. V. liege keine Arbeitnehmerüberlassung zugrunde. Der jeweilige Vertragsarbeitgeber habe den Einsatz des Klägers und seiner Kollegen koordiniert. Servicearbeiten habe der Kläger eigenverantwortlich im Rahmen von Werkverträgen unter Zuhilfenahme der Werkstatt-CD geleistet. Die Arbeitsaufträge hätten lediglich die werkvertragliche Leistung konkretisiert.

17 Hinsichtlich der Tätigkeit des Klägers als Arbeitnehmer der M. Group bzw. ihrer Vorgängerin liege im Übrigen die Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung vor. Hinsichtlich D. und M. V. greife die Konzernprivilegierung des § 1 Abs. 3 Ziffer 2 AÜG, weshalb es einer Erlaubnis nicht bedurft habe.

18 Des weiteren Vorbringens der Parteien wegen wird auf die Schriftsätze, die bezeichneten Anlagen sowie die Sitzungsniederschrift vom 01.10.2014 (Abl. 414) Bezug genommen, § 313 Abs. 2 Satz 2 ZPO.

Entscheidungsgründe

19 Die Klage ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg. Zwischen den Parteien besteht seit dem 7. Juni 2004 ein Arbeitsverhältnis.

A.

20 Die Klage ist zulässig. Der Kläger hat sein Klagerecht nicht verwirkt. Das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse ist gegeben.

I.

21 Der Kläger hat sein Klagerecht nicht verwirkt.

22 1. Das Recht, eine Klage zu erheben, kann verwirkt werden mit der Folge, dass eine gleichwohl erhobene Klage unzulässig ist. Das Klagebegehren ist verwirkt, wenn der Anspruchsteller die Klage erst nach Ablauf eines längeren Zeitraums erhebt (Zeitmoment) und dadurch ein Vertrauensstatbestand beim Anspruchsgegner geschaffen wird, dass er gerichtlich nicht mehr belangt werde. Hierbei muss das Erfordernis des Vertrauensschutzes das Interesse des Berechtigten an der sachlichen Prüfung des von ihm behaupteten Anspruchs derart überwiegen, dass dem Gegner die Einlassung auf die nicht innerhalb angemessener Frist erhobene Klage nicht mehr zumutbar ist (Umstandsmoment). Durch die Annahme einer prozessualen Verwirkung darf der Weg zu den Gerichten nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht zu rechtfertigender Weise erschwert werden. Die Verwirkung des Klagerechts kommt daher aus rechtsstaatlichen Gründen nur in besonderen Ausnahmefällen in Betracht. Dies ist bei den an das Zeit- und Umstandsmoment zu stellenden Anforderungen zu berücksichtigen (BAG 10. Oktober 2007 - 7 AZR 487/06 - Rn. 9ff., juris; 24. Mai 2006 - 7 AZR 365/05 - Rn. 20ff., juris jeweils mit zahlreichen Nachweisen zur Rechtsprechung).

23 2. Die Voraussetzungen für eine Prozessverwirkung sind danach auch nicht insofern gegeben, als der Kläger sein Begehren auf die Tätigkeit vor dem 31.07.2007 (wohl 31.07.2008) stützt.

24 a) Es sind keine besonderen Umstände vorgetragen oder sonst ersichtlich, aufgrund derer der Beklagten eine materiell-rechtliche Auseinandersetzung nicht zumutbar sein soll. Zwar lagen die ab Juni 2004 relevanten Sachverhalte bei Klageerhebung zirka 9 ½ Jahre zurück und sind deshalb möglicherweise schwer aufklärbar. Die Beklagte ist aber durchaus in der Lage, Unterlagen vorzulegen und sonstige Beweismittel anzubieten, wie beispielsweise der Projektierungsvertrag vom April 2004 belegt (Abl. 389ff.). Im Übrigen obliegt die Darlegungs- und Beweislast für die Entstehung eines Arbeitsverhältnisses nach den Vorschriften des AÜG dem Kläger. Möglicherweise bestehenden Darlegungsproblemen der Beklagten aufgrund der späten Geltendmachung eines Arbeitsverhältnisses durch den Kläger kann durch entsprechende Anforderungen an die Darlegungslast Rechnung getragen werden (BAG 10. Oktober 2007 aaO Rn. 12ff.; 24. Mai 2006 aaO Rn. 22ff.).

25 b) Zwar hat das Bundesarbeitsgericht in den vor allem zu Bestandsstreitigkeiten ergangenen Entscheidungen zur Prozessverwirkung bereits bei Zeiträumen von wenigen Monaten bis zu einem Jahr nach Beendigung der Tätigkeit des Arbeitnehmers das Zeitmoment als erfüllt angesehen (BAG 7. März 1980 - 7 AZR 177/78 - AP BGG § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 54). Auch mögen die mit dem Kläger geschlossenen Arbeitsverträge und der daraus ersichtliche Bestand des Arbeitsverhältnisses durchgängig seit dem 07.06.2004 der Beklagten unbekannt sein.

26 Entscheidend ist aber, dass der Kläger ununterbrochen für die Beklagte tätig war und zwar auch noch im Zeitpunkt der Klageerhebung. Die Beklagte musste jederzeit damit rechnen, der Kläger werde sie - auch vergangenheitsbezogen - in Anspruch nehmen. Dass die Beklagte seit dem 01.08.2008 mit einem Vertragspartner kooperiert, der über die Erlaubnis zur gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung verfügt, hat allenfalls materiell-rechtliche Auswirkungen. Soweit sie insbesondere seit dem 01.01.2013 eine konsequente Trennung der externen und internen Werkstattbereiche (Verlagerung nach M., Auftragserteilung über das PIT-Beauftragungssystem usw.) betreibt, liegt hierin ohnehin kein dem Kläger zurechenbares Verhalten, auf das sich ein schützenswertes Vertrauen gründen könnte.

II.

- 27 Das nach § 256 Abs. 1 ZPO für die Feststellungsklage erforderliche Feststellungsinteresse ist gegeben.
- 28 1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann ein Arbeitnehmer das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zu einem Entleiher auf der Grundlage der Vorschriften des AÜG mit einer allgemeinen Feststellungsklage gemäß § 256 Abs. 1 ZPO geltend machen. Nach § 256 Abs. 1 ZPO muss eine Feststellungsklage grundsätzlich den gegenwärtigen Bestand des Arbeitsverhältnisses betreffen. Ausnahmsweise kann auch auf Feststellung eines vergangenen Rechtsverhältnisses geklagt werden, wenn sich aus dem bereits beendeten Rechtsverhältnis noch Rechtsfolgen für die Gegenwart oder Zukunft ergeben (BAG 10. Oktober 2007 aaO Rn. 15 mwN).
- 29 2. Danach ist das Feststellungsinteresse zu bejahen. Der Kläger klagt nicht auf Feststellung eines früher bestandenen Arbeitsverhältnisses, sondern auf Feststellung eines seit früher - seit dem 07.06.2004 - bestehenden Arbeitsverhältnisses. Hierzu hat der Kläger im Termin vom 01.10.2014 ausgeführt, das Arbeitsverhältnis könne auch insofern, das heißt vergangenheitsbezogen, noch Rechtswirkungen erzeugen, beispielsweise im Hinblick auf die betriebliche Altersversorgung. Weil weiterer Rechtsstreit zwischen den Parteien mit der Beantwortung der Frage vermieden werden kann, ob nicht nur bei Erhebung der Klage oder Rechtskraft einer Entscheidung ein Arbeitsverhältnis zwischen ihnen besteht, sondern auch bereits zu einem bestimmten Zeitpunkt in der Vergangenheit, ist ein Feststellungsinteresse gegeben.

B.

- 30 Die Klage ist auch begründet. Zwischen den Parteien besteht seit dem 07.06.2004 ein Arbeitsverhältnis. Denn der Kläger wurde nicht auf der Grundlage eines Werkvertrages zwischen der Beklagten und der Firma D. bzw. der Firma M. V. tätig (I). Ein Fall der erlaubnisfreien Arbeitnehmerüberlassung im Konzern liegt nicht vor (II). Das danach zustande gekommene Arbeitsverhältnis ist nicht dadurch erloschen, dass der Kläger mit Abschluss des Arbeitsvertrages mit der M.-t.-group bzw. ihrer Vorgängerin ein Wahlrecht zu Gunsten eines neuen Arbeitgebers ausübt oder einen Verwirkungstatbestand erfüllt hätte (III).

I.

- 31 Der Kläger ist nicht auf der Grundlage eines Werkvertrages zwischen der Beklagten und D. bzw. M. V. tätig geworden.
- 32 1. Dabei sind zunächst die in Betracht kommenden Vertragstypen voneinander abzugrenzen:
- 33 a) Eine Überlassung zur Arbeitsleistung im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 AÜG 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 dessen Interesse ausführen.
- 34 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 (im Arbeitnehmerüberlassungsvertrag) und zwischen Verleiher und Arbeitnehmer andererseits (dem Leiharbeitsvertrag) sowie durch das Fehlen einer arbeitsvertraglichen Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Entleiher gekennzeichnet. Notwendiger Inhalt eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrages 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.
- 35 Von der Arbeitnehmerüberlassung zu unterscheiden ist die Tätigkeit eines Arbeitnehmers bei einem Dritten aufgrund eines Werk- oder Dienstvertrags. In diesen Fällen wird der Unternehmer für einen anderen tätig. Er organisiert die zur Erreichung des 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 Werkvertrages 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.

- 36 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 Vertragschließenden 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 13. August 2008 - 7 AZR 269/07 - Rn. 14ff., juris; 10. Oktober 2007 - 7 AZR 487/06 - Rn. 34ff., juris; 24. Mai 2006 - 7 AZR 365/05 - Rn. 41ff., juris; 6. August 1997 - 7 AZR 663/96 - Rn. 11ff., juris jeweils mit zahlreichen weiteren Nachweisen zur Rechtsprechung).
- 37 b) Legen die Parteien die zu erledigende Aufgabe und den Umfang der Arbeiten konkret fest, kann das für das Vorliegen eines Werkvertrags sprechen. Fehlt es an einem abgrenzbaren, dem Auftragnehmer als eigene Leistung zurechenbaren und abnahmefähigen Werk, kommt ein Werkvertrag kaum in Betracht, weil der „Auftraggeber“ durch weitere Weisungen den Gegenstand der vom „Auftragnehmer“ zu erbringenden Leistungen erst bestimmen und damit Arbeit und Einsatz erst bindend organisieren muss. Richten sich die vom Auftragnehmer zu erbringenden Leistungen nach dem jeweiligen Bedarf des Auftraggebers, so kann auch darin ein Indiz gegen eine Werk- und für eine arbeitsvertragliche Beziehung liegen, etwa wenn mit der Bestimmung von Leistungen auch über den Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit entschieden wird. Wesentlich ist, inwiefern Weisungsrechte ausgeübt werden und in welchem Maß der Auftragnehmer in einen bestellerseitig organisierten Produktionsprozess eingegliedert ist. Zwar steht auch einem Werkbesteller gegenüber dem Werkunternehmer das Recht zu, Anweisungen für die Ausführung des Werks zu erteilen (vgl. § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB zu den Auswirkungen auf die Vergütungsgefahr). Davon abzugrenzen ist aber der Ausübung von Weisungsrechten bezüglich des Arbeitsvorgangs und der Zeiteinteilung. Weisungen, die sich ausschließlich auf das vereinbarte Werk beziehen, können im Rahmen eines Werkvertrags erteilt werden; wird die Tätigkeit aber durch den „Besteller“ geplant und organisiert und wird der „Werkunternehmer“ in einen arbeitsteiligen Prozess in einer Weise eingegliedert, die eine eigenverantwortliche Organisation der Erstellung des vereinbarten „Werks“ faktisch ausschließt, liegt ein Arbeitsverhältnis nahe (BAG 25. September 2013 - 10 AZR 282/12 - Rn. 17, juris zur Abgrenzung eines Werkvertrages von einem Arbeitsvertrag).
- 38 c) Ein Arbeitnehmer, der die vertragliche Vereinbarung zwischen den beiden Arbeitgebern nicht kennt, muss 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 § 1 Abs. 1 AÜG sprechen. Er genügt seiner Darlegungslast, wenn er die eine werkvertragliche Vereinbarung begründenden Tatsachen vorträgt (BAG 13. August 2008 - 7 AZR 269/07 - Rn. 24, juris).
- 39 2. Daran gemessen ist der Kläger für D. bzw. M. V. weder als Versuchsfahrer noch als Mechaniker auf der Grundlage von Werkverträgen tätig geworden.
- 40 a) Bereits als Versuchsfahrer war der Kläger der Beklagten zur Arbeitsleistung überlassen.
- 41 aa) Der Kläger hat mit Schriftsätzen vom 11.06.2014 und 25.08.2014 näher zu seiner Tätigkeit für D. vorgetragen.
- 42 Als Versuchsfahrer übernahm er auf dem Werksgelände der Beklagten die entsprechenden Versuchsfahrzeuge und Fahraufträge, durch welche u.a. die zu fahrende Strecke,

die einzuhaltenden Geschwindigkeit, und ein Lastenheft vergleichbar mit der Anlage K23 (Abl. 402ff.) vorgegeben waren. Danach hatte der Klägerin beispielsweise den Motor fünfmal zu starten, zehnmal verteilt mit Kick-down anzufahren und alle Schaltstufen/Programme zu durchfahren, fünfmal sämtliche Bremsschaltungen mit der maximal zulässigen Federung/Dämpfung durchzuführen, über die Schicht verteilt alle Einstellungen (Sport, Komfort, etc.) zu fahren, die Lenkung zu verstellen, deren Heizung einzuschalten, Türen, Heckdeckel, Motorhaube mehrfach zu öffnen und zu schließen, Sitze zu verstellen, deren Heizung zu prüfen usw.

- 43 Daraus lässt sich nicht ableiten, dass tatsächlich bestimmte Arbeitsergebnisse oder -erfolge vereinbart waren. Vielmehr handelt es sich bei den Aufgaben um tätigkeitsbezogene Leistungen, die Gegenstand eines Dienstverhältnisses oder Arbeitsverhältnisses sein können, es wird aber kein konkreter „Werkerfolg“ geschuldet. Erst durch weitere Weisungen, insbesondere die konkreten Fahraufträge, wird der Gegenstand der zu erbringenden Leistung bestimmt und damit Arbeit und Einsatz bindend organisiert.
- 44 bb) Es ist von der Beklagten nicht näher dargetan, dass D. und M. V. die für die Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolges notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen organisiert und für die Herstellung des geschuldeten Werkes gegenüber der Beklagten verantwortlich waren. Ihr Vorbringen geht nicht darüber hinaus, dass es Aufgabe des Repräsentanten der D. gewesen sei, die im Pool befindlichen Fahrer, darunter auch den Kläger, mit den einzelnen Versuchsfahrten zu beauftragen. Welche näheren Anweisungen angesichts der Vorgaben durch die Beklagte noch zu erteilen waren, hat die Beklagte nicht dargelegt. Es ist kein abgrenzbares Werk erkennbar, das den Vertragsarbeitgebern des Klägers als Produkt eigener, selbst organisierter wirtschaftlicher Betätigung zuzurechnen wäre.
- 45 cc) Die Tätigkeit des Klägers war auch in den Arbeitsablauf der Beklagten eingegliedert. Dafür spricht schon die organisatorische Einbindung. Die aus dem Entwicklungsbereich der Beklagten kommenden Anforderungen und Fragestellungen entsprechen dem jeweiligen Fahrauftrag. Die anlässlich der Versuchsfahrten gewonnenen Erkenntnisse wurden nachfolgend von der Beklagten ausgewertet. Die Versuchsfahrten fanden entweder auf dem Testgelände der Beklagten oder von ihrem Werksgelände aus statt, wo sie auch beendet wurden. Eigene Messungen oder Auswertungen nahmen die Vertragsarbeitgeber des Klägers nicht vor.
- 46 Das spiegelt sich in dem Organigramm „Teamvorstellung B.-Fahrbetrieb und Logistik“ (Abl. 401) wieder. Darin sind dem Teamleiter B. nicht nur Arbeitskräfte (der Rechtsvorgängerin) der Beklagten zugeordnet, sondern auch die externen Fahrer der M..
- 47 dd) Demgegenüber lässt der Projektierungsvertrag vom April 2004 (Abl. 389ff.) keine Rückschlüsse auf werkvertragliche Beziehungen zwischen der Beklagten und den früheren Vertragsarbeitgebern des Klägers zu.
- 48 Darin haben die Rechtsvorgängerin der Beklagten und D. ihre wechselseitige Absicht bekundet, im Rahmen eines gemeinsamen Projektes näher beschriebene Entwicklungs- und Planungsarbeiten gemeinsam durchzuführen, die nach Ziffer 2 des Dokuments in der Fahrerprobung Fcellfahrzeuge ab KW 16/2004 bestehen soll. Nach Ziffer 5 des Dokuments beinhaltet der Projektbeitrag der D. die Verfügbarkeit von zwei Fahrern im Fünf-Tage-Zwei-Schicht-Betrieb sowie unter anderem eine zweistündige Projektbetreuung pro Woche.
- 49 Zu Recht verweist der Kläger darauf, dass schon nach dem Vertragsinhalt kein Werkvertrag im Sinne der §§ 631ff. BGB vorliegt. Unter Berücksichtigung des Projektbeitrages der Rechtsvorgängerin der Beklagten - Beistellung aller notwendigen Unterlagen, Einweisung der Fahrer, Fahreranforderung - ist auch nichts dafür ersichtlich, dass die selbständige Erbringung von Diensten im Sinne des § 611 BGB Gegenstand der Abrede sei. Aus der Verpflichtung, nach Fahreranforderung die Verfügbarkeit von Fahrern sicherzustellen ergibt vielmehr, dass Gegenstand der Abrede die Überlassung von Arbeitnehmern zur Arbeitsleistung ist.

- 50 Das entspricht offensichtlich auch dem Verständnis der Beklagten, die vorgetragen hat: *Der Kläger weist in diesem Sinne zutreffend darauf hin, dass es sich vorliegend um einen Projektvertrag und nicht um einen Werkvertrag handelte (Seite 2 des Schriftsatzes vom 11.09.2014 = Abl. 406).*
- 51 Zwar hat die Beklagte in diesem Zusammenhang auch darauf hingewiesen, die früheren Vertragsarbeitgeber des Klägers hätten in P. über eigene Teststrecken verfügt. Nach Ziffer 4 des Projektierungsvertrages war aber als Ort der Projektarbeit vorrangig S. oder N. festgelegt. Das entsprach in der Folgezeit auch der tatsächlichen Handhabe.
- 52 b) Auch soweit der Kläger ab Ende des Jahres 2005 oder Mitte des Jahres 2006 zunehmend und danach nahezu ausschließlich als Mechaniker für die Beklagte tätig wurde, liegt dem keine werkvertragliche Abrede mit den früheren Vertragsarbeitgebern des Klägers zugrunde.
- 53 aa) Insofern hat der Kläger vorgetragen, ihm seien von unterschiedlichen Mitarbeitern der Beklagten verschiedene Montageaufträge erteilt worden, insbesondere Kundendienstarbeiten durchzuführen, Bauteile ein- und auszubauen, Bremsen zu warten und zu erneuern, Reifen zu wechseln und Beschädigungen zu beheben.
- 54 Hierzu hat der Kläger mit den Anlagen K14 bis K21 verschiedene Arbeitsaufträge oder Anweisungen per E-mail vorgelegt (Abl. 352ff.).
- 55 bb) Auch insofern hat die Beklagte nicht dargelegt, welches abnahmefähige Werk Gegenstand welcher Vereinbarungen mit D. oder M. V. gewesen sein soll. Es spricht alles dafür, dass erst durch die Weisungen der Mitarbeiter der Beklagten der jeweilige Gegenstand der zu erbringenden Leistung bestimmt und damit Arbeit und Einsatz bindend organisiert wurde. Handelt es sich doch um Leistungen, die nach dem jeweiligen Bedarf des Auftraggebers zu erbringen sind.
- 56 cc) Darüber hinaus ist offensichtlich, dass der Kläger in den von der Beklagten organisierten Werkstattbetrieb eingebunden war. Denn die Arbeitsaufträge gingen direkt an den Kläger selbst. Daran ändert die Überlassung von Werkstatt-CD's an den Kläger nichts. Diese Art von Hilfestellung, wie auch durch schriftliche Unterlagen wie Zeichnungen und Beschreibungen geleistet werden könnte, führt nicht dazu, dass der Kläger im Rechtssinne eigenverantwortlich tätig wurde. Sie setzte ihn möglicherweise erst in den Stand, die ihm zugewiesenen Arbeiten auszuführen.
- 57 dd) Erst für einen in diesem Zusammenhang nicht relevanten späteren Zeitraum ab dem Jahre 2013 hat die Beklagte mit dem Anlagenkonvolut B1 (Abl. 85ff.) und B2 (Abl. 215ff) überhaupt werkvertragliche Abreden mit dem späteren Arbeitgeber des Klägers M.-t. bzw. M. Group vorgelegt.
- 58 c) Damit ist jedenfalls für die Zeit bis zum 31.07.2008 von einer Arbeitnehmerüberlassung betreffend den Kläger durch seine Vertragsarbeitgeber D. und M. V. an die Beklagte im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG auszugehen.

II.

- 59 Der vorstehend festgestellten Arbeitnehmerüberlassung lag eine Erlaubnis im Sinne des § 1 Abs. 1, § 2 AÜG nicht zugrunde. Das führt zur Unwirksamkeit der Verträge nach § 9 Ziffer 1 AÜG sowie dazu, dass nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis zwischen der Beklagten und dem Kläger zu dem für den Beginn der Tätigkeit vorgesehenen Zeitpunkt als zustande gekommen gilt, § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG. Denn der Ausnahmetatbestand des § 1 Abs. 3 Ziffer 2 AÜG aF lag nicht vor.
- 60 1. Dabei ist auf die während der Zeit des Einsatzes des Klägers vom 07.06.2004 bis zum 31.07.2008 geltende Fassung des Gesetzes abzustellen (Bekanntmachung vom 3. Februar 1995, BGBl. I S. 158, für den maßgeblichen Zeitraum zuletzt geändert durch Gesetz vom 14. März 2005, BGBl. I S. 721, und Verordnung vom 31. Oktober 2006, BGBl. I S. 2407; im Folgenden AÜG aF).

- 61 Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF in der bis 30.11.2011 geltenden Fassung bedürfen Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) gewerbsmäßig überlassen wollen, der Erlaubnis.
- 62 Diese Vorschrift ist nach § 1 Abs. 3 AÜG aF in der bis 30.11.2011 geltenden Fassung nicht anzuwenden zwischen Konzernunternehmen im Sinne des § 18 des Aktiengesetzes, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit vorübergehend nicht bei seinem Arbeitgeber leistet (§ 1 Abs. 3 Ziffer 2 AÜG aF).
- 63 2. Eine Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des Gesetzes liegt - wie dargestellt - vor. Die Überlassung war auch gewerbsmäßig im Sinne der Vorschrift.
- 64 a) Gewerbsmäßig im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG aF ist jede nicht nur gelegentliche, sondern auf eine gewisse Dauer angelegte und auf Erzielung unmittelbarer oder mittelbarer wirtschaftlicher Vorteile gerichtete selbständige Tätigkeit.
- 65 Das Erfordernis der Dauerhaftigkeit dient dazu, Bagatellfälle auszuklammern. Die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung soll damit gegenüber dem nur gelegentlichen Verleih von Arbeitnehmern abgegrenzt werden. Aus dem Anwendungsbereich des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes fällt damit grundsätzlich nur die einmalige und kurzfristige Arbeitnehmerüberlassung heraus. Abzustellen ist darauf, ob die Arbeitnehmerüberlassung im Einzelfall der Hauptzweck des Geschäfts ist. Inwieweit Arbeitnehmerüberlassung den Gegenstand der Tätigkeit des Unternehmens des Verleihers darstellt, ist dagegen unerheblich. Eine Einschränkung der Erlaubnispflicht auf Unternehmen, deren Unternehmensgegenstand ausschließlich oder überwiegend in der Überlassung von Arbeitnehmern liegt, ist mit dem Schutzzweck des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes nicht zu vereinbaren (BAG 18. Juli 2012 - 7 AZR 451/11 - Rn. 15ff., juris mwN).
- 66 b) Aus der über Jahre dauernden Zurverfügungstellung des Klägers zugunsten der Beklagten gegen entsprechende Vergütung ergibt sich, dass die Arbeitnehmerüberlassung auf erhebliche Dauer angelegt sowie auf Erzielung unmittelbarer Vorteile gerichtet und deshalb gewerbsmäßig im Sinne des Gesetzes war.
- 67 3. Die Erlaubnispflicht entfiel auch nicht aufgrund des Konzernprivilegs des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG aF. Zwar liegt eine konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung vor, wie das die Beklagte im Schriftsatz vom 11.09.2014 dargelegt hat (Abl. 405, 406). Die Überlassung erfolgte jedoch nicht vorübergehend im Sinne der gesetzlichen Bestimmung.
- 68 a) Nach dem gesetzlichen Leitbild setzt eine vorübergehende Überlassung im Konzern dabei zumindest voraus, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung „normalerweise“ gegenüber seinem Vertragsarbeitgeber erbringt und lediglich anlassbezogen einer anderen Konzerngesellschaft zur Ableistung überlassen wird. Denn nur unter dieser Voraussetzung ist sichergestellt, dass der Schutzzweck des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes nicht berührt wird. Hat der Arbeitnehmer keinen echten „Stammarbeitsplatz“, unterscheidet sich die Arbeitnehmerüberlassung im Konzern letztlich nicht von einer Arbeitnehmerüberlassung außerhalb des Konzerns, die der Gesetzgeber als erlaubnispflichtig ansieht. Es geht dann nicht um die Eröffnung eines konzerninternen Arbeitsmarktes, sondern um die Begründung einer bloßen Überlassungsmöglichkeit (BAG 18. Juli 2012 aaO. Rn. 28).
- 69 b) Der Kläger hatte bei den Firmen D. und M. V. zu keinem Zeitpunkt einen solchen Stammarbeitsplatz. Er wurde ausschließlich bei der Beklagten eingesetzt. Damit liegen die Voraussetzungen für die Anwendung des Konzernprivilegs nicht vor.
- 70 3. Folglich ist ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten mit Wirkung zum 07.06.2004 zu Stande gekommen, §§ 9 Nr. 1, 10 I Satz 1 AÜG.

III.

- 71 Das Arbeitsverhältnis ist auch nicht dadurch erloschen, dass der Kläger mit Wirkung zum 01.08.2008 ein Arbeitsverhältnis mit einem Arbeitgeber begründet hat, welcher über die nach § 1 Abs. 1, § 2 AÜG erforderliche Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung verfügt. Dadurch hat der Kläger auch keinen Verwirkungstatbestand erfüllt. Denn das zwischen den

Parteien zu Stande gekommene Arbeitsverhältnis ist vom Vertragsschluss mit weiteren Verleihern unberührt geblieben.

- 72 1. Wenn dem Verleiher zu einem späteren Zeitpunkt nach der Arbeitsaufnahme die Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung erteilt wird, führt dies nicht dazu, dass ein nach §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG entstandenes Arbeitsverhältnis wieder beendet wird. Eine dahingehende Rechtsfolge sieht das Gesetz nicht vor. Es gelten für den Fortbestand und die Beendigung dieser Arbeitsverhältnisse deshalb die allgemeinen arbeitsrechtlichen Bestimmungen. Das nach § 9 Nr. 1, § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG entstandene Arbeitsverhältnis besteht daher so lange fort, bis es nach allgemeinen arbeitsrechtlichen Regeln beendet wird (BAG 24.05.2006 - 7 AZR 365/05 - Rn. 36, juris; 19. März 2003 - 7 AZR 269/02 - Rn. 28, juris auch zu § 13 AÜG aF, der am 31.03.1997 außer Kraft getreten ist).
- 73 Eine „Heilung“ in diesem Sinne kommt erst recht nicht in Betracht, wenn ein Wechsel des Vertragsarbeitgebers erfolgt, wie vorliegend zum 01.08.2008 von der Tochter- zur Muttergesellschaft.
- 74 2. Das mit der Beklagten begründete Arbeitsverhältnis wurde nicht durch die Ausübung eines Wahlrechts des Klägers zu Gunsten der M.-t. bzw. M. Group zum 31.07.2008 beendet.
- 75 a) Das Gesetz sieht ein Wahlrecht oder eine Wahlpflicht des Arbeitnehmers, sich für die Fortsetzung nur eines der beiden Arbeitsverhältnisse zu entscheiden nicht vor. Der Umstand, dass ein Doppelarbeitsverhältnis ggfs. mit Abweichungsschwierigkeiten verbunden ist, gebietet es nicht, im Wege der ergänzenden Auslegung in Analogie zum Widerspruchsrecht beim Betriebsübergang nach § 613 a BGB und zu der Regelung in § 12 Satz 1 KSchG eine gesetzlich nicht vorgesehene Wahlmöglichkeit zu entwickeln.
- 76 Dies ist auch nicht aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes erforderlich. Einen größeren Schutz als durch ein Doppelarbeitsverhältnis kann ein Arbeitnehmer bei vermuteter Arbeitsvermittlung nicht erhalten. Anders als in den Fällen des § 613 a BGB und § 12 Satz 1 KSchG muss sich der Arbeitnehmer nicht zwischen zwei Arbeitgebern entscheiden. Vielmehr tritt zu dem Vertragsarbeitsgeber ein weiterer Arbeitgeber hinzu.
- 77 Der Arbeitnehmer riskiert auch nicht, gegenüber einem Arbeitgeber vertragsbrüchig zu werden, weil er seine Arbeitsleistung nicht gleichzeitig bei beiden Arbeitgebern erbringen kann. Wenn er seine Arbeitsleistung ausschließlich beim Entleiher erbringt, erfüllt er damit regelmäßig gleichzeitig seine arbeitsvertraglichen Verpflichtungen gegenüber dem Verleiher (BAG 19. März 2003 - 7 AZR 269/02 - Rn. 21 ff, juris für nach § 1 Abs. 2, 13 AÜG in der bis zum 31.03.1997 geltenden Fassung entstandene Arbeitsverhältnisse).
- 78 b) Im Übrigen hätte der Kläger mit dem Vertragsabschluss zum 01.08.2008 auch kein etwaiges Wahlrecht zu Gunsten der Verleiherseite ausgeübt. Von der Ausübung eines solchen Wahlrechts waren zwei Arbeitsverhältnisse betroffen. Deshalb sind Erklärungen des Arbeitnehmers gegenüber beiden Arbeitgebern erforderlich, zumindest jedoch gegenüber dem Arbeitgeber, zu dem das Arbeitsverhältnis nicht fortgesetzt werden soll (BAG 19. März 2003 aaO. Rn. 27). Eine solche Erklärung hat der Kläger gegenüber der Beklagten nicht abgegeben. Diese war an den fraglichen Verträgen nicht beteiligt. Eine Erklärung gegenüber der Beklagten wäre im Übrigen formbedürftig nach § 623 BGB.
- 79 3. Der Kläger hat schließlich das Recht, sich auf die Entstehung eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten zum 07.06.2004 zu berufen, nicht verwirkt.
- 80 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 13. August 2008 - 7 AZR 269/07 - Rn. 36 ff juris mwN.).

- 81 b) Das Bundesarbeitsgericht hat in der Entscheidung vom 30.01.1991 (- 7 AZR 239/90 - juris) das Umstandsmoment in einem Fall angenommen, in welchem der dortige Kläger mehr als drei Monate nach Einstellung seiner Tätigkeit bei dem Entleiher auf Grund eines Aufhebungsvertrages mit dem Verleiher und nach zwischenzeitlicher Aufnahme eines Beschäftigungsverhältnisses bei einem anderen Arbeitgeber den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses gegenüber dem Entleiher geltend gemacht.
- 82 Das Bundesarbeitsgericht hat aber in der Entscheidung vom 10.10.2007 (- 7 AZR 487/06 - Rn. 26 ff, juris) in Abgrenzung zu der Entscheidung zu dem Jahre 1991 auch klar gestellt, dass das erforderliche Umstandsmoment nicht allein durch die Tatsache erfüllt wird, dass der Kläger seine Tätigkeit aufgrund der Kündigung seines Vertragsarbeitgebers im Entleiherbetrieb einstellt und anschließend ein Arbeitsverhältnis bei einem Dritten begründet, ohne sich gegenüber dem Entleiher auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses mit diesem zu berufen. Das gelte jedenfalls dann, wenn es nicht um den Fortbestand eines Arbeitsverhältnisses geht, sondern lediglich um die Feststellung eines in der Vergangenheit liegenden Arbeitsverhältnisses als Grundlage für die Geltendmachung künftiger Ansprüche auf betriebliche Altersversorgung.
- 83 Schließlich kann das Recht, sich auf ein ggfs. vor langer Zeit begründetes Arbeitsverhältnis geltend zu machen, nicht durch den Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages bei einem anderen Verleiher verirken, solange der Arbeitnehmer tatsächlich im Entleiherbetrieb tätig ist. In diesem Fall muss der Entleiher jederzeit damit rechnen, dass der Arbeitnehmer seine ihm gegenüber auf Grund seiner Tätigkeit in seinem Betrieb bestehenden Rechte geltend machen wird (vgl. hierzu BAG 24. Mai 2006 - 7 AZR 365/05 - Rn. 36, juris).
- 84 c) Zwar macht der Kläger ein vor Jahren zum 07.06.20104 begründetes Arbeitsverhältnis geltend, was für die Erfüllung des Zeitmoments spricht. Er hatte seine Tätigkeit für die Beklagte jedoch bei Erhebung der Klage nicht eingestellt. Lediglich die Bedingungen, unter denen die Arbeit zu leisten war, haben sich in jüngster Vergangenheit geändert, ohne dass der Kläger hierauf Einfluss gehabt hätte. Im vorliegenden Fall tritt hinzu, dass der Kläger ununterbrochen durchgängig und jedenfalls über den 01.08.2008 hinaus im Wesentlichen unverändert beschäftigt wurde.
- 85 Dass die Geltendmachung des Rechts als mit Treu und Glauben unvereinbar und für die Beklagte als unzumutbar anzusehen wäre, ist nicht ersichtlich. Hierzu hat die Beklagte nicht näher vorgetragen, bspw. zu den zu erwartenden Belastungen durch die betriebliche Altersversorgung. Das gilt auch für die Ansicht der Beklagten, der Kläger könne sich nicht auf das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses nach §§ 9, 10 AÜG berufen (vgl. Ziffer 2 des Schriftsatzes vom 11.09.2014 = ABl. 405, 407).
- 86 4. Es kann dahinstehen, ob der Kläger mit Wirkung ab 01.08.2008 für die Beklagte auf der Grundlage wirksamer Werkverträge mit der Firma M.-T. bzw. M. Group tätig wurde, ob oder es sich dabei - wie der Kläger meint - um bloße Scheinwerkverträge handelt. Es kann auch dahinstehen, ob ggfs. ein institutioneller Rechtsmissbrauch anzunehmen ist, der dazu führt, dass sich die beteiligten Arbeitgeber gegenüber dem Kläger nicht auf das Vorliegen einer in diesem Sinne „Vorratserlaubnis“ berufen können.
- 87 Dem Klageantrag war in der Hauptsache zu entsprechen. Der Hilfsantrag ist nicht zur Entscheidung angefallen.

C

- 88 Die Beklagte hat als unterlegene Partei die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, § 91 Abs. 1 ZPO. Der Streitwert war nach § 61 Abs. 1 ArbGG im Urteil festzusetzen und entspricht seiner Höhe nach dem dreifachen Bruttomonatsverdienst des Klägers, § 42 Abs. 2 GKG.