

LAG Düsseldorf  
25.08.2008  
17 Sa 153/08

**Erlöschen einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis Abgrenzung Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zum Dienstvertrag/Werkvertrag**

**1.) Die Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG erlischt mit der Verschmelzung des Erlaubnisträgers auf ein anderes Unternehmen.**

**2.) Eine nach der Verschmelzung neu erteilte Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis wirkt auf den Zeitpunkt der Verschmelzung zurück, wenn die aufnehmende Gesellschaft bei Abschluss des notariellen Verschmelzungsvertrages einen Antrag auf Erteilung einer Erlaubnis gestellt hat und die gesetzlichen Voraussetzungen für die Erteilung der Erlaubnis zu diesem Zeitpunkt vorliegen.**

**3.) Die Beschäftigung eines Arbeitnehmers für die Dauer von einem Monat auf der Grundlage eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrages reicht zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher aus, wenn der Verleiher während dieser Beschäftigungszeit keine Erlaubnis gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG besitzt.**

**4.) Dies gilt auch dann, wenn der Verleiher keine Kenntnis vom Verlust der Erlaubnis hatte und während der übrigen Vertragszeit mit dem Arbeitnehmer im Besitz einer Erlaubnis gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG ist oder wenn der Arbeitnehmer ansonsten auf der Grundlage eines Werk- oder Dienstvertrages bei dem Entleiher eingesetzt wird.**

**AÜG § 1 Abs. 1 S. 1  
AÜG §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 S. 1  
BGB §§ 611 Abs. 1, 631**

Arbeitsgericht Essen, 8 Ca 1295/06

- 1) Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Essen vom 06.12.07 - 8 Ca 1295/06 - wird zurückgewiesen.
- 2) Die Beklagte hat die Kosten der Berufung zu tragen.
- 3) Die Revision wird zugelassen.

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über die Frage, ob zwischen ihnen ein Arbeitsverhältnis besteht.

Die Beklagte betreibt über ihre Betriebsführungsgesellschaft Deutsche T. AG (im Folgenden: E.) T.-Bergwerke, u.a. das Bergwerk "West", in dem ca. 3550 Arbeitnehmer beschäftigt sind.

Der 46 jährige, verheiratete Kläger war seit dem 01.04.1985 bei der - inzwischen insolventen - E.-I. GmbH E. (im Folgenden: E. GmbH) bzw. deren Rechtsvorgängerinnen als Mitarbeiter beschäftigt. Seit dem Jahr 2000 besitzt der Kläger einen Dieselkatenführerschein und war - nach eigener Darstellung - in der Zeit vom 01.01.2004 bis zum 01.09.2005 als Dieselkatenfahrer auf dem Bergwerk West eingesetzt.

Die ursprüngliche E. GmbH ist durch Verschmelzungsvertrag vom 13.12.1999 auf die E. I. GmbH - anschließend umfirmiert in I.-E.-I. GmbH (I. GmbH) - verschmolzen worden und damit erloschen.

Sodann ist die H. & L. Gesteins- und Tiefbau GmbH, eine Tochtergesellschaft der I. GmbH, in E. GmbH umfirmiert und sitzmäßig nach E. verlegt worden. Diese E. GmbH hatte eine unbefristete Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung. Mit notariellem Vertrag vom 13.08.2003 wurde sie auf die S. Bau- und Wegebaustoffe GmbH verschmolzen. Die Verschmelzung wurde wirksam mit der Eintragung in das Handelsregister am 29.01.2004.

Mit Schreiben vom 19.05.2005 teilte die Bundesagentur für Arbeit - Regionaldirektion Nordrhein-Westfalen - der neuen E. GmbH mit, dass die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung aufgrund der Verschmelzung erloschen sei. Mit einem Bescheid vom 07.09.2005 wurde der E. GmbH eine neue Erlaubnis zur gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung erteilt.

Bei der durch die Verschmelzung entstandenen E. GmbH handelt es sich um eine Bergbauspezialgesellschaft, die im ersten Halbjahr 2006 noch mehr als 1.500 Arbeitnehmer beschäftigte. Sie erhielt laufend Aufträge durch die Beklagte und bot u.a. Leistungen für den Bergbau, Schacht- und Tunnelbau an. Auf dem Bergwerk West hat die E. GmbH in den Jahren 2004 und 2005 Projekte für die Beklagte, u.a. das Projekt "Auffahrung von ca. 480 m Gesteinsberg BP D 305, Baufeld ROW, zur Anbindung des Flözes Matthias 2 an das vorhandene Grubengebäude" durchgeführt. (Bezüglich der Einzelheiten dieses Projektes wird auf die Bestellung vom 06.04.2004, Bl. 116 f der Akte und das Leistungs- und Preisverzeichnis vom 06.04.2004, Bl 84 ff der Akte verwiesen). Gemäß Ziffer A 3.1 dieses Verzeichnisses gehörte zu den Aufgaben des Auftragnehmers (E. GmbH) auch die "Stellung von Dieselkatzenfahrern in ausreichender Anzahl". Die Beklagte legte den Aufträgen der bei ihr tätigen Bergbauspezialgesellschaften ihre Einkaufsbedingungen für Bauleistungen (kurz: AGB-Bau) zugrunde, die durch die Regelungen für die Bestellung bergmännischer Unternehmerarbeiten (RBBU) ergänzt werden. Bezüglich der Einzelheiten wird auf die von der Beklagten überreichten Anlagen 9 und 10 (Bl. 421 bis 434 d.A.) Bezug genommen.

Daneben erfolgte die Zusammenarbeit zwischen der Beklagten und der E.-GmbH auch auf der Basis von Rahmenarbeitnehmerüberlassungsverträgen, die es zumindest seit dem 16.11.1999 gab. Bezüglich der Einzelheiten wird auf den Rahmenarbeitnehmerüberlassungsvertrag vom 16.11.1999 (Anlage 8, Bl. 414 ff d.A.) verwiesen.

In der Zeit vom 01.06.2004 bis zum 09.07.2004 war der Kläger im Rahmen einer "echten" Arbeitnehmerüberlassung als Dieselkatzenfahrer im Bergwerk West tätig. Der Einsatz in 25 Schichten erfolgte im Rahmen dieser Arbeitnehmerüberlassung auf der Basis der Bestellung Nr. 2875033/411 vom 08.04.2004 im Rahmen der zwischen der Beklagten und der E. GmbH geschlossenen Rahmenarbeitnehmerüberlassungsverträge.

Die Arbeitnehmer der E. GmbH nutzen die Kauen der Beklagten, um sich umzukleiden. Die gesamte persönliche Arbeitskleidung sowie die Schutzausrüstung einschließlich Schuhe, Helm, Schienbeinschoner, Handschuhe, Lampe mit Akku und CO-Selbstretterfilter werden von der Beklagten gestellt. Diese Arbeits- und Schutzkleidung unterscheidet sich optisch nicht von derjenigen, die die Mitarbeiter der Beklagten tragen. Alle Arbeitnehmer der bei der Beklagten tätigen Bergbauspezialgesellschaften verfügen über eine Chipkarte, die der Einlasskontrolle bzw. der Entriegelung des Drehkreuzes am Eingang des Werksgeländes dient. Um an die eigentlichen Arbeitsplätze zu gelangen, nutzen die Arbeitnehmer der E. GmbH die von der Beklagten durchgeführten Seilfahrten unter Tage sowie den Personentransport in die einzelnen Reviere.

Die für den Streckenvortrieb und deren Ausbau erforderlichen Maschinen und Materialien werden untertage mit Dieselkatzen der Beklagten über deren Transportsystem transportiert. Der Transportleitstand steuert die Materialtransporte mit Dieselkatzen und verfolgt den Weg des Materials. Die (Flur)-Lokfahrer und Dieselkatzenfahrer teilen mit, wohin das Material transportiert wird. Bei der Durchführung von Fahraufträgen müssen sich sämtliche Fahrer außerdem über Funk bei der Steuerbühne (Dieselkatzenleitstand) melden und mitteilen, wo die Flurloks abgestellt werden. Zur Aufrechterhaltung des Führerscheins als Dieselkatzenfahrer müssen die Arbeitnehmer an den Lehrgängen und Unterweisungen der Beklagten teilnehmen.

Mit seiner am 14.03.2006 beim Arbeitsgericht Essen eingegangenen Klage hat der Kläger geltend gemacht, es sei aufgrund einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung ein Arbeitsverhältnis zur Beklagten zustande gekommen. Zeitnah wurden beim Arbeitsgericht Essen über 1000 weitere Klagen von Arbeitnehmern der E. GmbH gegen die Beklagte auf Feststellung eines Arbeitsverhältnisses anhängig gemacht.

Der Kläger hat behauptet, bei der Beklagten seien Arbeiten regelmäßig in gemischten Teams aus Mitarbeitern der E. GmbH als auch der Beklagten verrichtet worden. Aufsichtsarbeiten seien abwechselnd von Aufsichtspersonen dieser beiden Unternehmen ausgeübt worden. Zu Beginn einer Schicht hätten sich alle Dieselkatzenfahrer, sowohl die Fahrer der Beklagten als auch die Fahrer der E. GmbH, an einem Sammelpunkt getroffen und ihre Fahraufträge von einem Aufsichtshauer der Beklagten erhalten. Die Fahraufträge hätten sowohl Materialtransporte für die Beklagte als auch für die E. GmbH umfasst. Es sei allein auf die Einteilung der Strecke angekommen. Wenn er dem Leitstand gemeldet habe, dass seine Dieselkatze leere Loren habe, sei ihm regelmäßig mitgeteilt worden, dass er diese mit Material der Beklagten auffüllen solle, um dieses mitzutransportieren. Die Beklagte habe seine Arbeit sowohl mengen- als auch einsatzmäßig gesteuert. Ebenso habe er auf Anweisung des Leitstandes Zwischentransporte ausgeführt. Während seiner Beschäftigungszeit seien der Reviersteiger und die Leitstandsführer des Rangierbahnhofs von der Beklagten ihm gegenüber weisungsbefugt gewesen.

Der Kläger hat beantragt,

festzustellen, dass er sich mit der Beklagten in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis als Dieselkatzenfahrer befindet.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat vorgetragen, der Vergabe von bergbaulichen Spezialarbeiten an die E. GmbH hätten überwiegend Werkverträge zugrunde gelegen. Mitarbeiter der Beklagten hätten den Arbeitnehmern der E. GmbH keine arbeitsrechtlichen Weisungen erteilt. Gemäß den gesetzlichen Vorschriften träge sie jedoch die Verpflichtung, Kontroll- und Überwachungsfunktionen wahrzunehmen. Außerdem sei der Sachvortrag des Klägers überwiegend zu allgemein gehalten und nicht einlassungsfähig.

Der Kläger sei - bis auf die Zeit vom 01.06. bis 09.07.2004 - ausschließlich auf der Grundlage der zwischen ihr und der E. GmbH abgeschlossenen Werkverträge eingesetzt worden. Außerhalb der Zeit vom 01.06. bis 09.07.2004 habe der Kläger keine Transporte für sie durchgeführt. Die Tätigkeit des Klägers im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung sei ein Ausnahmefall gewesen und nur deshalb erfolgt, weil aufgrund eines erhöhten Transportvolumens ein zusätzlicher Bedarf an Dieselkatzenfahrern bestanden habe, der mit eigenen Mitarbeitern nicht habe gedeckt werden können.

Das Arbeitsgericht Essen hat mit Urteil vom 06. Dezember 2007 der Klage stattgegeben und seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

Zwischen den Parteien sei kraft der Fiktion des § 10 Abs.1 Satz 1 AÜG i.V.m. § 9 Nr. 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen. Der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zwischen der Beklagten und der E. GmbH sei unwirksam gewesen, da die E. GmbH zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht über die erforderliche Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung verfügt habe. Unstreitig sei der Kläger in der Zeit vom 01.06. bis zum 09.07.2004 im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung als Dieselkatzenfahrer für die Beklagte tätig gewesen. Dabei habe es sich nicht nur um einen gelegentlichen vom Normalfall abweichenden Einzelfall gehandelt. Vielmehr sei der Kläger in diesen 25 Schichten ausschließlich für die Beklagte tätig gewesen.

Gegen dieses Urteil, welches der Beklagten am 07.01.2008 zugestellt wurde, hat sie mit einem am 16.01.2008 beim Landesarbeitsgericht Düsseldorf eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist mit einem am 04.04.2008 eingegangenen Schriftsatz begründet.

Sie vertritt die Auffassung, die Klage hätte schon als unzulässig abgewiesen werden müssen. Der Klageantrag sei nicht bestimmt genug. So blieben Beginn und Dauer des fingierten Arbeitsverhältnisses offen. Die Arbeitszeit sei unklar, da es denkbar sei, dass der Kläger nur mit einem Teil seiner Tätigkeiten im Rahmen einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung eingesetzt gewesen sei und nur insoweit ein Arbeitsverhältnis zur Beklagten fingiert werde. Außerdem würden Angaben zum Vertragsinhalt fehlen.

Zur Begründetheit der Klage vertritt die Beklagte die Auffassung, der Kläger habe sein Klagerecht verwirkt. Bezüglich des Zeitmoments sei nicht auf den Zeitpunkt der Neuerteilung der Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung, sondern auf denjenigen des erstmaligen Einsatzes im Bergwerk der Beklagten abzustellen. Bei dem Umstandsmoment sei zu beachten, dass der Kläger in Kenntnis der von der Bundesagentur für Arbeit geäußerten Rechtsansicht über das vorübergehende Fehlen einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis unverändert für die E. weitergearbeitet und von dieser die Vergütung bezogen habe. Insoweit sei durch die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses des Klägers mit der E. GmbH über den 06.09.2005 hinaus von einem Fortbestand seines Vertrages mit dieser auszugehen.

Ein Fall der unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung scheidet aus mehreren Gründen aus. Die Erlaubnis der früheren E. GmbH sei durch die Verschmelzung auf die S. Bau- und Wegebaustoffe GmbH nicht erloschen. Es liege ein Fall der Rechtsnachfolge ohne Liquidation vor, bei der ein Erlöschen - insbesondere bei einer wie hier bestehenden Geschäftsführeridentität der ursprünglichen und der neuen Gesellschaft - nicht angebracht sei. Außerdem müsse man von einer Übergangsfrist von mindestens einem Jahr ausgehen. Es sei auch der Vertrauensschutz zu beachten, da selbst die E. GmbH bis zu dem Anschreiben durch die Bundesagentur für Arbeit keine Kenntnis von einem Erlöschen der Erlaubnis gehabt habe. Auf den Inhalt der Durchführungsanweisung der Bundesagentur für Arbeit komme es nicht an, weil es sich dabei um reine Innenrechtssätze handle, die das Gericht nicht binden würden. Außerdem enthalte diese Dienstanweisung keine nähere Begründung. Der durch die Verschmelzung entstandene Rechtsträger müsse nicht von der Notwendigkeit einer neu zu erteilenden Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis gemäß § 1 AÜG ausgehen.

Darüber hinaus erfordere die vorliegende Sachverhaltskonstellation eine teleologische Reduktion der Regelungen des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG. Selbst wenn man im vorliegenden Fall eine gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung für die Zeit vom 29.01.2004 bis zum 06.09.2005 annehmen würde, so sei zu bedenken, dass die Firma E. GmbH ab dem 07.09.2005 erneut im Besitz einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis gewesen sei und der Kläger sein Arbeitsverhältnis mit der E. GmbH in der bisherigen Form fortgesetzt und tatsächlich durchgeführt habe. Er habe seine Bezüge von der E. GmbH erhalten und sei im Rahmen der beschriebenen Werkverträge auf dem Bergwerk West der Beklagten eingesetzt worden. In einem solchen Fall bedürfe ein Leiharbeiter nicht mehr des besonderen Schutzes durch ein gesetzlich fingiertes Arbeitsverhältnis zum angeblichen Entleiher. Eine eventuelle Fiktion eines Arbeitsverhältnisses könne insoweit nur vorübergehend sein, wenn man sie überhaupt annehmen würde.

Außerdem sei der Kläger außerhalb des Zeitraumes vom 01.06.2004 bis 09.07.2004 ausschließlich im Rahmen "echter" Werkverträge tätig gewesen. Insbesondere sei das unsubstantiierte Vorbringen des darlegungs- und beweisbelasteten Klägers nicht als geeignet anzunehmen, dass außerhalb des zugestandenen Zeitraumes tatsächlich Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des AÜG und kein Werkvertrag vorliege. Der Kläger sei weder in ihrem Betrieb eingegliedert gewesen, noch habe er die Arbeiten allein nach Weisungen ihrer Arbeitnehmer ausgeführt. Der vom Kläger vorgetragene Sachverhalt sei nicht geeignet, das Gegenteil darzulegen. Sie alleine verfüge über das Transportsystem zur Materiallieferung. Das Material würde mit ihren Dieselkatzen und ihren

Fahrern zu den Betriebspunkten der E. GmbH gebracht. Nur wenn einer ihrer Fahrer ausfiele, erfolge der Transport der Materialien und Maschinen der E. GmbH durch deren Fahrer. Transporte für die Beklagte würden nicht durch Mitarbeiter der E. GmbH durchgeführt. Eine Begehung und Kontrolle der Werke durch ihre Mitarbeiter finde ausschließlich zur Koordination von Werkleistungen und/oder der Betriebssicherheit statt bzw. zur Durchführung von Teil-Abnahmen.

Ebenso wenig sei sie an der Urlaubsplanung des Klägers beteiligt gewesen. Dieser habe seine Urlaubsanträge allein an die Betriebsstellenleitung der E. GmbH gerichtet, die für jede von ihr eingerichtete Betriebsstelle in der Regel - insoweit unbestritten - einen gesonderten Urlaubsplan gehabt habe. Eine Arbeitszeitkontrolle der Mitarbeiter der E. GmbH sei durch die Beklagte nicht erfolgt. Vielmehr benutze sie das Arbeitserfassungssystem bezüglich der Arbeitnehmer von Drittunternehmen lediglich zum Zwecke der gemäß § 12 Abs. 5 ArbZV vorgeschriebenen Anwesenheitskontrolle. Nach Ablauf einer Arbeitszeit von acht Stunden werde - unstreitig - eine "Nichterausliste" erstellt, um feststellen zu können, ob eine Person ihre Ausfahrt - gegebenenfalls wegen eines Unglücks - nicht gestempelt habe.

Aufgrund der Infrastruktur eines Bergwerks sowie aufgrund der unverhältnismäßig hohen Anschaffungs- und Unterhaltungskosten habe die E. GmbH nicht über eigene Flurloks- und Dieselkatzen verfügt, sondern diejenigen der Beklagten sowie deren Schienennetz mitbenutzt.

Selbst wenn man jedoch annehmen würde, dass es in Einzelfällen zu arbeitsrechtlichen Weisungen von Mitarbeitern der Beklagten gegenüber dem Kläger gekommen sei, so müssten diese außer Betracht bleiben, da diese Arbeitsanweisungen weder von vertretungsberechtigten Personen abgegeben worden seien noch von diesen geduldet worden seien. Einzelne Vorgänge der Vertragsabwicklung, die zur Feststellung eines vom Vertragswortlaut abweichenden Geschäftsinhalts herangezogen würden, seien nur dann geeignet, wenn es sich nicht um untypische Einzelfälle, sondern um beispielhafte Erscheinungsformen einer durchgehend geübten Vertragspraxis handele. Dies sei vorliegend nicht der Fall. Viele der vom Kläger für die Eingliederung in eine fremde Betriebsorganisation angegebene Beispiele seien auf die Besonderheiten eines Bergwerkbetriebes und die gesetzlichen Verpflichtungen der Beklagten zur Beachtung von Sicherheitsvorschriften zurückzuführen.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Essen vom 06. Dezember 2007 - 8 Ca 1295/06 - abzuändern und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt das erstinstanzliche Urteil und nimmt Bezug auf seinen Sachvortrag in der ersten Instanz. Er vertritt die Ansicht, gemäß § 10 Abs. 1 ArbZV sei ein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten zustande gekommen. Seit dem Jahr 2000 sei er überwiegend als sog. Dieselkatzenfahrer für die Beklagte tätig gewesen, wobei er nicht nur in der Zeit vom 01. Juni 2004 bis zum 09. Juli 2004 im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung an die Beklagte ausgeliehen worden sei, sondern auch in der folgenden Zeit bis Ende 2007 als Dieselkatzenfahrer bei der Beklagten eingesetzt wurde. Dies sei nicht im Rahmen von Werkverträgen geschehen, vielmehr habe er sämtliche arbeitsrechtliche Weisungen konkret vor Ort durch die Aufsichtshauer der Beklagten erhalten. Keinesfalls sei es so gewesen, dass die "Aufsicht" durch den Dieselkatzenleitstand nur aus verkehrstechnischen Gründen erfolgt sei. Die Dieselkatzenfahrer hätten sich jeweils beim Leitstand an- und abmelden müssen. Durch den Leitstand sei auch im Einzelnen geprüft worden, ob der jeweils eingesetzte Dieselkatzenfahrer über die entsprechenden Berechtigungen verfüge.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen, insbesondere auf die Berufungsbegründung vom

04.04.2008 Bl. 270 bis 501 d.A. und die Berufungserwiderung vom 02. Mai 2008 Bl. 506 bis 519 d.A. Bezug genommen.

## **Entscheidungsgründe**

**A.**

Die Berufung ist zulässig. Es bestehen keine Bedenken gegen die Zulässigkeit der Berufung. Die Berufung ist gemäß §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG i.V.m. § 520 ZPO form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. Sie ist auch statthaft im Sinne des § 64 Abs. 1, 2 ArbGG.

**B.**

Die Berufung ist unbegründet. Zwischen den Parteien besteht ein Arbeitsverhältnis.

**I.**

Die Klage ist zulässig.

1. Das für den Feststellungsantrag gemäß § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse liegt vor, da durch den Feststellungsantrag der Streit der Parteien über das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses abschließend geklärt werden kann.

Der Klageantrag ist auch hinreichend bestimmt genug. Das Bestimmtheitserfordernis des Antrags im Sinne von § 253 Abs. 2 Ziffer 2 ZPO gilt auch für die Feststellungsklage (BAG vom 17.01.2007 - 7 AZR 33/06 -, EzAÜG § 10 AÜG Fiktion Nr. 116; BAG vom 17.10.2001 - 4 AZR 638/00 - n.v.; BGH vom 17.06.1994 - V ZR 34/92 -, NJW-RR 1994, 1272). Das Erfordernis der hinreichenden Bestimmtheit des Klageantrags soll gewährleisten, dass das Urteil zu einer Befriedung des zur Entscheidung stehenden Streits der Parteien führt. Ein Feststellungsantrag muss deshalb den genauen Inhalt des Feststellungsbegehrens enthalten, der in Rechtskraft erwachsen soll (BAG vom 17.10.2001 a.a.O.).

Diesen Anforderungen genügt der vorliegende Klageantrag. Die Rechtsprechung hat vergleichbare Anträge stets als ausreichend bestimmt angesehen (vgl. BAG vom 24.05.2006 - 7 AZR 365/05 - n.v. unter Ziffer III 2 a der Gründe; BAG vom 06.08.1997 - 7 AZR 663/96 - EzAÜG § 631 BGB Werkvertrag Nr. 39; BAG vom 20.07.1984 - 5 AZR 627/93 - AP Nr. 73 zu § 611 BGB Abhängigkeit; ähnlich BAG vom 30.01.1991 - 7 AZR 497/89 - AP Nr. 8 zu § 10 AÜG). Das im Klageantrag bezeichnete Rechtsverhältnis ist durch die Verwendung des Begriffs "Arbeitsverhältnis" hinreichend konkretisiert. Die von der Beklagten angeführten möglichen Streitpunkte (Umfang der Arbeitszeit, Beginn des Beschäftigungsverhältnisses, sonstige Arbeitsbedingungen) betreffen einzelne aus dem Arbeitsverhältnis resultierende Ansprüche, die gegebenenfalls in einem Folgeverfahren mit entsprechenden Leistungs- oder Feststellungsanträgen geklärt werden können. Hinsichtlich des Beginns des Beschäftigungsverhältnisses steht bei einem klagestattgebenden Urteil jedenfalls zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung fest, dass ein solches besteht. Bezüglich der sonstigen Arbeitsbedingungen bedarf es keiner Konkretisierung im Klageantrag, da sich diese im vorliegenden Fall gemäß § 10 Abs. 1 Satz 4 AÜG nach den im Betrieb der Beklagten geltenden Vorschriften und sonstigen Regelungen richten.

2. Das Klagerecht ist nicht verwirkt, da die Voraussetzungen einer Prozessverwirkung nicht erfüllt sind.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG kann das Recht, eine Klage zu erheben, verwirkt werden, mit der Folge, dass eine gleichwohl erhobene Klage unzulässig ist (BAG vom 24.05.2006 a.a.O.; BAG vom 02.12.1999 - 8 AZR 890/98 - AP Nr. 6 zu § 242 BGB Prozessverwirkung; BAG vom 11.11.1982 - 2 AZR 552/81 - AP Nr. 71 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; grundlegend BAG vom 02.11.1961 - 2 AZR 66/61 - AP Nr. 1 zu § 242 BGB Prozessverwirkung). Das Klagebe-

gehren ist verwirkt, wenn der Anspruchsteller die Klage erst nach Ablauf eines längeren Zeitraums erhebt (Zeitmoment) und dadurch ein Vertrauenstatbestand beim Anspruchsgegner geschaffen wird, dass er gerichtlich nicht mehr in Anspruch genommen werde. Hierbei muss das Erfordernis des Vertrauensschutzes das Interesse des Berechtigten an der sachlichen Prüfung des von ihm behaupteten Anspruchs derart überwiegen, dass dem Gegner die Einlassung auf die nicht innerhalb angemessener Frist erhobene Klage nicht mehr zumutbar ist (Umstandsmoment) (BAG vom 24.05.2006 a.a.O.; BAG vom 06.11.1997 - 2 AZR 172/97 - AP Nr. 45 zu § 242 BGB Verwirkung). Die verfassungsrechtliche Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG gebietet es, den Weg zu den Gerichten nicht in unzumutbarer, mit Sachgründen nicht zu rechtfertigender Weise zu erschweren (vgl. BVerfG vom 26.01.1972 - 2 BvR 255/67 -, BverfGE 32, 305 zu Ziffer II 2 b der Gründe; BAG vom 24.05.2006 a.a.O.). An eine Prozessverwirkung sind sehr hohe Anforderungen zu stellen (BAG vom 10.10.2007 - 7 AZR 448/06 - n.v.).

Im vorliegenden Fall fehlt es sowohl am Zeitmoment als auch am Umstandsmoment. Anders als es die Beklagte meint, kann hinsichtlich des Zeitmoments frühestens auf die Zeit ab der Wiedererteilung einer Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung im September 2005 abgestellt werden, da jedenfalls bis zu diesem Zeitpunkt eine etwaige Arbeitnehmerüberlassung rechtswidrig war. Von diesem Zeitpunkt an sind bis zur Einreichung der Klage lediglich sechs Monate vergangen. Dieser kurze Zeitraum ist unter den strengen Voraussetzungen, die an die Verwirkung zu stellen sind, als nicht ausreichend anzusehen. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist beim Zeitmoment nicht auf den Zeitpunkt des erstmaligen Einsatzes des Klägers in dem Bergwerk der Beklagten abzustellen. Unstreitig besaß die frühere Vertragsarbeitgeberin E. GmbH eine Erlaubnis gemäß §§ 1, 2 AÜG, so dass bis zum 29.01.2004 eine etwaige Arbeitnehmerüberlassung des Klägers an die Beklagte keineswegs rechtswidrig war. Ob der Kläger gegenüber der E. GmbH hätte geltend machen können, dass sein Arbeitsvertrag mit der E. GmbH keine Möglichkeit des Verleihs beinhaltet, ist im vorliegenden Fall für die Frage des Zeitmoments der Verwirkung unerheblich. Fraglich ist, ab wann die Beklagte gegebenenfalls darauf vertrauen durfte, dass ihr gegenüber keine Ansprüche des Klägers mehr geltend gemacht werden. Hier kann frühestens auf den Zeitpunkt ab dem 07.09.2005 abgestellt werden, da die E. GmbH ab diesem Zeitpunkt wieder eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis besaß und damit die Arbeitnehmerüberlassung des Klägers an die Beklagte nicht mehr rechtswidrig war, zumal die Parteien zu diesem Zeitpunkt auch einen weiteren Rahmenarbeitnehmerüberlassungsvertrag geschlossen hatten.

Der Kläger hat außerdem keinen Umstand gesetzt, der bei der Beklagten die Erwartung erwecken konnte, er werde das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses nicht mehr "prozessual" geltend machen. Allein auf die Weiterarbeit bei der E. GmbH kann aus verschiedenen Gründen nicht abgestellt werden. Zum Einen ist diese Tätigkeit in keiner Weise aussagekräftig, da sie unverändert im Betrieb der Beklagten erfolgt ist. Zum Anderen ist nicht ersichtlich, auf welche Weise der Kläger Kenntnis von dem - möglichen - Fehlen einer Erlaubnis zur gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung in der Zeit vom 29.01.2004 und der (Wieder-)erteilung derselben zum 07.09.2005 erlangt haben soll. Ebenso wenig bestehen Anhaltspunkte dafür, dass der Beklagten eine inhaltliche Einlassung auf die Klage unzumutbar wäre. Den Kläger trifft die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung, so dass etwaige Darlegungs- und Beweisprobleme aufgrund des Zeitablaufs zu seinen Lasten gehen. Darüber hinaus zeigt der ausführliche Vortrag der Beklagten im Rahmen dieses Prozesses, dass ihr eine prozessuale Einlassung unproblematisch möglich ist. Auch wenn die Beklagte befürchtet, dass es ihr aufgrund der Einstellung des Steinkohlebergbaus und der damit verbundenen hohen Personalfuktuation zukünftig nur schwer möglich sein wird, sich substantiiert gemäß §§ 46 Abs. 2 ArbGG, 138 Abs. 1 ZPO zu entsprechenden Behauptungen einzulassen, so gilt dies jedenfalls nicht für den vorliegenden Fall, in dem es der Beklagten möglich war, sich ausführlich und substantiiert zu den einzelnen Behauptungen des Klägers einzulassen.

## II.

Die Klage ist begründet. Das Arbeitsgericht Essen hat zu Recht angenommen, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis kraft der Fiktion des § 10 Abs. 1 S.1 AÜG i.V.m. § 9 Nr. 1 AÜG zustande gekommen ist.

Gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG gilt ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer zu dem zwischen dem Entleiher und dem Verleiher für den Beginn der Tätigkeit vorgesehenen Zeitpunkt als zustande gekommen, wenn der Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer gemäß § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam ist. Dies ist der Fall, wenn der Verleiher nicht die nach § 1 AÜG erforderliche Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung besitzt. Diese Voraussetzungen liegen hier vor.

1.) Unstreitig war der Kläger zumindest in der Zeit vom 01.06.2004 bis 09.07.2004 im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung der E. GmbH als sog. Dieselkatzenfahrer im Bergwerk West der Beklagten eingesetzt. Diesem Einsatz lag die Bestellung der Beklagten vom 08.04.2004 (Bestellnummer 2875033) zugrunde. Der Kläger wurde innerhalb dieses Zeitraums mindestens während 25 Schichten als Dieselkatzenfahrer eingesetzt. Während dieses Zeitraums bestand weder die gegenüber der E. GmbH ursprünglich erteilte Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung fort, noch war dieser Einsatz des Klägers - entgegen der Ansicht der Beklagten - unerheblich.

a) Die durch die Verschmelzung entstandene E. GmbH verfügte in dem vorgenannten Zeitraum nicht über eine Arbeitnehmerüberlassung, da die der früheren E. GmbH erteilte Erlaubnis mit der Verschmelzung auf die S. Bau- und Wegebaustoffe GmbH erloschen ist.

In der Literatur werden unterschiedliche Auffassungen zu der Lösung des Problems vertreten, dass die Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis erlischt. Hierbei wird zumeist zwischen dem Erlöschen der Erlaubnis bei Tod des Verleihers als natürlicher Person und bei Auflösung des Verleihers als juristischer Person unterschieden. Die Auffassungen in der Literatur und Rechtsprechung zum Erlöschen der Erlaubnis bei der Auflösung des Verleihers unterscheiden sich wie folgt:

(1) Ein Teil der Literatur vertritt die Ansicht, dass in den Fällen der Übernahme eines Verleihers durch einen Rechtsnachfolger die Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis befristet fortwirkt und somit nicht ohne Weiteres ein erlaubnisfreier Zustand eintritt (Thüsing/Kaemmerer, AÜG, § 2 Rdn. 32). Zwar wird auch von diesen Vertretern angenommen, dass mit der Auflösung einer juristischen Person oder dem Tod einer natürlichen Person die Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis grundsätzlich erlischt, jedoch wird die Auffassung vertreten, dass die Annahme der Nichtigkeit des Leiharbeitsverhältnisses und die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher gemäß §§ 9 Ziffer 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG unbillig wäre. Vielmehr sei § 9 Ziffer 1 AÜG so zu interpretieren, dass die Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages erst mit dem Abschluss der Liquidation einer juristischen Person eintrete, wenn die Abwicklung nicht länger als 12 Monate andauere.

(2) Ein anderer Teil der Literatur nimmt an, dass die Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis zwar auf den oder die Rechtsnachfolger zur Abwicklung übergehen soll, jedoch unverzüglich eine neue Erlaubnis zu beantragen ist, um das Verleihunternehmen fortführen zu können. Insoweit soll es keinen bestimmten, befristeten Übergangszeitraum geben, wenn auch ein sofortiger erlaubnisfreier Zustand nicht eintreten soll (ErfK/Wank, 8. Aufl., § 2 AÜG Rdn. 19; HWH/Pods, Arbeitsrecht Kommentar, 2. Auflage 2006, § 2 Rdn. 4).

(3) Demgegenüber wird in der Literatur auch die Auffassung vertreten, dass die Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis gemäß §§ 1, 2 AÜG im Falle der Unternehmensnachfolge aufgrund ihres höchstpersönlichen Charakters nicht - auch nicht für einen bestimmten Übergangszeitraum - aufrechterhalten bleibt. Insoweit würde die Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis stets mit einem Inhaberwechsel beim Verleiher und in allen Fällen einer Rechtsnachfolge erlöschen (Sandmann/Maschall, AÜG, Loseblattsammlung, § 2 Anm. 23; Schüren in Schüren/Hamann, AÜG, 3. Aufl. 2007, § 2 Rdn. 24 ff.). Für die Annahme, dass die Überlassungserlaubnis mit der endgültigen Auflösung der juristischen Person unmittelbar erlischt, gibt es nach dieser Ansicht keine Ausnahme. Es wird vertreten, dass dies auch unter dem Aspekt der Sicherung der Leiharbeitnehmer hinnehmbar sei. Die Auflösung einer juristischen Person beinhaltet stets die vorhergehende Abwicklung der laufenden Geschäfte, wie etwa §§ 70 Satz 1 GmbHG, 268 Abs. 1 Satz 1 AktiG zeige (Schüren in: Schüren/Hamann, AÜG, 3. Aufl., § 2 Rdn. 102).



Zur Vermeidung von Übergangsschwierigkeiten schlägt ein Teil der Literatur vor, die Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis rückwirkend und zügig unter Widerrufsvorbehalt zu erteilen, wenn der Rechtsnachfolger unverzüglich einen Erlaubnisantrag stellt. So könne sichergestellt werden, dass für die Zwischenzeit nicht die Fiktion des § 10 Abs. 1 AÜG eintrete (Sandmann/Marschall, AÜG, Loseblattsammlung, § 2, Anm. 23).

(4) Die Rechtsprechung geht ebenfalls davon aus, dass die Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis gemäß § 1 AÜG grundsätzlich nicht im Wege der Rechtsnachfolge auf einen anderen Rechtsträger übergeht (LAG Schleswig-Holstein vom 06.04.1984 - 3 (4) Sa 597/82 - EzAÜG § 10 AÜG Fiktion Nr. 35; BSG vom 12.12.1991 - 7 RAR 56/90 - NZA 1992, 668 ff.). Dies ergebe sich aus dem Wesen der Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung. Dabei handele es sich um eine rein personenbezogene Erlaubnis. Ihr höchstpersönlicher Charakter lasse sich aus den gesetzlichen Versagungsgründen des § 3 AÜG herleiten, insbesondere den Merkmalen der Zuverlässigkeit (Abs. 1 Nr. 1), der Gestaltung der Betriebsorganisation (Abs. 1 Nr. 2) sowie der Ausgestaltung der Verträge durch den Verleiher (Abs. 1 Nr. 3). Eine einmal erteilte Erlaubnis erlische mithin nicht nur durch Zeitablauf (§ 2 Abs. 4 Satz 1 und 3 AÜG), bei einjähriger Nichtausübung (§ 2 Abs. 5 Satz 2 AÜG), bei Rücknahme (§ 4 AÜG) oder Widerruf (§ 5 AÜG), sondern auch bei Tod oder bei Auflösung des Erlaubnisträgers (BSG, 12.12.1991, a.a.O.).

Darüber hinaus gibt es - soweit ersichtlich - keine Rechtsprechung, die sich mit der Frage auseinandersetzt, ob im Falle der Rechtsnachfolge bei einer Verschmelzung ohne Liquidation die Arbeitnehmerüberlassung mit sofortiger Wirkung erlischt oder auf den Rechtsnachfolger befristet oder unbefristet übertragen wird.

(5) Die Kammer vertritt für diesen Fall die Auffassung, dass die Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis der ursprünglichen Erlaubnisinhaberin mit der Eintragung der Verschmelzung ins Handelsregister erlischt. Nur für den Fall, dass die ursprüngliche Erlaubnisinhaberin aufnehmende Gesellschaft bei Abschluss des notariellen Verschmelzungsvertrages auch einen ordnungsgemäßen Antrag auf Erteilung einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis bei der zuständigen Behörde gestellt hat und die Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis durch die zuständige Behörde nicht bis zur Eintragung der Verschmelzung im Handelsregister erteilt wurde, soll die neu erteilte Erlaubnis auf den Zeitpunkt der Eintragung der Verschmelzung ins Handelsregister zurückwirken, so dass kein erlaubnisfreier Zustand entsteht.

Die Durchführungsanweisungen der Bundesagentur für Arbeit zum Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung, Stand Oktober 2004, Ziffer 7.1 sehen vor, dass im Falle einer Verschmelzung die dem übertragenen Rechtsträger erteilte Erlaubnis erlischt. Insoweit orientieren sich auch diese Durchführungsanweisungen an dem Grundsatz, dass es sich um eine rein personenbezogene Erlaubnis mit höchstpersönlichem Charakter handelt. Es kann nicht auf den vorliegenden Einzelfall abgestellt werden, bei dem eine Geschäftsführeridentität vorliegt, sondern es muss von dem Grundsatz ausgegangen werden, dass die Erlaubnisbehörde in jedem Einzelfall überprüfen muss, ob der Rechtsnachfolger die Zuverlässigkeit und die erforderliche Betriebsorganisation besitzt und ob die Ausgestaltung der Verträge durch den Verleiher den gesetzlichen Anforderungen auch bei dem Rechtsnachfolger genügen.

Die Durchführungsanweisung der Bundesagentur für Arbeit ist dem aufnehmenden Unternehmen bekannt oder hätte ihm bekannt sein müssen, dass mit der Verschmelzung die dem übertragenen Rechtsträger erteilte Erlaubnis erlischt. Mit Abschluss des notariellen Verschmelzungsvertrages ist beurkundet worden, wer die den alten Erlaubnisträger aufnehmende Gesellschaft ist. Von daher kann diese aufnehmende Gesellschaft auch unter Vorlage des notariellen Verschmelzungsvertrages eine eigene Erlaubnis bei der zuständigen Behörde unverzüglich beantragen. Sollte die aufnehmende Gesellschaft sämtliche Voraussetzungen für die Erteilung einer eigenen Erlaubnis durch die Erlaubnisbehörde erfüllen, so kann es nicht zu ihren Lasten oder zu Lasten einer etwaigen Entleiherfirma oder zu Lasten der betroffenen Arbeitnehmer gehen, wenn zwischen dem Zeitpunkt der Beantragung und der Erteilung der Erlaubnis die Eintragung der Verschmelzung ins

Handelsregister erfolgt und damit die ursprünglich vorhandene Erlaubnis erlischt. In einem solchen Fall wären die Rechtsfolgen einer erlaubnisfreien Zeit für die an dem Verleiharbeitsverhältnis beteiligten Parteien weitaus gravierender als dies durch den Schutzzweck des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG beabsichtigt ist.

Wenn feststeht, dass sämtliche Voraussetzungen für die Erteilung einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis bei der aufnehmenden Gesellschaft bereits zum Zeitpunkt der Eintragung der Verschmelzung im Handelsregister vorliegen, wäre dem Schutzzweck der Norm, nach der besonders die Leiharbeitnehmer vor unseriösen Verleiher- und Entleiherfirmen geschützt werden sollen, genüge getan, da keine Versagungsgründe im Sinne des § 3 AÜG vorliegen würden.

Wenn man trotz dieser Voraussetzungen keinerlei Übergangszeitraum zwischen der Eintragung der Verschmelzung im Handelsregister und der Erteilung der Erlaubnis annehmen würde, hätte dies für die Leiharbeitnehmer zur Folge, dass ihr Arbeitsverhältnis zum Verleiherbetrieb gemäß § 9 Ziffer 1 AÜG mit Erlöschen der Erlaubnis unwirksam wäre mit der Rechtsfolge, dass nur noch ein faktisches Arbeitsverhältnis bestünde, von dem sich die Arbeitsvertragsparteien durch einseitige Erklärung ohne jede Einschränkung und mit sofortiger Wirkung lösen könnten. Dies würde insbesondere für die Leiharbeitnehmer eine besondere Härte bedeuten, die zum Zeitpunkt des Erlöschens der Erlaubnis nicht bei einer Entleiherfirma beschäftigt sind, da die Verleiherfirma für sie z.B. zu diesem Zeitpunkt keine passende Einsatzmöglichkeit hat. Für sie würde kein Arbeitsverhältnis zu einer Entleiherfirma begründet. Für die Entleiherfirma hätte dies zur Konsequenz, dass gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG zwischen ihr und den Leiharbeitnehmern ein Arbeitsverhältnis begründet würde, obwohl die Verleiherfirma sich an sämtliche gesetzliche Voraussetzungen für die Durchführung eines ordnungsgemäßen Leiharbeitsverhältnisses gehalten hat und die Entleiherfirma selbst keinerlei Einflussmöglichkeiten auf die gesellschaftsrechtlichen Veränderungen der Verleiherfirma und deren Beantragung einer neuen Erlaubnis hat. Von daher erscheint es unbillig, bei der oben dargestellten Sachverhaltskonstellation keinen Übergangszeitraum einzuräumen. Statt dessen vertritt die Kammer die Auffassung, dass die von der Erlaubnisbehörde zu erteilende Erlaubnis auf den Zeitpunkt der Eintragung der Verschmelzung zurückwirken muss, wenn die aufnehmende Gesellschaft bereits mit Abschluss des notariellen Verschmelzungsvertrages eine entsprechende Erlaubnis beantragt hat und sämtliche Voraussetzungen für die Erteilung einer Erlaubnis zum Zeitpunkt der Eintragung der Verschmelzung im Handelsregister gegeben sind. Sollte in diesen Fällen ein zeitlicher Verzug seine Ursache in der Organisation der Erlaubnisbehörde haben oder sollte es zu Rückfragen kommen, die nichts mit der grundsätzlichen Geeignetheit der aufnehmenden Gesellschaft in Bezug auf die Erteilung der Erlaubnis zu tun haben, so darf dies nicht zu Lasten der am Verleiharbeitsverhältnis beteiligten Parteien gehen.

(6) Für den vorliegenden Fall bedeutet diese Auffassung der Kammer, dass die bei der ursprünglichen Erlaubnisinhaberin (E. GmbH) vorhandene Erlaubnis mit Eintragung der Verschmelzung im Handelsregister erloschen ist, da es die aufnehmende Gesellschaft (S. Bau- und Wegebaustoffe GmbH) versäumt hat, bei Abschluss des Verschmelzungsvertrages eine eigene Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis zu beantragen. Der notarielle Verschmelzungsvertrag stammt vom 13. August 2003. Spätestens zu diesem Zeitpunkt hätte die S. Bau- und Wegebaustoffe GmbH, auf die die alte E. verschmolzen wurde, einen neuen Antrag auf Erteilung einer Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung stellen können. Bis zur Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister und dem dadurch bedingten Erlöschen der E. GmbH wäre eine neue Erlaubnis - jedenfalls unter Zugrundelegung des normalen Zeitablaufs - erteilt worden. Dies kann auch daraus abgeleitet werden, dass zwischen dem Antrag der neuen E. GmbH und der Erteilung der Erlaubnis keine vier Monate lagen. Nur wenn die S. Bau- und Wegebaustoffe GmbH im Hinblick auf die bevorstehende Verschmelzung einen entsprechenden Antrag auf Erteilung der Erlaubnis gestellt hätte und dieser nicht bis zur Eintragung der Verschmelzung erteilt worden wäre, müsste man unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes annehmen, dass die bestehende Erlaubnis bis zum Zeitpunkt der Neuerteilung nachwirkt bzw. die neu erteilte Erlaubnis auf den Zeitpunkt der Eintragung der Verschmelzung zurückwirkt. Diese Voraussetzungen sind aber im vorliegenden Fall nicht gegeben, da die E. GmbH den Antrag auf Erteilung einer neuen Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis erst ca. 1,5 Jahre nach Eintragung der Verschmelzung ins Handelsregister beantragte, obwohl

ihr nach den Durchführungsanweisungen der Bundesagentur für Arbeit hätte bekannt sein müssen, dass die Erlaubnis mit der Eintragung der Verschmelzung erlischt.

b) Zwischen dem Kläger und der Beklagten ist ein Arbeitsverhältnis kraft gesetzlicher Fiktion des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG zustande gekommen, da der Einsatz des Klägers im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung in einem zur Begründung dieses Arbeitsverhältnisses nicht nur unerheblichen Zeitraumes geschah und - entgegen der Auffassung der Beklagten - eine teleologische Reduktion des § 10 Abs. 1 AÜG nicht in Betracht kommt.

(1) § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG knüpft an die Unwirksamkeitsregelung des § 9 Nr. 1 AÜG an und bestimmt deren Rechtsfolgen. Danach sind Verträge zwischen Verleihern und Entleiher sowie zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern unwirksam, wenn der Verleiher nicht die für eine gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung nach § 1 AÜG erforderliche behördliche Erlaubnis besitzt. Für diesen Fall der Unwirksamkeit eines Arbeitsvertrages zwischen einem Verleiher und einem Leiharbeitnehmer gilt nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer als zustande gekommen.

Der Eintritt dieser gesetzlichen Fiktion setzt mithin voraus, dass nach dem Inhalt der vertraglichen Vereinbarungen, die die beteiligten Vertragspartner getroffen haben, der Tatbestand der gewerbsmäßigen und erlaubnispflichtigen Arbeitnehmerüberlassung vorliegt. Es darf sich also bei dem Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Entleiher, in dessen Betrieb der Arbeitnehmer eingesetzt werden soll, nicht um einen Werk- oder Dienstvertrag handeln, in dessen Rahmen der Arbeitnehmer lediglich als Erfüllungsgehilfe seines Arbeitgebers in dem Betrieb des Dritten tätig wird. Im letzteren Fall greifen die Vorschriften des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes nicht ein (vgl. BAG, 24.05.2006 - 7 AZR 365/05 -, EzAÜG § 10 AÜG Fiktion Nr. 114; BAG 06.08.2003 - 7 AZR 180/03 -, EzAÜG § 10 AÜG Fiktion Nr. 111; BAG 30.01.1991 - 7 AZR 497/89 -, EzAÜG § 10 AÜG Fiktion Nr. 66).

Vorliegend ist es zwischen den Parteien unstreitig, dass zwischen der E. GmbH und der Beklagten ein Rahmenarbeitnehmerüberlassungsvertrag geschlossen wurde und der Kläger zumindest in der Zeit vom 01.06.2004 bis 09.07.2004 im Rahmen einer echten Arbeitnehmerüberlassung für die Beklagte tätig war. Im Zeitraum vom 01.06.2004 bis 09.07.2004 war es nicht etwa so, dass der Kläger auf der vertraglichen Grundlage eines Werk- oder Dienstvertrages tätig werden sollte und die Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses eine Arbeitnehmerüberlassung darstellte. Vorliegend hat die Beklagte den Kläger als Dieselkatzenfahrer im Rahmen des abgeschlossenen Arbeitnehmerüberlassungsvertrages bei der E. GmbH für eine gewisse Anzahl von Einsätzen angefordert und der Kläger war im Rahmen dieser Anforderung für die Beklagte tätig. Die E. GmbH besaß während dieses Anforderungszeitraums nicht die erforderliche behördliche Erlaubnis gemäß § 1 AÜG.

Die E. GmbH war auch im Rahmen einer gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung tätig. Die Gewerbsmäßigkeit einer Arbeitnehmerüberlassung wird definiert als jede, nicht nur gelegentliche, sondern auf eine gewisse Dauer angelegte und auf die Erzielung unmittelbarer oder mittelbarer wirtschaftlicher Vorteile gerichtete selbständige Tätigkeit (ErfK/Wank, 8.Aufl. § 1 AÜG Rdn. 40). Die Überlassung muss auf eine gewisse Dauer angelegt sein. Der nur gelegentliche Verleih ist nicht erlaubnispflichtig. Bagatellfälle sollen so ausgeklammert werden (BAG, 16.03.2000 - 2 AZR 196/99 -, EzAÜG § 1 AÜG Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung Nr. 34). Darüber hinaus ist an das Tatbestandsmerkmal der Gewerbsmäßigkeit im Hinblick auf den sozialen Schutzzweck der Norm, die die Arbeitnehmer vor unseriösen Verleihern bewahren will, keine zu hohe Anforderung zu stellen. Es genügt vielmehr jede Arbeitnehmerüberlassung, die wiederholt vorgenommen werden soll, wobei es nicht auf die Dauer des Ablaufs einer bestimmten Zeit ankommt, sondern darauf, ob die Tätigkeit der Arbeitnehmerüberlassung auf Dauer angelegt ist. (BAG, 16.03.2000 - 2 AZR 196/99 -, a.a.O.; BAG 18. Februar 1988 - 2 AZR 583/87 - EzAÜG § 1 AÜG Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung Nr. 23; ErfK/Wank, 8. Aufl. , § 1 AÜG Rdn. 38).

Die E. GmbH betreibt neben ihrem sonstigen Unternehmenszweck mindestens seit dem Jahr 1999 eine auf Dauer angelegte Arbeitnehmerüberlassung. Allein mit der hiesigen Beklagten hat die E.

GmbH seit 1999 einen Rahmenarbeitnehmerüberlassungsvertrag geschlossen, der auch nach der Wiedererteilung der Erlaubnis fortgesetzt wurde. Ob die E. GmbH darüber hinaus auch noch mit anderen Unternehmen Arbeitnehmerüberlassungsverträge geschlossen hatte, ist der Kammer nicht bekannt. Für die Gewerbsmäßigkeit ist es aber bereits ausreichend, dass die E. GmbH der Beklagten auf Dauer Arbeitnehmer im Wege der Arbeitnehmerüberlassung zur Verfügung stellte und nicht etwa nur einen kurzfristigen Spitzenbedarf der Beklagten abdeckte. Darüber hinaus betrieb die E. GmbH die Arbeitnehmerüberlassung mit Gewinnerzielungsabsicht. Die E. GmbH war ein Wirtschaftsunternehmen, bei dem die erzielten Einnahmen die Aufwendungen überschreiten sollten. An der Gewerbsmäßigkeit der Arbeitnehmerüberlassung durch die E. GmbH bestehen daher keine Zweifel.

(2) Das Arbeitsgericht hat zutreffend gewürdigt, dass die Eingliederung des Klägers in den Betrieb der Beklagten im Rahmen der unstreitig durchgeführten Arbeitnehmerüberlassung ausreichend war, um ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG zu fingieren.

Richtig ist, dass das BAG in ständiger Rechtsprechung davon ausgeht, dass nicht jeder drittbezogene Arbeitseinsatz eine Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des AÜG ist. Die Arbeitnehmerüberlassung ist vielmehr durch eine spezifische Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen zwischen Verleiher und Entleiher einerseits (dem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag) und zwischen Verleiher und Arbeitnehmer andererseits (dem Leiharbeitsvertrag) sowie durch das Fehlen einer arbeitsvertraglichen Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Entleiher gekennzeichnet (BAG, 24.05.2006 - 7 AZR 365/05 - a.a.O.; BAG, 06.08.2003 - 7 AZR 27/03 -, a.a.O.; BAG 19. März 2003 - 7 AZR 267/02 - BAGE 105, 317; BAG 03.12.1997- 7 AZR 764/96 - BAGE 97, 186).

Notwendiger Inhalt eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrages ist die Verpflichtung des Verleihers gegenüber dem Entleiher, diesem zur Förderung von dessen Betriebszwecken Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen (BAG 19. Januar 2000, 7 AZR 6/99, zitiert nach juris; BAG 03.12.1997 - 7 AZR 764/96 - a.a.O. m.w.N.). Die Vertragspflicht des Verleihers gegenüber dem Entleiher endet, wenn er den Arbeitnehmer ausgewählt und ihn dem Entleiher zur Verfügung gestellt hat (BAG 03.12.1997 - 7 AZR 764/96 - a.a.O.; BAG 22. Juni 1994 - 7 AZR 286/93 - BAGE 77, 102). Von der Arbeitnehmerüberlassung zu unterscheiden ist die Tätigkeit eines Arbeitnehmers bei einem Dritten aufgrund eines Werk- oder Dienstvertrages. In diesen Fällen wird der Unternehmer für einen Anderen tätig. Er organisiert die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolges notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen und bleibt für die Erfüllung der im Vertrag vorgesehenen Dienste oder für die Herstellung des geschuldeten Werks gegenüber dem Drittunternehmen verantwortlich. Die zur Ausführung des Dienst- oder Werkvertrags eingesetzten Arbeitnehmer unterliegen der Weisung des Arbeitgebers 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. Solche Dienst- oder Werkverträge werden vom Arbeitnehmerüberlassungsgesetz nicht erfasst (ständige Rechtsprechung vgl. BAG 30.01.1991 - 7 AZR 497/89 - BAGE 67, 124; 22. Juni 1994 - 7 AZR 286/93 - a.a.O.; BAG 06.08.2003 - 7 AZR 180/03 - a.a.O.; BAG 24.05.2006 - 7 AZR 365/05 - a.a.O.).

Über die rechtliche Einordnung eines Vertrages entscheidet der Geschäftsinhalt und nicht die von den Parteien gewünschte Rechtsfolge oder eine Bezeichnung, die dem Geschäftsinhalt tatsächlich nicht entspricht. Der Geschäftsinhalt kann sich sowohl aus den ausdrücklichen Vereinbarungen der Vertragsparteien als auch aus der praktischen Ausführung des Vertrages ergeben. Widersprechen sich beide, so ist die tatsächliche Durchführung des Vertrages 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 30.01.1991 - 7 AZR 497/89 - a.a.O.). Einzelne Vorgänge der Vertragsabwicklung sind zur Feststellung eines vom Vertragswortlaut abweichenden Geschäftsinhalts nur geeignet, wenn es sich dabei nicht um untypische Einzelfälle, sondern um

beispielhafte Erscheinungsformen einer durchgehend geübten Vertragspraxis handelt. Dabei muss diese abweichende Vertragspraxis den auf Seiten der Vertragspartner zum Vertragsabschluss berechtigten Personen bekannt gewesen und von ihnen zumindest geduldet worden sein; denn sonst kann eine solche, den schriftlichen Vereinbarungen widersprechende Vertragsdurchführung nicht als Ausdruck des wirklichen Geschäftswillens der Vertragspartner angesehen werden (BAG 30. Januar 1991 - 7 AZR 497/89 - a.a.O., zu IV 2 der Gründe; BAG 06.08.2003 - 7 AZR 180/03 -, a.a.O.).

(3) Unter Berücksichtigung dieser ständigen Rechtsprechung des BAG zur Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassungsverträgen und Werk- bzw. Dienstverträgen war der Kläger zumindest in der Zeit vom 01.06.2004 bis 09.07.2004 im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung für die Beklagte tätig. Es ist zwischen den Parteien unstreitig, dass der Kläger in dieser Zeit vollschichtig im Rahmen von 25 Arbeitsschichten als Dieselkatzenfahrer von der Beklagten eingesetzt wurde. Er unterlag innerhalb dieses Zeitraumes vollständig dem Direktionsrechts der Beklagten, die seinen Arbeitseinsatz geplant und gesteuert hat. Der Kläger war vollständig in den Betrieb der Beklagten eingegliedert und führte seine Arbeiten allein nach den Weisungen der Beklagten aus. Die E. GmbH hatte der Beklagten den Kläger als Arbeitskraft zur Verfügung gestellt. Damit endete die Vertragspflicht der E. GmbH gegenüber der Beklagten, da sie den Kläger als Arbeitnehmer ausgewählt und der Beklagten nur Verfügung gestellt hatte. Alle weiteren für die Durchführung der Arbeit erforderlichen Anweisungen erhielt der Kläger während dieser Zeit von der Beklagten. Insofern war zumindest für die Zeit vom 01.06.2004 bis zum 09.07.2004 die Vertragsbeziehung zwischen der E. GmbH und der Beklagten sowie die tatsächliche Ausgestaltung und Durchführung des Vertrages inhaltsgleich. Es kommt für diesen Zeitraum - im Gegensatz zu den sonst meist vorliegenden Fällen - nicht darauf an, ob sich die ausdrücklichen Vereinbarungen der Vertragsparteien und die praktische Durchführung widersprechen und damit der wirkliche Willen der Vertragsparteien ermittelt werden muss, um den Vertragsinhalt und den Vertragstyp bestimmen zu können.

(4) Auf die Einwendungen der Beklagten, sie habe zum Einen keine Kenntnis von dem Fehlen der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis bei der E. GmbH gehabt und der Zeitraum, in dem der Kläger im Rahmen einer echten Arbeitnehmerüberlassung bei ihr eingesetzt gewesen sei, sei für das Vertragsverhältnis insgesamt nicht prägend gewesen, führen nicht dazu, dass die vom Gesetz vorgesehene Rechtsfolge nicht eintritt.

Die Rechtsprechung des BAG, nach der die von der Vertragsgrundlage abweichende Vertragspraxis den auf Seiten der Vertragspartner zum Vertragsabschluss berechtigten Personen bekannt gewesen und von ihnen zumindestens geduldet worden sein muss, ist für den vorliegenden Fall nicht einschlägig. Vorliegend geht es nicht um die Kenntnis der vertretungsberechtigten Personen davon, dass der von ihnen abgeschlossene Vertrag in der Vertragspraxis nicht umgesetzt wird, sondern darum, dass eine rechtliche Voraussetzung (Vorliegen der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis) für den von ihnen abgeschlossenen Rahmenarbeitnehmerüberlassungsvertrag, nach dem eine zulässige Arbeitnehmerüberlassung stattfinden sollte, nicht vorlag.

Richtig ist, dass die E. GmbH zum Zeitpunkt des Abschlusses des Rahmenarbeitnehmerüberlassungsvertrages vom 16.11.1999/01.12.1999 im Besitz der Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Überlassung von Arbeitnehmern gemäß § 1 Abs. 1 AÜG war und sich verpflichtet hat, der Beklagten über sämtliche Veränderungen im Hinblick auf die erteilte Erlaubnis unverzüglich schriftlich Mitteilung zu machen. Richtig ist auch, dass weder die E. GmbH noch die Beklagte Kenntnis von dem Erlöschen der Erlaubnis mit Eintragung der Verschmelzung im Handelsregister hatten. Diese fehlende Kenntnis der E. GmbH und der Beklagten über das Fehlen einer gesetzlichen Voraussetzung für eine zulässige Arbeitnehmerüberlassung kann aber nicht dazu führen, dass ein vom Gesetz vorgesehene Rechtsfolge außer Kraft gesetzt wird. Wie oben bereits ausgeführt, hätte die E. GmbH Kenntnis von dem Erlöschen der Erlaubnis haben können und wäre insoweit auch nach § 1 des Rahmenarbeitnehmerüberlassungsvertrages verpflichtet gewesen, der Beklagten unverzüglich von dem Erlöschen der Erlaubnis Mitteilung zu machen. Wenn die E. GmbH dieser Verpflichtung nicht nach kommt, ergibt sich gegebenenfalls eine Schadensersatzpflicht der Beklagten gegenüber der E. GmbH. Keinesfalls kann dadurch aber die Rechtsfolge eines Gesetzes, welches

als Arbeitnehmerschutzgesetz ausgestaltet ist, außer Kraft gesetzt werden. Dies würde ansonsten bedeuten, dass die Frage, ob die Rechtsfolge eines Gesetzes eintritt oder nicht, daran festgemacht würde, ob Verleiher und Entleiherfirma von der fehlenden Erlaubnis Kenntnis hatten und über welches Unrechtsbewusstsein sie verfügten. Zwar mag es sein, dass die Beklagte bei Kenntnis der fehlenden Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis den Kläger nicht im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung angefordert hätte. Für die Frage des Zustandekommens eines Arbeitsverhältnisses ist diese Feststellung aber unerheblich.

Der Einwand der Beklagten, der Einsatz des Klägers sei im Verhältnis zu dem Gesamtarbeitsverhältnis nicht prägend gewesen und habe insgesamt nur 0,04 % der gesamten vom Kläger behaupteten Arbeitszeit bei der E. GmbH betragen, führt ebenfalls nicht dazu, dass zwischen den Parteien kein Arbeitsverhältnis gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG zustande gekommen wäre.

Zunächst ist auf den Wortlaut des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG und seinen Schutzzweck hinzuweisen. § 10 Abs. 1 Satz 1 enthält keine Zeitangaben dergestalt, dass ein Arbeitnehmer zunächst für einen bestimmten Zeitraum im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung ohne Vorliegen einer Erlaubnis eingesetzt wird, bevor zum Entleiher ein Arbeitsverhältnis begründet wird. § 10 Abs. 1 Satz 1 2. Halbsatz AÜG sieht lediglich vor, dass für den Fall, dass die Unwirksamkeit des zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeiter geschlossenen Vertrages erst eintritt, nachdem der Leiharbeiter seine Tätigkeit beim Entleiher aufgenommen hat, das Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeiter erst mit dem Eintritt der Unwirksamkeit als zustande gekommen gilt. Durch diese Vorschrift wird sichergestellt, dass die Fiktion des Arbeitsverhältnisses erst dann eintritt, wenn der Unwirksamkeitsgrund vorliegt. Das Gesetz sieht nicht vor, dass zwischen dem Beginn der Unwirksamkeit durch Wegfall der Erlaubnis und der Begründung des Arbeitsverhältnisses zwischen Leiharbeiter und Entleiher ein gewisser Zeitraum (wie lange) vergangen sein muss, bis das Arbeitsverhältnis zustande gekommen ist. Darüber hinaus ergibt sich aus § 10 Abs. 1 AÜG, dass der Gesetzgeber einzelne Regelungen hinsichtlich des Beginns des Arbeitsverhältnisses zwischen Leiharbeiter und Entleiher, einer möglichen Befristung und dem Inhalt des Arbeitsverhältnisses getroffen hat. Hätte der Gesetzgeber für die Begründung eines Arbeitsverhältnisses einen gewissen Umfang der durchgeführten Arbeitnehmerüberlassung annehmen wollen, hätte er dies an dieser Stelle regeln können. Insoweit ist nicht ersichtlich, warum die Rechtsfolge des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG nach dem Gesetzeswortlaut nicht eingreifen sollte.

Dieses Ergebnis ergibt sich auch aus dem Sinn und Zweck des § 10 AÜG. Bei § 10 AÜG handelt es sich um zwingendes Arbeitnehmerschutzrecht, wobei diese Regelung allein den unter Verstoß gegen die Vorschriften des AÜG verliehenen Arbeitnehmer schützen will und ihn durch die gesetzlich geschaffene Fiktion eines zum Entleiher begründeten Arbeitsverhältnisses bei gemäß §§ 9 Nr. 1 Abs. 1 AÜG unwirksamen Verträgen zwischen Verleiher und Entleiher absichern will (Schüren a.a.O., § 10 Rdn. 2, 11 ff. sowie 36 am Ende; Böhme/Lemke, AÜG, 2. Aufl. 2005, § 10 Rdn. 5 ff. und 27 ff.; BAG, Urteil vom 30.01.1991 - 7 AZR 497/89 - a.a.O.; LAG München, 26.10.2006 - 4 Sa 1324/05 -, EzAÜG § 10 AÜG Fiktion Nr. 115). Arbeitnehmerüberlassung bedarf, wenn sie gewerbsmäßig betrieben wird, gemäß § 1 Abs. 1 AÜG der behördlichen Erlaubnis. Der Erlaubnisvorbehalt soll, wie die in § 3 AÜG normierten Versagungsgründe zeigen, von vornherein sicherstellen, dass gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung nur von zuverlässigen Personen betrieben wird, die nach behördlicher Prüfung die Gewähr für eine ordnungsgemäße Erfüllung ihrer Arbeitgeberpflichten bieten. Der Sicherung des Erlaubnisvorbehalts dient die Regelung des § 9 Nr. 1 AÜG, nach der auf Arbeitnehmerüberlassung gerichtete Verträge unwirksam sind, wenn der Verleiher die erforderliche behördliche Erlaubnis nicht hat. Das Gesetz knüpft die Unwirksamkeitsfolge allein an das Fehlen der behördlichen Erlaubnis ohne Rücksicht darauf, ob der Verleiher zuverlässig ist und den Arbeitgeberpflichten korrekt nachkommt (BAG, 30.01.1991 - 7 AZR 498/89 - a.a.O.).

Die außerdem von der Beklagten herangezogene Rechtsprechung des BAG, nach der es im Zweifel auf die tatsächlichen Verhältnisse ankommt, ist für den vorliegenden Fall nicht einschlägig.

Die von der Beklagten zitierte höchstrichterliche Rechtsprechung beschäftigt sich mit den Fällen, dass die Parteien einen Werk- oder Dienstvertrag ihrem Vertragsverhältnis zugrundegelegt haben und einzelne Vorgänge der Vertragsabwicklung nicht dem Wesen eines Werk- oder Dienstvertrages entsprechen, sondern für sich betrachtet, als Arbeitnehmerüberlassung qualifiziert werden müssten. In diesen Fallkonstellationen geht die Rechtsprechung des BAG davon aus, dass nicht jeder drittbezogene Arbeitseinsatz eine Arbeitnehmerüberlassung ist und nicht jeder untypische Einzelfall, bei dem sich einzelne Vorgänge der Vertragsabwicklung nicht mit dem Vertragswortlaut decken, zur Annahme einer Arbeitnehmerüberlassung führen soll. Allein in diesem Zusammenhang hat das BAG angenommen, dass von einer Arbeitnehmerüberlassung nur dann ausgegangen werden kann, wenn die vom Vertrag abweichende Vertragspraxis für den Vertrag prägend ist und die abweichende Vertragspraxis den auf Seiten der Vertragspartner zum Vertragsabschluss berechtigten Personen bekannt gewesen ist und von ihnen zumindest geduldet wurde (BAG, Urteil vom 06.08.2003 - 7 AZR 180/03 - a.a.O.).

Vorliegend handelt es sich bei der Tätigkeit des Klägers in dem besagten Zeitraum jedoch nicht um eine vom Vertragswortlaut abweichende tatsächlich geübte Vertragspraxis, sondern um eine Übereinstimmung zwischen Vertragswortlaut und tatsächlich ausgeübter Vertragspraxis. Die Beklagte hat den Kläger im Rahmen des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages mit der E. GmbH angefordert und eingesetzt, sodass es nicht darauf ankommt, zu prüfen, ob der Kläger während eines bestimmten Zeitraums aufgrund eines Werkvertrages eingesetzt war und die tatsächliche Vertragspraxis der Parteien zur Annahme einer Arbeitnehmerüberlassung führen würde.

(5) Ebenso geht die Beklagte fehl in der Annahme, dass das Arbeitsgericht Essen von einem bis zum 09.07.2004 befristeten Arbeitsverhältnis hätte ausgehen müssen. Zwar sieht § 10 Abs. 1 Satz 2 AÜG vor, dass das Arbeitsverhältnis nach Satz 1 als befristet gilt, wenn die Tätigkeit des Leiharbeitnehmers bei dem Entleiher nur befristet vorgesehen war und ein die Befristung des Arbeitsverhältnisses sachlich rechtfertigender Grund vorlag. Diese Voraussetzungen sind jedoch im vorliegenden Fall nicht gegeben. Die Beklagte hat lediglich behauptet, die Bestellung vom 08.04.2004 sei von vornherein zeitlich begrenzt gewesen, ohne dies im Einzelnen darzulegen und unter Beweis zu stellen. Ebenso wenig hat die Beklagte dargelegt, dass auch die Tätigkeit des Klägers bei der Beklagten nur befristet vorgesehen war und dass ein die Befristung des Arbeitsverhältnisses sachlich rechtfertigender Grund vorliegt. Ein Befristungsgrund kann sich nur aus der Rechtsbeziehung zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer ergeben, denn nur zwischen ihnen besteht ein (Leih-)arbeitsverhältnis, so dass auch nur aus den Umständen, die die in dieser Rechtsbeziehung verbundenen Personen betreffen, Befristungsgründe herzuleiten sind ( ErfK/Wank, 8.Aufl., Einl. AÜG Rdn. 7). Vorliegend war der zwischen dem Kläger und der E. GmbH geschlossene Vertrag unbefristet, so dass ein sachlicher Grund für die Befristung des Arbeitsverhältnisse nicht vorliegt.

Die Tenorierung des Arbeitsgerichts Essen, wonach ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien zustande kommt, ist daher keineswegs widersprüchlich.

(6) Die von der Beklagten vorgenommene teleologische Reduktion des § 10 Abs. 1 AÜG ist vom Sinn und Zweck der Vorschrift nicht gedeckt und deshalb auch nicht möglich.

Sinn und Zweck des § 10 Abs. 1 AÜG ist es - wie oben bereits dargelegt und wie auch von der Beklagten richtig dargestellt -, dem Arbeitnehmer zu seinem Schutz einen Ersatz dafür zu verschaffen, dass sein Arbeitsvertrag mit dem Verleiher wegen fehlender behördlicher Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung gemäß § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam ist. Hierbei knüpft das Gesetz die Unwirksamkeitsfolge allein an das Fehlen der behördlichen Erlaubnis ohne Rücksicht darauf, ob der Verleiher zuverlässig ist und den Arbeitgeberpflichten korrekt nachkommt. Ebenso ist es unerheblich, ob der Arbeitnehmer, wie im vorliegenden Fall, für den Verleiher weiter arbeitet und dieser zu einem späteren Zeitpunkt die Erlaubnis wieder erhält, oder, ob der Arbeitnehmer in einem sog. Mischbetrieb arbeitet, bei dem das Unternehmen sowohl auf der Basis von Werk- und Dienstverträgen als auch auf der Basis von Arbeitnehmerüberlassungsverträgen tätig ist. Das BAG hat sich im Urteil vom 30.01.1991 (- 7 AZR 498/89 - a.a.O) bereits mit der Frage auseinandergesetzt, ob eine teleologische Reduktion des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG für den Fall in Betracht

kommt, dass zwar die Erlaubnis gemäß § 1 AÜG fehlt, der Arbeitgeber aber seine Arbeitgeberpflichten korrekt erfüllt. Bereits in diesem Urteil hat das BAG ausgeführt, dass es für eine teleologische Reduktion des § 10 Abs. 1 AÜG für diese Fallkonstellation keinen Raum sehe. Nichts anderes kann gelten, wenn der Arbeitnehmer - wie im vorliegenden Fall - sein Arbeitsverhältnis die gesamte Zeit mit der Verleiherfirma abwickelt und auch dann fortsetzt, wenn die Verleiherfirma wieder im Besitz einer entsprechenden Erlaubnis ist.

Nach der Rechtsprechung und der überwiegenden Meinung in der Literatur gelten für die Auflösung eines gesetzlich gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG fingierten Arbeitsverhältnisses die allgemeinen Regelungen. Es kann also nur durch Kündigung oder durch Aufhebungsvertrag unter Berücksichtigung der Regelungen, u.a. des § 623 BGB, beendet werden (BAG, Urteil vom 30.01.1991 - 7 AZR 497/89 - a.a.O.; Thüsing/Mengel, AÜG, § 10 Rdn. 17; ErfK/Wank, 8. Aufl., § 10 AÜG Rdn. 33). Das zwischen dem Kläger und der Beklagten zustande gekommene Arbeitsverhältnis ist vorliegend weder durch eine Kündigung der Beklagten noch durch einen Auflösungsvertrag beendet worden und besteht nach wie vor fort. Darüber hinaus hat der Kläger mit der E. GmbH zu dem Zeitpunkt, zu dem die E. GmbH ihre Erlaubnis wieder erlangte, konkludent ein neues neben dem Arbeitsverhältnis zu der Beklagten bestehendes Arbeitsverhältnis begründet, dessen Hauptleistungspflichten - Arbeit gegen Entgelt - zwischen der E. GmbH und dem Kläger ausgetauscht wurden. Das daneben zur Beklagten bestehende Arbeitsverhältnis ruhte. Eine solche konkludente Begründung des Arbeitsverhältnisses bedarf im Gegensatz zu der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses nicht der Schriftform. Der Rechtsordnung ist das Nebeneinander zweier Arbeitsverhältnisse, bei denen eines ruht und das andere aktiv betrieben wird, durchaus bekannt. So gibt es die Möglichkeit, dass der Arbeitsvertrag eines Arbeitnehmers so lange ruht, wie er als Geschäftsführer für das gleiche Unternehmen tätig ist. Ebenso ergibt sich aus § 12 KSchG, dass der Arbeitnehmer zwischen dem aufgrund einer Kündigung nicht wirksam beendeten Arbeitsverhältnis und dem während des Kündigungsschutzprozesses neu eingegangenen Arbeitsverhältnis wählen kann. Zwar unterscheiden sich diese Fälle dadurch, dass sich die Parteien über das Bestehen zweier Arbeitsverhältnisse bewusst sind und im vorliegenden Fall weder der Kläger, noch die Beklagte, noch die E. GmbH Kenntnis davon hatten, wie die einzelnen Vertragskonstellationen aussehen. Diese Unkenntnis führt jedoch nicht dazu, dass die Vertragskonstellation nicht möglich ist und insbesondere kann sie nicht dazu führen, dass die fest stehenden Rechtsgrundsätze durch diese Unkenntnis umgangen werden. Wenn ein wirksam begründetes Arbeitsverhältnis nur durch Kündigung oder Auflösungsvertrag schriftlich beendet werden kann, kann es eben nicht durch die Fortsetzung des ursprünglichen Arbeitsverhältnisses oder wie hier vertreten durch die konkludente Neugründung des Arbeitsverhältnisses mit Erteilung der Erlaubnis in Wegfall geraten.

c) Im vorliegenden Fall kommt es somit auf die Frage, ob der Kläger außerhalb des Zeitraumes vom 01.06.2004 bis zum 09.04.2004 ebenfalls im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung tätig war oder - wie die Beklagte annimmt - ansonsten ausschließlich im Rahmen von Werk- oder Dienstverträgen, nicht an. Dadurch, dass der Kläger im Rahmen der echten Arbeitnehmerüberlassung in einem Zeitraum für die Beklagte tätig war, in dem die E. GmbH keine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung gemäß § 1 AÜG besaß, war sein Arbeitsverhältnis mit der E. GmbH gemäß § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam, was zur Folge hatte, dass zwischen der Beklagten und dem Kläger ein Arbeitsverhältnis gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG zustande kam. Da dieses Arbeitsverhältnis von der Beklagten weder gekündigt wurde, noch die Parteien einen Auflösungsvertrag geschlossen haben, besteht zwischen den Parteien nach wie vor ein Arbeitsverhältnis.

## **C.**

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 64 Abs. 6 ArbGG, 97 Abs. 1 ZPO.

Die Kammer hat die Revision gemäß § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG zugelassen. Der Entscheidung liegen Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung zugrunde, die so noch nicht höchstrichterlich entschieden wurden.