

Aktenzeichen: 2 AZR 215/83

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 14. Juni 1984
- 2 AZR 215/83 -

I. Arbeitsgericht Urteil vom 20. April 1982
Husum - 1 Ca 251/82 -

II. Landesarbeitsgericht Urteil vom 21. Februar 1983
Schleswig-Holstein - 5 (2) Sa 306/82 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Entscheidungsstichwort:

Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag

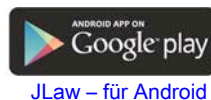
Gesetz: AUG Art. 1 § 1, § 10; BGB §§ 630, 645; ZPO §§ 554, 561

Leitsätze:

K e i n e



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



2 AZR 215/83

5 (2) Sa 306/82 Schleswig-Holstein

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
14. Juni 1984
Bittner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

pp.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



JLaw – Gesetze und Urteile

Kostenlos [\(mobile App\)](#)

Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 14. Juni 1984 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Professor Dr. Röhsler und Triebfürst sowie die ehrenamtlichen Richter Wellhausen und Dr. Bächle für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein vom 21. Februar 1983 - 5 (2) Sa 306/82 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger trägt die Kosten der Revision.

V o n R e c h t s w e g e n !

T a t b e s t a n d :

Die Beklagte, ein Unternehmen der Mineralölindustrie, betreibt in H. eine Erdölraffinerie. Gemäß Schreiben vom 1. August 1980 erteilte sie der Ingenieur-Büro H. R. P GmbH, die auf Streitverkündung der Beklagten dem Rechtsstreit beigetreten ist (künftig: Streitverkündete), folgenden Auftrag:

"Ausarbeitung von Konstruktionsunterlagen für die CO-Verbrennung unseres Werks H durch einen Ingenieur zum Stundensatz von DM 70,-- + MwSt.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
([mobile App](#))



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Arbeitsbeginn: 1.9.1970
Arbeitsdauer: etwa 8 Wochen."

Unter dem 25. August 1980 schloß die Streitverkündete mit dem Kläger einen schriftlichen Arbeitsvertrag. Danach trat der Kläger ab 1. September 1980 als Ingenieur gegen ein Monatsgehalt von 4.300,-- DM brutto in ihre Dienste. Nach § 5 des Vertrages galten die ersten drei Monate nach Dienstantritt als Probezeit. Die Kündigungsfrist betrug während der Probezeit drei Monate zum Monatsende, danach sechs Wochen zum Quartalsende. Der Aufgabenbereich des Klägers war in § 10 wie folgt umschrieben:

"Der AN wird zur Ausarbeitung von Konstruktionsunterlagen zur T mit Sitz in H abgestellt. Sein Dienort ist somit die Firma T in H. Der AN verpflichtet sich, sich entsprechend den Weisungen seines übergeordneten Abteilungsleiters zu fügen sowie den dort geltenden Unfallverhütungsvorschriften und Dienstzeiten Rechnung zu tragen."

Der Kläger nahm vertragsgemäß am 1. September 1980 seine Tätigkeit in der Raffinerie H auf. In einem schriftlichen Vertrag ohne Datum vereinbarte er mit der Streitverkündeten, daß das Arbeitsverhältnis auf der Basis des Arbeitsvertrages vom 25. August 1980 erneut am 1. Januar 1981 beginnen und dieser Arbeitsvertrag weiterhin die Grundlage des neuen Arbeitsverhältnisses bilden sollte mit folgenden Ausnahmen:

"Zu § 5

Das Arbeitsverhältnis ist befristet auf jeweils einen Monat und wird im gegenseitigen Einvernehmen kurz-



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

fristig um je einen Monat verlängert (analog zu der Vertragsverlängerung des Auftraggebers mit dem Büro P).

(Der Kläger) erhält als Abfindung für diese kurzfristigen Vertragserweiterungen einen einmaligen Betrag in Höhe von 500,-- DM."

Mit Schreiben vom 27. Oktober 1981 erteilte die Beklagte der Streitverkündeten folgenden weiteren Auftrag:

"Ausarbeitung von Konstruktionsunterlagen für weitere Wärmerückgewinnungsmaßnahmen im Bereich der TCC-Anlage unseres Werks H durch einen Ingenieur zum Stundensatz von 70,-- DM + MwSt.

Weitere Kosten entstehen uns nicht.

Arbeitsbeginn: 8.10.1981

Arbeitsdauer: Bis etwa Ende Januar 1982."

Der Kläger arbeitete in der Raffinerie H bis 26. Januar 1982 und war danach bis September 1982 wegen eines Herzinfarkts arbeitsunfähig krank. Er ist der Meinung, zwischen der Beklagten und der Streitverkündeten sei eine unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung vereinbart worden, so daß nach Art. 1 § 10 Abs. 1 AÜG seit 1. Januar 1981 kraft gesetzlicher Fiktion zwischen ihm und der Beklagten ein Arbeitsverhältnis bestehe. Zur Begründung hat er vorgetragen:

Gegenstand der Verträge zwischen der Beklagten und der Streitverkündeten sei eine Arbeitnehmerüberlassung. Nach § 10 seines Arbeitsvertrages mit der Streitverkündeten sei er zur Dienstleistung im Betrieb der Beklagten abgestellt, ausdrücklich dem Weisungsrecht des dortigen Abteilungsleiters unterstellt



worden und habe die in diesem Betrieb geltenden Dienstzeiten einhalten müssen. Dies spreche ebenso für Arbeitnehmerüberlassung wie die Abrechnung nach Stundensätzen und die fehlende Spezifizierung der Konstruktionsarbeiten in den Auftragsschreiben der Beklagten.

Er habe auch tatsächlich sämtliche Arbeitsanweisungen von Angestellten der Beklagten erhalten. Seine Tätigkeit habe sich von dem Arbeitseinsatz anderer bei der Beklagten beschäftigter Ingenieure nicht unterschieden. Er habe die dortige Arbeitszeit einhalten und eine Stechuhr benützen müssen. Seinen Urlaub habe er mit der Beklagten vereinbart. Verschiedene von ihm ausgeführte Arbeiten hätten mit den in den Auftragsschreiben der Beklagten bezeichneten Arbeiten nichts zu tun gehabt. Erst ab April 1981 habe er Konstruktionsarbeiten für diese Projekte ausgeführt. Im Mai 1981 habe er zumindest teilweise die Tätigkeit des in eine andere Abteilung versetzten Projektleiters M ausgeführt. Er habe ferner ständig an den von dem Abteilungsleiter abgehaltenen Vergabebesprechungen teilgenommen. Nach seiner Erkrankung im Januar 1982 habe ein Angestellter der Beklagten die Konstruktionsarbeiten weitergeführt.

Demgegenüber habe ihm die Streitverkündete keinerlei Arbeitsanweisungen erteilt. Sie habe gar nicht gewußt, welche Arbeiten er bei der Beklagten verrichte. Sie hafte nach ihren Verträgen mit der Beklagten auch nicht für das Ergebnis seiner Tätigkeit.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag der Streitverkündeten und damit auch sein Arbeitsvertrag mit der Beklagten seien unwirksam, weil die Streitverkündete nicht die erforderliche Erlaubnis besitze, die Arbeitnehmerüberlassung auch gewerblich betreibe und ferner die zulässige Höchstbefristung von Arbeitsverträgen auf drei Monate überschritten habe.

Der Kläger hat demgemäß beantragt festzustellen, daß zwischen ihm und der Beklagten seit 1. Januar 1981 ein Arbeitsverhältnis besteht.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und zur Begründung vorgetragen:

Sie habe mit der Streitverkündeten Werkverträge abgeschlossen und den Kläger als ihren Erfüllungsgehilfen eingesetzt. Der erste Auftrag habe die Konstruktion sowie die Konstruktionszeichnungen und -beschreibungen für die Einrichtung einer Anlage für die Rückgewinnung von Abwärme in der CO-Verbrennung der Crack-Anlage ihrer Raffinerie, der zweite Auftrag ein weiteres, von dem ersten unabhängiges Projekt zur Wärmerückgewinnung innerhalb der TCC(Thermo-Catalytische-Crack-)Anlage zum Gegenstand gehabt. Aufgabe der Streitverkündeten sei es gewesen, die Anlagen technisch und ingenieurmäßig umzukonstruieren, Baupläne zu entwerfen, zu zeichnen und die schriftlichen Unterlagen für die Ausschreibungen zu fertigen. Hierbei seien ihr die Anlage, die technischen und physikalischen Mittel, der Standort der Anlage, die Wärmemenge und die Stelle der Einspeisung in die Produktion



vorgegeben gewesen. Diese Arbeiten habe der Kläger für die Streitverkündete ausgeführt. Er habe selbständig, ähnlich einem Architekten, gearbeitet und hierbei auch beratende Funktionen ausgeübt. Er habe die Konstruktion der Wärmerückgewinnung entworfen, Konstruktionszeichnungen, darunter auch Aufstellungs- und Rohrleitungspläne gefertigt und die technische und physikalische Auslegung errechnet. Ferner habe er Auflistungen, technische Spezifikationen, Apparateblätter, Abmessungen für Anlageteile, die nach seinen Entwürfen erforderlich gewesen seien, erstellt. Hierfür habe er die in ihrem Betrieb üblichen Formblätter zur Erleichterung der Übersichtlichkeit verwendet. Schließlich habe er Zeichnungen der Anbieter auf die Übereinstimmung mit seinen Entwürfen überprüft und sie, die Beklagte, insoweit beraten.

Bei diesen Tätigkeiten habe es sich um geistig-schöpferische Leistungen, ähnlich denjenigen eines Architekten bei Umbauarbeiten, gehandelt. Sie seien selbständig abgrenzbar und abnehmbar gewesen. Die Streitverkündete habe somit ein Werk herstellen müssen. Der Kläger habe die hierfür erforderliche Arbeit nur in der Raffinerie ausführen können. Er habe die technische und physikalische Auslegung der Crack-Anlage und die Eingliederung der Anlage im Produktionsprozeß kennenlernen müssen, um bei dem Umbau längere Stillstandzeiten zu vermeiden. Ferner habe er die technischen Detailzeichnungen benötigt und ihre Fachingenieure jederzeit für Rücksprachen zur Verfügung haben müssen.

Ihre Ingenieure hätten dem Kläger auch keine Anweisungen hinsichtlich Art, Zeit, Ort und Ordnungsmäßigkeit seiner Ar-



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

beitsleistung erteilt, sondern nur projektbezogene Anweisungen erteilt, wie dies dem Besteller nach Werkvertragsrecht zustehe. An die betriebliche Arbeitszeit habe der Kläger sich deshalb halten müssen, weil er seine Arbeit im Betrieb und im Kontakt mit ihren Ingenieuren habe verrichten müssen. Zeitnachweiskarten habe er nur für die Abrechnung der vertraglich vereinbarten Stundenentgelte mit der Beklagten benutzt. Diese Form des Werklohns für Ingenieurleistungen sowie deren Nachweis sei branchentypisch. Seinen Urlaub habe er nicht mit ihr vereinbart, sondern sie nur hiervon verständigt. Er habe keine vertragsfremden Arbeiten ausgeführt.

Die bei seiner Erkrankung noch anstehenden Restarbeiten seien so geringfügig gewesen, daß sie diese im Einvernehmen mit der Streitverkündeten selbst zu Ende geführt habe.

Ob der Kläger von der Streitverkündeten Arbeitsanweisungen erhalten oder weitgehend selbständig gearbeitet habe, sei unerheblich, da Arbeitsüberlassung voraussetze, daß der Entleiher die Arbeitsanweisungen erteile. Die ingenieurmäßige Auslegung einer technischen Umbaumaßnahme, deren technische und physikalische Daten vorgegeben seien, gehörten zum Gegenstand des Unternehmens der Streitverkündeten als eines Büros beratender Ingenieure. Die Streitverkündete habe auch das volle Unternehmerrisiko getragen.

Selbst wenn Arbeitnehmerüberlassung vorliege, sei diese nicht verboten. Sie bestreite mit Nichtwissen, daß die Streitverkündete keine entsprechende Erlaubnis besitze. Die Streitver-



kündete hätte auch nicht gewerbsmäßig gehandelt.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landes-
arbeitsgericht hat sie nach Vernehmung des Abteilungsleiters
R als Zeugen abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Klageantrag
weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision wegen unzureichender
Begründung als unzulässig zu verwerfen, hilfsweise als unbe-
gründet zurückzuweisen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision ist unbegründet.

A. Entgegen der Meinung der Beklagten ist die Revision ord-
nungsgemäß begründet worden und damit insgesamt zulässig.

Wie die Beklagte zutreffend ausführt, ist eine Revision
allerdings dann unzulässig, wenn ausschließlich unzulässige Rügen
erhoben werden (vgl. RGZ 113, 166, 168; 149, 157, 165; Senatsur-
teil vom 21. Januar 1982 - 2 AZR 759/79 - n.v.). Die Beklagte
macht ferner zu Recht geltend, daß eine Revisionsrüge schon dann
unzulässig ist, wenn nicht eindeutig zu erkennen ist, ob damit
eine Verfahrensrüge erhoben, d.h. eine fehlerhafte Tatsachen-
feststellung beanstandet, oder eine materiellrechtliche Rüge an-
gebracht, d.h. der Vorwurf einer rechtsfehlerhaften Würdigung des
festgestellten Sachverhalts erhoben werden soll (BAG Urteil vom



19. Oktober 1959 - 2 AZR 60/59 - AP Nr. 4 zu § 554 ZPO). Die Revisionsbegründung enthält jedoch eine zureichend begründete materiellrechtliche Rüge.

Die Revision führt aus, verschiedene unstreitige Umstände sprächen gegen das Vorliegen eines Werkvertrages zwischen der Streitverkündeten und der Beklagten. Auch die Bekundungen des Zeugen R änderten an dieser Beurteilung, d.h. also an der Beweiskraft der zuvor gewürdigten Indiztatsachen für das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung, nichts. Wesentliche Teile der Aussage sprächen vielmehr für das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung. Die Beklagte sei somit für das Bestehen eines Werkvertrages beweisfällig geblieben.

Diesen Ausführungen ist mit hinreichender Deutlichkeit zu entnehmen, daß die Revision die Qualifizierung des Vertragsverhältnisses zwischen der Streitverkündeten und der Beklagten durch das Berufungsgericht als Werkvertrag auch unter Zugrundelegung der Aussage des Zeugen R als fehlerhaft rügen und insoweit die materiellrechtliche Würdigung des vom Berufungsgericht zugrunde gelegten Sachverhalts angreifen will. Darin liegt die materiellrechtliche Rüge, das Berufungsgericht habe zu Unrecht das Vorliegen eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrages zwischen der Streitverkündeten und der Beklagten verneint. Der Hinweis auf "§ 1 Abs. 2" und "§ 10 AÜG" sowie die Ausführungen zum Merkmal der Gewerbsmäßigkeit lassen ferner im Zusammenhang mit den übrigen Ausführungen, wie nach § 554 Abs. 3 Nr. 3 b ZPO erforderlich, die nach Ansicht der Revision vom Berufungsgericht verletzte



Rechtsnorm, nämlich Art. 1 § 1 Abs. 2, § 10 Abs. 1 AÜG, erkennen.

Die weiteren Ausführungen in der Revisionsbegründung zur Unrichtigkeit der Aussage des Zeugen R enthalten demgegenüber einen von den vorausgehenden Darlegungen deutlich abgrenzbaren Angriff gegen die Würdigung der Aussage durch das Berufungsgericht und damit eine Verfahrensrüge. Ob diese zulässig war, berührt somit nicht die Frage der Zulässigkeit der Revision. Die Frage braucht auch sachlich nicht mehr nachgeprüft zu werden, weil der Kläger in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erklärt hat, daß er diese Rüge nicht mehr aufrechterhalte (vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 42. Aufl., § 559 Anm. 2 B).

B.I. In der Sache ist das Berufungsgericht von richtigen Grundsätzen für das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung als Voraussetzung für das Zustandekommen eines fingierten Arbeitsvertrages zwischen Arbeitnehmer und Entleiher ausgegangen.

1. Nach Art. 1 § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG gilt ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer als zustande gekommen, wenn der (Arbeits-) Vertrag zwischen einem Verleiher und einem Leiharbeitnehmer nach Art. 1 § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam ist. Das ist der Fall, wenn der Arbeitgeber als Verleiher einem Dritten, dem Entleiher, Arbeitnehmer gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen hat, ohne die dazu erforderliche Erlaubnis zu besitzen.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2. , Arbeitnehmerüberlassung im Sinne dieser Bestimmungen liegt vor, wenn der Verleiher dem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung stellt, die voll in den Betrieb des Entleihers eingegliedert sind und ihre Arbeit allein nach dessen Weisungen ausführen. Der Entleiher setzt sie nach seinen Vorstellungen und Zielen in seinem Betrieb wie seine eigenen Arbeitnehmer ein. Die Vertragspflicht des Verleihers gegenüber dem Entleiher endet, wenn er den Arbeitnehmer ausgewählt und dem Entleiher zur Arbeitsleistung zur Verfügung gestellt hat. Er haftet nur für Verschulden bei der Auswahl der verliehenen Arbeitnehmer.

3. Von dieser Arbeitnehmerüberlassung ist die Tätigkeit eines Unternehmers aufgrund eines Werk- oder Dienstvertrages zu unterscheiden. Die zur Ausführung des Dienst- oder Werkvertrages eingesetzten Arbeitnehmer unterliegen weiterhin der Weisung des Unternehmers und sind dessen Erfüllungsgehilfen. 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 Drittunternehmer verantwortlich. Solche Dienst- oder Werkverträge werden vom Arbeitnehmerüberlassungsgesetz nicht erfaßt (BAG 29, 7, 9 = AP Nr. 9 zu § 103 BetrVG 1972, zu II 1 b der Gründe; BAG 31, 135, 142 = AP Nr. 2 zu § 1 AÜG, zu II 1 c der Gründe; BAG Urteil vom 15. Juni 1983 - 5 AZR 111/81 - zu I 1 a der Gründe, zur Veröffentlichung bestimmt; jeweils m.w.N.). Für die Frage, ob Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, ist somit nicht entscheidend, ob die zwischen den beiden Unternehmern abgeschlossenen Verträge als



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Werkverträge, Dienstverträge oder als Verträge anzusehen sind, die Elemente beider Vertragstypen enthalten.

4. Ob die Arbeitskräfte im Rahmen eines Werk- oder Dienstvertrages als Erfüllungsgehilfen des Unternehmers oder Dienstherrn eingesetzt werden, oder ob es sich um eine Arbeitnehmerüberlassung handelt, entscheidet sich nach dem Geschäftsinhalt der zwischen den beteiligten Unternehmern vereinbarten Verträge. Der Geschäftsinhalt kann sich sowohl aus den schriftlichen Vereinbarungen der beteiligten Unternehmer als auch aus der praktischen Durchführung der Verträge ergeben. Widersprechen sich schriftliche Vereinbarung und ihre tatsächliche Durchführung, so ist die tatsächliche Durchführung für die Ermittlung des Vertragstyps maßgebend (BAG Urteil vom 15. Juni 1983).

II. In Anwendung dieser Grundsätze hat das Berufungsgericht angenommen, zwischen den Parteien bestehe kein Arbeitsverhältnis nach Art. 1 § 10 Abs. 1 AÜG, weil die Streitverkündete den Kläger der Beklagten nicht als Arbeitnehmer überlassen, sondern ihn im Rahmen eines zwischen ihr und der Beklagten abgeschlossenen Werkvertrages als ihren Erfüllungsgehilfen eingesetzt habe. Zur Begründung hat es im wesentlichen ausgeführt:

1. Aufgrund der Bestellungen vom 1. August 1980 und 27. Oktober 1981 habe die Beklagte mit der Streitverkündeten Werkverträge abgeschlossen. Sie habe sich zur Herbeiführung eines bestimmten Arbeitsergebnisses, nämlich zur ingenieurmäßigen Ausarbeitung von Konstruktionsunterlagen für zwei Wärmerückgewin-



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



nungsanlagen verpflichtet. Ein Ingenieurvertrag, der Projektierungsarbeiten für ein Bauvorhaben zum Gegenstand habe, sei als Werkvertrag zu qualifizieren. Wie sich aus der Aussage des Zeugen R ergebe, habe die Streitverkündete auf eine Bewerbung den Auftrag erhalten, eine Wärmerückgewinnungsanlage technisch zu bearbeiten und konstruktiv zu erstellen. Die Streitverkündete habe den Kläger in die Arbeit eingeführt. Der Kläger habe dann die für die Erstellung der einzelnen Aggregate erforderlichen Konstruktionszeichnungen gefertigt und außerdem Rohrleitungspläne ausgearbeitet. Diese Arbeiten habe er nach den Projektdaten der Beklagten ausführen müssen, die ihm nach und nach bekanntgegeben worden seien und die er überwiegend nur vor Ort habe nehmen können. Seine Arbeiten könnten als solche festgestellt werden. Nach seiner Erkrankung im Januar 1982 habe die Beklagte die restlichen Arbeiten im Einvernehmen mit der Streitverkündeten selbst zu Ende geführt, da es sich nicht mehr gelohnt habe, einen Ersatzmann einzuarbeiten.

2. Der Kläger sei somit als Erfüllungsgehilfe der Streitverkündeten im Rahmen eines Werkvertrages tätig gewesen. Eine andere Wertung ergebe sich auch nicht aus den Einwendungen des Klägers.

a) Die in § 10 des Arbeitsvertrages der Parteien enthaltene Regelung spreche zwar für Arbeitnehmerüberlassung. Jedoch müßten die besonderen betrieblichen Verhältnisse berücksichtigt werden, unter denen die Konstruktionsunterlagen zu fertigen gewesen seien. Nach der Aussage des Zeugen R habe der Kläger die meisten Projektdaten nur vor Ort nehmen und auch lediglich dort



die erforderlichen Auskünfte erhalten können. Seine Anwesenheit im Betrieb sei insbesondere für die Erledigung der Arbeiten erforderlich gewesen, die sich, wie die Stillstandsarbeiten, erst im Laufe der Zeit ergeben hätten. Hätte der Kläger seine Arbeiten im Büro der Streitverkündeten ausführen müssen, hätte er nach dem unwidersprochen gebliebenen Vortrag der Beklagten den größten Teil seiner Arbeitszeit auf der Fahrt zwischen dem Werk der Beklagten und dem Büro der Streitverkündeten verbracht.

b) Ob sich die Streitverkündete nähere Kenntnis von der Tätigkeit des Klägers im Betrieb der Beklagten verschafft habe, könne dahingestellt bleiben, weil dadurch ihre Haftung als Werkunternehmer nicht berührt werde. Alle Arbeiten, die der Kläger mit seinem Namenszug versehen habe, seien für sie verbindlich gewesen. Überdies habe die Beklagte noch verlangt, daß der Kläger seine Zeichnungen mit einem Stempel der Streitverkündeten versehen müsse. Es könne als wahr unterstellt werden, daß der Kläger dem Büroleiter der Beklagten jede Zeichnung zur Genehmigung vorgelegt und dieser sie abgezeichnet habe. Hierdurch habe der Büroleiter zum Ausdruck gebracht, daß die Zeichnungen mit den betrieblichen Gegebenheiten übereinstimmten, nicht aber, daß er die Verantwortung für die ingenieurmäßige Richtigkeit der Zeichnungen übernehme.

c) Es stehe nicht fest, daß der Kläger sämtliche Anweisungen für seine Arbeit von dem Büroleiter oder dem Zeugen R erhalten habe. Der Zeuge R habe nach seiner Aussage bei seinen täglichen Besuchen im Konstruktionsbüro auch mit dem Kläger



gesprächen. Sei es um Konstruktionsfragen gegangen, die der Kläger nicht habe wissen können, so habe der Zeuge ihm seine Vorstellungen offengelegt. Der Kläger habe auch Fachfragen gestellt. Weisungen habe der Zeuge ihm insbesondere hinsichtlich der Sicherheit der Anlage erteilt. Der Zeuge habe betont, er könne sich nicht erinnern, die Konstruktionszeichnungen des Klägers korrigiert zu haben; dies sei nicht seine Aufgabe gewesen.

d) Arbeiten des Projektionsleiters M habe nach dessen Versetzung der Zeuge R übernommen. Der Kläger habe den technischen Kontakt nach außen weiterhin geführt. Es stehe auch nicht fest, daß der Kläger mit dem Zeugen R seinen Urlaub abgesprochen habe.

e) Ob der Kläger im Juli und September 1981 an insgesamt neun Tagen die Kolonne PV 128 um zehn Böden verlängert habe, könne dahingestellt bleiben. Sollte diese Arbeit in keinem Zusammenhang mit den schriftlichen Aufträgen der Beklagten vom August 1980 und Oktober 1981 gestanden haben, so sei insoweit ein eigenständiger Werkvertrag begründet worden.

f) Das Berufungsgericht hat schließlich in einer Hilfsbegründung ausgeführt, die Streitverkündete habe selbst bei Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung diese nicht auf Dauer und damit nicht gewerbsmäßig betrieben.

III. Die vom Berufungsgericht getroffenen tatsächlichen Feststellungen sind für den Senat bindend, da hiergegen kein Revi-



sionsangriff erhoben ist (§ 561 Abs. 2 ZPO), nachdem der Kläger seine in der Revisionsbegründung erhobenen Verfahrensrügen zurückgenommen hat.

IV. Die Rügen der Revision gegen die materiellrechtliche Würdigung des vom Berufungsgericht zugrunde gelegten Sachverhalts greifen nicht durch. Es geht unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Streitfalles um die Auslegung individueller Vertragsgestaltungen zwischen den Parteien und der Streitverkündeten, bei der dem Berufungsgericht kein Verstoß gegen Auslegungsgrundsätze (§§ 133, 157 BGB) oder eine unvollständige Würdigung der entscheidungserheblichen Umstände vorzuwerfen ist.

1. Das Berufungsgericht hat aufgrund der Auftragschreiben der Beklagten sowie der Aussage des Zeugen R festgestellt, Gegenstand der Verträge zwischen der Streitverkündeten und der Beklagten sei die ingenieurmäßige Ausarbeitung von Konstruktionsunterlagen für zwei Wärmerückgewinnungsanlagen für die CO-Verbrennung und im Bereich der TCC-Anlage der Raffinerie Hemmingstedt gewesen. Der Kläger sei von der Streitverkündeten in die Arbeit eingeführt worden und habe Konstruktionszeichnungen für die einzelnen Aggregate sowie Rohrleitungspläne gefertigt. Im Zusammenhang mit dem Vortrag der Beklagten, dem unter Ziff. II 1 des Beweisbeschlusses vom 21. Februar 1982 formulierten Beweisthema sowie seiner weiteren Feststellung über die Ausführung von "Stillstandsarbeiten" durch den Kläger hat das Berufungsgericht mit dem Hinweis auf die Anfertigung von Rohrleitungsplänen zu-



gleich festgestellt, diese Zeichnungen gehörten - entgegen der Behauptung des Klägers - zu den für die Wärmerückgewinnungsanlagen zu erstellenden Konstruktionsunterlagen. Schließlich hat das Berufungsgericht der Aussage des Zeugen entnommen, die vom Kläger ausgeführten Arbeiten seien sämtlich als solche feststellbar, mit dem Namen oder Namenszug des Klägers versehen und für die Streitverkündete verbindlich gewesen. Sollte der Büroleiter die Zeichnungen des Klägers abgezeichnet haben, so habe er damit nur ihre Übereinstimmung mit den betrieblichen Gegebenheiten zum Ausdruck gebracht.

Damit hat das Berufungsgericht Umstände festgestellt, die für das Vorliegen eines Werkvertrages sprechen. Gegenstand eines solchen Vertrages ist die Herstellung oder Veränderung einer Sache oder ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg (§ 631 Abs. 2 BGB). Der Erfolg kann auch in einer geistigen Leistung bestehen. Ein Ingenieurvertrag wird deshalb grundsätzlich als Werkvertrag angesehen, wenn er ausschließlich oder überwiegend die Planung zum Gegenstand hat (vgl. MünchKomm-Soergel, BGB, § 631 Rz 41, 44 und 68). Da die Arbeiten des Klägers individualisierbar und deshalb der Streitverkündeten zurechenbar waren (vgl. dazu Becker/Wulfgramm, AllG, 2. Aufl., Art. 1 § 12 Rz 36 b), konnte die Beklagte diese Arbeiten auch abnehmen (§ 640 BGB), wie für einen Werkvertrag Voraussetzung ist (vgl. dazu BAG 31, 135, zu II 1 b der Gründe). Mit der Feststellung, die mit dem Namenszug des Klägers versehenen Arbeiten seien für die Streitverkündete verbindlich gewesen, und seiner Annahme, deren Haftung wäre auch dann nicht entfallen, wenn sie sich über



den Fortgang der Arbeiten des Klägers nicht unterrichtet und der Büroleiter der Beklagten die Arbeiten des Klägers abgezeichnet haben sollte, ist das Berufungsgericht auch von einer Haftung der Beklagten für die Arbeiten des Klägers ausgegangen.

2. Wie ausgeführt, kommt es jedoch für die Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung nicht nur darauf an, ob der Vertrag zwischen den beiden Unternehmern als Werk- oder Dienstvertrag anzusehen ist. Vielmehr ist maßgebend, ob der Arbeitnehmer lediglich zur Erfüllung der nach dem Werk- oder Dienstvertrag geschuldeten Leistungen tätig geworden oder dem anderen Unternehmer zur Dienstleistung nach dessen Weisungen überlassen worden ist.

Auch dieses Kriterium hat das Berufungsgericht berücksichtigt. Es ist hierbei zutreffend davon ausgegangen, die in § 10 des Arbeitsvertrages getroffene Regelung spreche ihrem Wortlaut nach zunächst dem Tatbestand für Arbeitnehmerüberlassung. Es hat jedoch zutreffend in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts die tatsächliche Durchführung dieses Vertrages und der Verträge zwischen der Streitverkündeten und der Beklagten nachgeprüft und die Besonderheiten berücksichtigt, die sich aus der Art der vom Kläger auszuarbeitenden Konstruktionsunterlagen für Ort und Zeit seiner Tätigkeit ergeben.

a) Das Berufungsgericht hat festgestellt, der Kläger habe die meisten Projektdaten nur vor Ort nehmen und auch nur im Betrieb der Beklagten die erforderlichen Auskünfte von Fachkräften der Beklagten einholen können. Unter "Projektdaten", nach denen der



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Kläger seine Konstruktionsunterlagen auszuarbeiten hatte, haben das Berufungsgericht wie der Zeuge R ersichtlich die technische und physikalische Auslegung der beiden Anlagen der Raffinerie verstanden, auf denen der Kläger nach dem Vortrag der Beklagten seine Arbeiten aufbauen mußte.

Die weitere Feststellung des Berufungsgerichts, der Vortrag der Beklagten, bei Ausarbeitung der Konstruktionsunterlagen im Büro der Streitverkündeten hätte der Kläger einen erheblichen Teil seiner Arbeitszeit auf dem Weg zwischen Werk und Büro verbracht, sei unwidersprochen geblieben, ist für die Revisionsinstanz bindend (§ 561 Abs. 1 ZPO). Sie betrifft Parteivorbringen und hätte vom Kläger nur mit einem Tatbestandsberichtigungsantrag bekämpft werden können (§ 320 ZPO).

Mit diesen Feststellungen hat das Berufungsgericht frei von Rechtsfehlern die für eine Arbeitnehmerüberlassung sprechende Bestimmung in § 10 des Arbeitsvertrages über die "Abstellung" des Klägers zur Beklagten für widerlegt erachtet. Wenn Konstruktionsarbeiten für Umbauarbeiten eine ständige, dem Fortgang der Arbeiten entsprechende Kenntnisnahme von den Konstruktionsunterlagen der Anlage und entsprechende Auskünfte der im Betrieb beschäftigten Fachkräfte erforderlich machten, war die Durchführung dieser Arbeiten im Betrieb des Auftraggebers durch die Besonderheiten dieses Auftrags bedingt und auch wirtschaftlich sinnvoll. Sie spricht dann nicht für eine Eingliederung in den Betrieb als Arbeitnehmer des Drittunternehmers. Gleiches gilt dann notwendigerweise auch für die im Arbeitsvertrag festgelegte Beachtung der



im Betrieb der Beklagten geltenden Arbeitszeit. Die in diesem Zusammenhang erhobene Rüge der Revision, das Berufungsgericht hätte die Notwendigkeit der Aufnahme der "Projektdaten" im Betrieb der Beklagten als Anzeichen für eine Arbeitnehmerüberlassung werten müssen, ist somit unbegründet.

b) Es deutet zwar auf eine Arbeitnehmerüberlassung hin, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit allein nach den Weisungen des Drittunternehmers auszuführen hat. Von diesen auf Art und Umfang der Arbeitsleistung bezogenen Weisungen sind aber die Anweisungen zu unterscheiden, die der Drittunternehmer als Werkbesteller gemäß § 645 Abs. 1 BGB in Bezug auf Einzelheiten des Werks erteilen kann (vgl. BAG 29, 7, zu II 2 a der Gründe).

Das Berufungsgericht hat die Behauptung des Klägers, er habe sämtliche Einzelanweisungen für seine Arbeit von dem Zeugen R und dem Büroleiter D erhalten, für nicht bewiesen angesehen. Der Zeuge R habe ausgesagt, die Verbesserung der Konstruktionszeichnungen des Klägers seien nicht seine Aufgabe gewesen und er könne sich auch nicht erinnern, solche Verbesserungen vorgenommen zu haben. Soweit der Zeuge nach den Feststellungen des Berufungsgerichts dem Kläger seine Vorstellungen über Konstruktionsunterlagen offenlegte, die der Kläger nicht wissen konnte, dem Kläger Weisungen hinsichtlich der Sicherheit der Anlage erteilte und Fachfragen des Klägers beantwortete, handelte es sich entweder um Anweisungen in Bezug auf Einzelheiten des Werks oder um Auskünfte über "Projektdaten" als Grundlage für die zu erstellenden Konstruktionsunterlagen. Entgegen der Ansicht der



Revision hat der Zeuge R nicht positiv bestätigt, daß der Kläger keine einzige Arbeitsanweisung von der Streitverkündeten erhalten habe. Der Zeuge hat hierzu ausgesagt, der Geschäftsführer der Streitverkündeten habe den Kläger in die Arbeit eingeführt, er wisse jedoch nicht, inwieweit, d.h. also in welchem Umfang dies geschehen sei.

Die in anderem Zusammenhang erhobene Rüge der Revision, die Beklagte sei für das Vorliegen eines Werkvertrages beweispflichtig und habe diesen Beweis nicht erbracht, so daß von einer Arbeitnehmerüberlassung ausgegangen werden müsse, ist unbegründet. Die Beweislast für die Voraussetzungen des Art. 1 § 10 Abs. 1 AÜG über die Begründung eines fingierten Arbeitsverhältnisses zwischen dem Arbeitnehmer und dem Entleiher trägt nach allgemeinen Grundsätzen derjenige, der sich auf diese Vorschrift beruft, im Streitfall somit der Kläger. Wenn das Berufungsgericht unter Berücksichtigung der übrigen von ihm festgestellten Umstände zu dem Ergebnis gelangt ist, der Kläger habe nicht nachgewiesen, daß er in der tatsächlichen Durchführung seiner Arbeit dem Weisungsrecht der Beklagten unterstellt worden sei, so liegt dies im Rahmen seines tatrichterlichen Ermessens bei der Würdigung der unstreitigen Tatsachen sowie des Beweisergebnisses.

Eine Umkehrung der Beweislast für das Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung zu Ungunsten der Beklagten kann auch nicht aus Art. 1 § 1 Abs. 2 AÜG deshalb hergeleitet werden, weil die dort vorgeschriebene Einsatzfrist von drei Monaten überschritten worden ist. Die Vermutung, daß bei Überschreitung dieser Frist Ar-



beitsvermittlung betrieben wird - und dann aufgrund Art. 1 § 13 AÜG ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und dem Drittunternehmer zustande kommt (vgl. BAG 29, 7, zu II 2 b der Gründe) - setzt nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung voraus ("Werden Arbeitnehmer Dritten zur Arbeitsleistung überlassen und übersteigt die Dauer der Überlassung im Einzelfall drei Monate, so wird vermutet, daß ..."). Der Einsatz von Arbeitnehmern aufgrund von Werk- oder Dienstverträgen fällt nicht unter diese gesetzliche Vermutung (BAG 29, 7; Becker/Wulfgramm, aaO, Art. 1 § 1 Rz 51 c).

c) Die Übernahme der Tätigkeit eines Arbeitnehmers der Beklagten würde allerdings für die Eingliederung des Klägers in den Betrieb der Beklagten als deren Arbeitnehmer sprechen. Das Berufungsgericht hat jedoch festgestellt, die Funktionen des Projektleiters M habe der Zeuge R übernommen. Damit hat es die für eine Beschäftigung des Klägers als Arbeitnehmer der Beklagten sprechende Behauptung des Klägers, er habe zumindest teilweise Funktionen des Projektleiters nach dessen Versetzung übernommen, für widerlegt erachtet.

d) Das Berufungsgericht hat ferner festgestellt, nach der Erkrankung des Klägers im Januar 1982 noch unerledigte Arbeiten seien im Einvernehmen mit der Streitverkündeten von der Beklagten zu Ende geführt worden, weil ihr Umfang die Einarbeitung einer Ersatzkraft nicht mehr gelohnt hätte. Der Auftraggeber kann auf die vollständige Erfüllung des Auftrags verzichten. Die Unwirtschaftlichkeit der Einarbeitung einer Ersatzkraft im Hinblick auf



den geringen Umfang der noch zu erledigenden Arbeiten stellt auch ein sachliches Argument für eine solche Regelung dar. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht hätte aus diesem Umstand folgen müssen, die Streitverkündete sei mit den zu erstellenden Konstruktionsunterlagen überhaupt nicht mehr befaßt gewesen und habe sich seit der Überlassung des Klägers an die Beklagte nicht mehr für die Vertragserfüllung verantwortlich gefühlt, ist deswegen unbegründet.

e) Ohne Erfolg bleibt schließlich auch die Rüge der Revision, für Arbeitnehmerüberlassung spreche die Vergütung (nicht des Klägers, sondern der Streitverkündeten) nach Zeiteinheiten sowie der Umstand, daß die Beklagte der Streitverkündeten den Auftrag von Beginn an nicht in allen Einzelheiten erteilt habe, da für ein nach seinem Umfang unbekanntes Werk auch keine Haftung übernommen werden könne. Das Berufungsgericht hat, wie in anderem Zusammenhang bereits ausgeführt, insoweit festgestellt, daß die Streitverkündete die Haftung für die vom Kläger ausgearbeiteten und als solche auch feststellbaren Konstruktionsunterlagen übernommen habe.

V. Liegt somit zwischen der Streitverkündeten und der Beklagten hinsichtlich des Klägers keine Arbeitnehmerüberlassung vor, so kommt es auf die Hilfsbegründung des Berufungsgerichts, die Streitverkündete habe jedenfalls nicht gewerbsmäßig im Sinne des



Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG gehandelt, und die in diesem Zusammenhang erhobenen Einwendungen der Revision nicht mehr an.

Hillebrecht Dr. Röhsler Triebfürst

G. Wellhausen Dr. Bächle



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)