

Aktenzeichen: 2 AZR 280/86

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 9. April 1987
- 2 AZR 280/86 -

I. Arbeitsgericht Urteil vom 18. Juli 1985
Köln - 8 Ca 10508/84 -

II. Landesarbeitsgericht Urteil vom 17. April 1986
Köln - 3 Sa 1155/85 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja
Für die Fachpresse: Ja
Für das Bundesarchiv: Nein



Entscheidungsstichwort:

Tatbestandliche Voraussetzungen von Art 1 § 9 Nr 3 AUG

Gesetz: AUG Art. 1 § 1 Abs. 1, § 9 Nr. 3, § 9 Nr. 1, § 10 Abs. 1;
BGB §§ 615, 295, 296, 297; AktG § 17 Abs. 1, § 18 Abs. 1
Satz 3

Leitsätze:

1. Darlegungs- und beweispflichtig für die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen des § 9 Nr 3 AUG ist der Arbeitnehmer.

2. Nach § 9 Nr 3 AUG muß derselbe Arbeitgeber, der dem Leiharbeitnehmer gekündigt hat, diesen innerhalb von drei Monaten neu einstellen. § 9 Nr 3 AUG stellt auf die Identität des Arbeitgebers ab. Eine konzerndimensionale Betrachtung ist ausgeschlossen.

Unter dem Gesichtspunkt der "Durchgriffshaftung" muß sich aber die kündigende Gesellschaft die Neueinstellung durch eine andere Gesellschaft anrechnen lassen, wenn die förmliche Verschiedenheit der Gesellschaften der Umgehung des § 9 Nr 3 AUG dient.

3. Eine erneute Einstellung im Sinne von § 9 Nr 3 AUG liegt auch vor, wenn der Verleiher im Zeitpunkt der Einstellung nicht mehr die nach § 1 AUG erforderliche Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung hat.



2 AZR 280/86

3 Sa 1155/85 Köln

Verkündet am
9. April 1987

Zeuner,

Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 9. April 1987 durch den Richter Triebfürst als Vorsitzenden, die Richter Dr. Weller und Ascheid sowie die ehrenamtlichen Richter Thieß und Dr. Bächle für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 17. April 1986 - 3 Sa 1155/85 - wird zurückgewiesen, soweit das Landesarbeitsgericht die Beklagte verurteilt hat, an den Kläger über den ihm im Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 18. April 1985 - 8 Ca 10508/84 - zuerkannten Betrag von 689,40 DM brutto hinaus weitere 1.088,-- DM brutto nebst Zinsen zu zahlen.
2. Im übrigen wird das vorbezeichnete Urteil des Landesarbeitsgerichts auf die Revision der Beklagten aufgehoben, soweit es die Beklagte verurteilt hat, an den Kläger weitere 5.424,66 DM brutto abzüglich 1.039,16 DM netto nebst Zinsen zu zahlen, und über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses der Parteien in der Zeit vom 20. September bis 16. Oktober 1984 sowie über die Kosten entschieden hat.
 - a) Soweit der Kläger von der Beklagten Zahlung von 2.345,-- DM brutto nebst Zinsen fordert, wird die Klage abgewiesen und seine Berufung gegen das vorbezeichnete Urteil des Arbeitsgerichts Köln zurückgewiesen.
 - b) Im weiteren Umfang der Aufhebung wird der Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

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 Parteien streiten über die Wirksamkeit der Kündigung der Beklagten vom 5. September 1984 und um daraus resultierende Zahlungsansprüche des Klägers.

Die Beklagte betreibt mit entsprechender Erlaubnis gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung. Der Kläger wurde zum 12. Juli 1984 von der Beklagten als Montageschlosser mit einem Stundenlohn von 13,60 DM brutto eingestellt. Der Arbeitsvertrag bezeichnete ihn als "Montagezeitarbeiter", ohne daß im Arbeitsvertrag eine



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



bestimmte Arbeitsstelle genannt worden wäre. Der Kläger wurde bis zum 31. August 1984 auf einer Kraftwerksbaustelle der D

AG in O eingesetzt. Vom 3. bis zum 7. September 1984 nahm er fünf Tage Urlaub, für die er 680,-- DM Urlaubsentgelt und 340,-- DM Urlaubsgeld erhielt. Mit Schreiben vom 5. September 1984, dem Kläger zugeworfen am 7. September 1984, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 7. September 1984 wegen Beendigung der Arbeiten.

Für die Zeit vom 11. September bis 15. Oktober 1984 bezog der Kläger Arbeitslosengeld. Am 16. Oktober 1984 schloß er einen Arbeitsvertrag für "Montagezeitarbeiter" mit der Firma R Bauträger- und Baubetreuungs-GmbH, der persönlich haftenden Gesellschafterin der Beklagten, vertreten durch Frau Marianne R, geb. W. Die Büroräume der R-GmbH befinden sich unter derselben Anschrift wie die der Beklagten. Sie benutzt dieselbe Datenverarbeitungsanlage und denselben Telefonanschluß wie die Beklagte. Jedenfalls in Einzelfällen benutzen beide Firmen auch das gleiche Frankiergerät. Für beide Firmen wird, mindestens in Einzelfällen, das gleiche Personal tätig. Die im vorliegenden Falle verwendeten Arbeitsvertragsformulare und Kündigungsschreiben beider Firmen stimmen äußerlich überein. Der Kläger wurde wiederum als Montageschlosser auf einer Baustelle der D AG eingesetzt, und zwar in F. Die Firma R-GmbH, die über eine Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung nicht verfügt, kündigte dieses Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 22. November zum 24. November 1984. Gegen die D AG erfocht der Kläger ein



rechtskräftiges Urteil des Arbeitsgerichts O vom
9. April 1985 (- 2 Ca 83/85 -), in dem festgestellt wird, daß
mit Wirkung vom 17. Oktober 1984 ein Arbeitsverhältnis zwischen
dem Kläger und der D AG gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 1
AÜG zustandegekommen ist.

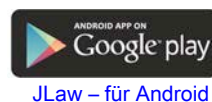
Mit der vorliegenden Klage hat sich der Kläger gegen die
Kündigung vom 5. September 1984 gewandt und Ansprüche auf Ar-
beitsvergütung für die Zeit vom 1. September bis 16. Oktober
1984 sowie auf Nachzahlung von Auslösung, Urlaubsentgelt und Ur-
laubsgeld geltend gemacht.

Der Kläger hat vorgetragen, er sei bei der Beklagten als
Leiharbeitnehmer beschäftigt gewesen. Die Tätigkeit der Beklagten
habe sich darauf beschränkt, der D AG nach vor-
heriger Auswahl Arbeitnehmer zu deren freier Disposition zu
überlassen. Er sei - wie alle übrigen Mitarbeiter der Beklagten -
voll in den Arbeitsablauf der D AG eingegliedert
gewesen. Die D AG habe ohne Ausnahme die Wei-
sungsbefugnis hinsichtlich Arbeitszeit und Arbeitsausführung
wahrgenommen. So sei er, der Kläger, bei Arbeitsantritt am
12. Juli 1984 auf der Baustelle S dem Hauptmonteur der
D AG, dem Zeugen Hannes Fe , zugeteilt
worden. Auf dessen Anweisung habe er unterschiedliche Arbeiten zu
verrichten gehabt. Ein abgrenzbares Arbeitsergebnis, das der Be-
klagten als Werkunternehmer zugerechnet werden könne, habe es
nicht gegeben. Da zwischen der R -GmbH und der Beklagten
Firmenidentität bestehe, sei die Kündigung vom 5. September 1984



gemäß § 9 Nr. 3 AÜG unwirksam. Die Neueinstellung sei nur deshalb durch die R -GmbH erfolgt, um sich der Unwirksamkeitsbestimmung des § 9 Nr. 3 AÜG zu entziehen. Die Angestellte Ho , die er nur als Angestellte der Beklagten gekannt habe, habe ihn angerufen und ihm mitgeteilt: "Wir können sie w i e d e r einstellen. Sie können sofort auf der Baustelle F der D AG anfangen." Als ihm Frau Ho am nächsten Tag einen Arbeitsvertrag zur Unterzeichnung vorgelegt habe, der als Arbeitgeber die Firma R -GmbH ausgewiesen habe, habe er gefragt, wie es dazu komme. Die Zeugin Ho habe ihm daraufhin geantwortet, dies habe betriebsinterne Gründe, die für ihn nicht von Interesse seien. In dieser Weise sei die Beklagte gegenüber einer Vielzahl von Leiharbeitnehmern verfahren. Zur Umgehung des § 9 Nr. 3 AÜG bei Neueinstellungen innerhalb einer Frist von drei Monaten nach Beendigung des vorausgegangenen Arbeitsverhältnisses sei konsequent die Neueinstellung durch die jeweilige Schwesterfirma vorgenommen worden. Der Kläger hat weiterhin die Ansicht vertreten, die Verweisung des Arbeitsvertrages auf § 13 Abs. 8 BMTV-IG-Metall (zweitägige Kündigungsfrist) sei unwirksam, da der Bundesmontagetarifvertrag (BMTV) keinen § 13 Abs. 8 enthalte. Die Beklagte habe daher auf jeden Fall die Kündigung nur mit einer 14-tägigen Kündigungsfrist aussprechen dürfen.

Zur Begründung der Zahlungsansprüche hat der Kläger vorgebracht, seine tägliche Arbeitszeit habe sowohl bei der Beklagten als auch bei der R -GmbH jeweils zehn Stunden betragen, deshalb stünden ihm für die Zeit vom 1. September bis 16. Ok-



tober 1984 für 32 Tage zu je zehn Stunden a 13,60 DM insgesamt 4.352,-- DM Arbeitslohn zu. An Auslösung habe die Beklagte nicht 45,-- DM, sondern gemäß Tarifvertrag über die Auslösungssätze und Erschwerniszulagen zum Bundesmontage-TV 49,20 DM zu zahlen. Dieses ergebe, bezogen auf insgesamt 83 Tage, hiervon 51 Tage aus der Zeit vom 12. Juli bis 2. September 1984, einen Nachzahlungsanspruch von 1.878,60 DM ($83 \times 49,20 \text{ DM} = 4.083,60 \text{ DM}$ abzüglich bereits gezahlter 2.205,-- DM). An Urlaubsentgelt und Urlaubsgeld stünden unter Berücksichtigung des gezahlten Betrages von 1.020,-- DM noch 1.095,07 DM offen: Nach dem Tarifvertrag habe er einen Anspruch auf sieben Urlaubstage. Die Entgeltberechnung habe auf der Grundlage des tatsächlichen Durchschnittsverdienstes zu erfolgen. Das Bruttoeinkommen der Monate Juli, August, September und Oktober einschließlich der gezahlten Auslösung habe 12.933,50 DM betragen. Daraus ergebe sich ein Anspruch auf Urlaubsgeld und Urlaubsentgelt in Höhe von 2.225,07 DM. Darauf habe die Beklagte 1.020,-- DM gezahlt, so daß er noch einen Restanspruch von 1.095,07 DM habe.

Der Kläger hat in der Zeit vom 11. September bis 16. Oktober 1984 insgesamt 1.399,96 DM Arbeitslosengeld erhalten (270,60 DM wöchentlich).

Der Kläger hat beantragt

1. festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die Kündigung der Beklagten vom 5. September 1984 beendet worden ist,
2. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 7.325,67 DM



brutto abzüglich 1.399,96 DM netto erhaltenen Arbeitslosengeldes nebst 4 % Zinsen seit dem 1. Februar 1985 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie hat behauptet, sie habe den Kläger im Rahmen von Werkverträgen der D AG überlassen, so daß er nicht Leiharbeitnehmer gewesen sei. Sie besitze zwar die Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Überlassung von Arbeitnehmern. Dies bedeute jedoch nicht, daß sie ausschließlich Arbeitnehmerüberlassung betreibe. Sie habe sich nur für einen Betriebsbereich, in dem der Abschluß von Werkverträgen mit Auftraggebern nicht möglich sei, die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung erteilen lassen. Üblicherweise - wie auch im vorliegenden Falle - arbeite sie jedoch im Rahmen von Werkverträgen. Sie habe ihre Montagekolonne eingesetzt, ohne sie in den Betrieb der D AG einzuordnen. Ausschließlich sie habe die Weisungsbefugnis gehabt und ausgeübt. Der Kläger habe alle Arbeitsanweisungen ausschließlich von ihren Mitarbeitern erhalten. Sie habe auch das volle Vergütungsrisiko für den Fall der Schlechtleistung zu tragen gehabt. Gleiches habe für den zufälligen Untergang ihrer Werkleistung gegolten. Entsprechend der Auftragsvergabe sei die Werkleistung nach dem Erfolg vergütet worden. Sie habe auch Gewähr für die Mängelfreiheit des Werkes zu leisten gehabt. Sie habe bei der D AG eine Montage durchgeführt, die von dieser förmlich abgenommen worden sei. Zwischen ihr und der R -GmbH bestehe keine Firmenidentität. Sie betreibe Rohrleitungsbau und Industriemontage, während die R -GmbH als Gesellschaftszweck Bauträger und Baubetreuung im Briefkopf aufführe.



Das Arbeitsgericht hat festgestellt, daß die Kündigung der Beklagten vom 5. September 1984 das Arbeitsverhältnis nicht zum 7. September 1984, sondern erst zum 19. September 1984 auflöst hat. Es hat die Beklagte weiterhin verurteilt, an den Kläger 689,41 DM brutto nebst 4 % Zinsen auf den entsprechenden Nettobetrag seit dem 1. Februar 1985 zu zahlen und hat die Klage im Übrigen abgewiesen. Gegen das Urteil des Arbeitsgerichts hat nur der Kläger Berufung eingelegt. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung des Klägers festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 5. September 1984 nicht beendet worden ist, sondern mit Ablauf des 16. Oktober 1984 geendet hat. Weiterhin hat es die Beklagte verurteilt, 7.202,07 DM brutto abzüglich 1.399,96 DM netto Arbeitslosengeld nebst 4 % Zinsen aus dem sich ergebenden Nettobetrag seit 1. Februar 1985 zu zahlen und hat die Berufung des Klägers im Übrigen zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils, während der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

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

Die Revision ist teilweise begründet.

Auf die Revision war das Urteil des Landesarbeitsgerichts aufzuheben, soweit es festgestellt hat, daß das Arbeitsverhältnis über den 19. September 1984 hinaus bis zum 16. Oktober 1984 bestanden hat und die Beklagte verurteilt hat, mehr als 1.088,-- DM brutto nebst Zinsen über den bereits vom Arbeitsgericht zuerkannten Betrag von 689,14 DM brutto zu zahlen. Soweit



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

der Kläger von der Beklagten einen Betrag von 2.345,-- DM brutto nebst Zinsen verlangt, war die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts zurückzuweisen. Im übrigen war der Rechtsstreit an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen.

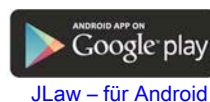
A.I. Streitgegenstand des Feststellungsbegehrens ist in der Revisionsinstanz nur noch, ob in der Zeit vom 20. September 1984 bis zum 16. Oktober 1984 ein Arbeitsverhältnis bestanden hat. Das Arbeitsgericht hat festgestellt, das Arbeitsverhältnis habe bis zum 19. September 1984 bestanden. Dagegen hat die Beklagte keine Berufung eingelegt. Das Landesarbeitsgericht hat wiederum festgestellt, das Arbeitsverhältnis habe mit Ablauf des 16. Oktober 1984 geendet. Gegen diese Feststellung hat der Kläger keine Revision eingelegt.

II. Der Senat hat aufgrund der bisherigen Feststellungen nicht entscheiden können, ob die Kündigung vom 5. September 1984 unwirksam ist und damit das Arbeitsverhältnis über den 19. September 1984 hinaus bis zum 16. Oktober 1984 fortbestanden hat. Als Unwirksamkeitsgrund kommt allein Art. 1 § 9 Nr. 3 AÜG (im folgenden: § 9 Nr. 3 AÜG) in Betracht. Gemäß § 9 Nr. 3 AÜG sind Kündigungen des Arbeitsverhältnisses zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer durch den Verleiher unwirksam, wenn der Verleiher den Leiharbeitnehmer innerhalb von drei Monaten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses erneut einstellt. § 9 Nr. 3 AÜG setzt demnach zunächst ein Leiharbeitsverhältnis voraus.

1. Das Landesarbeitsgericht hat insoweit ausgeführt, bei dem



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



Arbeitsvertrag habe es sich um einen Leiharbeitsvertrag gehandelt. Dessen tatbestandliche Voraussetzungen seien vom Kläger vorgetragen worden. Die Beklagte sei ihnen mit der Behauptung entgegengetreten, sie habe mit der D AG einen Werkvertrag abgeschlossen. Da das Vorliegen eines Werkvertrages auf der Grundlage der unstreitigen Tatsachen als ein der Beklagten günstiger Ausnahmetatbestand anzusehen sei, habe sie jedoch dessen tatbestandliche Voraussetzungen darlegen und dafür Beweis antreten müssen. Das Bestreiten des klägerischen Vortrages habe dafür schon deshalb nicht ausreichen können, weil der Kläger für das Nichtvorliegen eines Werkvertrages nicht darlegungs- und beweispflichtig gewesen sei. Die Behauptungen der Beklagten, aus denen sie das Vorliegen eines Werkvertrages ableiten wolle, könnten im Hinblick auf die ausführliche Schilderung der Situation auf der Baustelle durch den Kläger nicht als ausreichend substantiiert angesehen werden. Darüber hinaus fehle es an einem geeigneten Beweisantritt.

2. Diesen Ausführungen hat der Senat nicht folgen können.

a) Darlegungs- und beweispflichtig für das Vorliegen der tatbestandsmäßigen Voraussetzungen des § 9 Nr. 3 AÜG ist im Kündigungsrechtsstreit der Leiharbeitnehmer (Becker/Wulfgramm, AÜG, 3. Aufl., § 9 Rz 28 b).

Da aufgrund des Arbeitsvertrages (Einstellung als Montagezeitarbeiter) nicht ohne weiteres auf das Vorliegen eines Leiharbeitsverhältnisses geschlossen werden kann, hat der Kläger Um-



stände vortragen müssen, aus denen sich das Vorliegen eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrages zwischen der Beklagten und der

D AG ergab. Entscheidend für das Vorliegen eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrages ist die Einbindung der Arbeitskräfte in den Betrieb des Entleihers. Der Entleiher setzt sie nach seinen Vorstellungen und Zielen in seinem Betrieb wie seine eigenen Arbeitnehmer ein. Die Arbeitskräfte sind voll in den Betrieb des Entleihers eingegliedert und führen ihre Arbeit allein nach den Weisungen des Entleihers aus (vgl. BAGE 43, 102 = AP Nr. 5 zu § 10 AÜG, zu I 1 a der Gründe).

b) Der Kläger hat insoweit vorgetragen, er sei bei Arbeitsantritt auf der Baustelle EBU Kraftwerk S der D

AG dem Hauptmonteur der D AG, Feierabend, zugeteilt worden. Auf dessen Anweisung habe er unterschiedliche Arbeiten zu verrichten gehabt. Die Weisungsbefugnis hinsichtlich der Arbeitszeit und Arbeitsausführung sei ausschließlich von der D AG ausgeübt worden. Die Tätigkeit der Beklagten sei lediglich darauf beschränkt gewesen, der D AG nach vorheriger Auswahl Arbeitnehmer nach deren freier Disposition zu überlassen.

Diesen für das Vorliegen eines Leiharbeitsverhältnisses sprechenden Vortrag hat die Beklagte bestritten und darüber hinaus vorgetragen, sie sei für die D AG ausschließlich im Rahmen eines Werkvertrages tätig geworden. Sie habe eine Montage durchgeführt, die von dem Auftraggeber förmlich abgenommen worden sei. Ihre Montagekolonne sei ohne jegliche Einordnung



in den Betrieb der D AG eingesetzt gewesen. Die Weisungsbefugnis habe ausschließlich bei der Beklagten gelegen. Die Beklagte habe auch das volle Vergütungsrisiko im Falle der Schlechtleistung zu tragen gehabt. Gleiches habe für den zufälligen Untergang ihrer Werkleistung gegolten. Schließlich sei die Werkleistung auch nach dem Erfolg vergütet worden.

Das Bestreiten der klägerischen Behauptungen hätte das Landesarbeitsgericht vorliegend veranlassen müssen, die vom Kläger angebotenen Zeugen zu vernehmen. Wenn das Berufungsgericht insoweit ausführt, das Bestreiten des klägerischen Vortrages könne schon deshalb nicht ausreichen, weil der Kläger für das Nichtvorliegen eines Werkvertrages nicht darlegungs- und beweispflichtig sei, so übersieht es, daß infolge des (einfachen) Bestreitens der Beklagten dem Kläger zunächst der Beweis für seine Behauptungen obliegt, er sei in den Betrieb der D AG eingegliedert gewesen und es habe daher ein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag vorgelegen.

c) Soweit das Berufungsgericht für seine Auffassung, die Beklagte hätte das Vorliegen eines Werkvertrages darlegen und beweisen müssen, sich auf eine Entscheidung des OLG München sowie den Kommentar von Becker/Wulfgramm (aaO) beruft, sind beide Zitate für den Streitfall nicht einschlägig. Die Entscheidung des OLG München (EzAÜG Bd. II Nr. 123) betraf die Klage eines Unternehmers gegen ein anderes Unternehmen auf restliche Vergütung für geleistete Monteurstunden, die ein von der Klägerin gestellter Montagetrupp für ein von dem Beklagten zu bestellendes Pro-



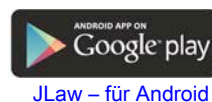
jekt erbracht hatte. Das beklagte Unternehmen hatte sich in dem Rechtsstreit darauf berufen, zwischen ihm und der Klägerin sei in Wirklichkeit ein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag abgeschlossen worden. Das OLG hat der (aus dem Werkvertrag klagenden!) Klägerin die Beweislast dafür auferlegt, daß der mit der Beklagten abgeschlossene Vertrag als Werkvertrag anzusehen sei. Vorliegend obliegt dem Kläger jedoch als (klagendem) Leiharbeitnehmer die Beweislast dafür, daß ein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag bzw. Leiharbeitsverhältnis vorgelegen hat.

Das vom Berufungsgericht angeführte Zitat bei Becker/Wulfgramm (aaO, § 1 Rz 39 a) betrifft nur einen Hinweis auf das Urteil des OLG München (aaO). Becker/Wulfgramm (aaO) führen zwar unter Hinweis auf diese Entscheidung aus, für das Vorliegen eines echten Werk- oder Dienstvertrages sei der Werkunternehmer darlegungs- und beweispflichtig, es bleibt jedoch offen, in welchem Zusammenhang dies gelten soll. Daß auch nach Becker/Wulfgramm nicht der beklagte Verleiher in einer Kündigungsschutzklage nach § 9 Nr. 3 AÜG darlegen und beweisen muß, daß kein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag, sondern ein Werkvertrag vorgelegen hat, stellen sie in Art. 1 § 9 Rz 28 b AÜG klar.

Hat der Senat dem Landesarbeitsgericht insoweit hinsichtlich der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast nicht folgen können, war schon aus diesem Grunde das Urteil aufzuheben. Der Rechtsstreit war an das Berufungsgericht hinsichtlich des Feststellungsbegehrens zur weiteren Aufklärung zurückzuverweisen, da der Kläger die weiteren Voraussetzungen des § 9 Nr. 3 AÜG



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



schlüssig dargetan hat, wie sich aus den folgenden Ausführungen ergibt.

III. § 9 Nr. 3 AUG setzt neben der Begründung eines Leiharbeitsverhältnisses die Kündigung des Arbeitsverhältnisses sowie die erneute Einstellung innerhalb der Sperrfrist durch den **V e r l e i h e r** voraus. Vorliegend streiten die Parteien darüber, ob in der Einstellung des Klägers durch die R -GmbH eine erneute Einstellung des Klägers durch den Verleiher im Sinne von § 9 Nr. 3 AUG zu sehen ist.

1. Das Landesarbeitsgericht ist davon ausgegangen, die R -GmbH und die Beklagte seien verbundene Unternehmen (Konzern). Es hat ausgeführt, die R -GmbH habe unstreitig eigene unternehmerische Aktivitäten entfaltet, die über die bloße Beteiligungsverwaltung hinausgegangen seien, damit sei die R -GmbH zum Unternehmen geworden und aufgrund der Einflußmöglichkeiten, die sich aus ihrer Komplementärstellung in der Beklagten ergäben, zum herrschenden Unternehmen im Sinne von § 17 Abs. 1 AktG geworden. Beide Unternehmen bildeten daher schon wegen der Vermutung des § 18 Abs. 1 Satz 3 AktG einen Konzern. Im Rahmen von § 9 Nr. 3 AUG sei eine konzerndimensionale Betrachtung geboten, so daß die Wiedereinstellung eines Leiharbeitnehmers in einem verbundenen Unternehmen der erneuten Einstellung durch den ursprünglichen Verleiher gleichzustellen sei. § 9 Nr. 3 AUG diene dem Schutz der Leiharbeitnehmer, indem er kurzzeitige Unterbrechungen des Arbeitsverhältnisses wegen der damit verbundenen Nachteile verhindere. Er solle zudem eine Verlagerung des



Arbeitgeberrisikos in Zeiten einer fehlenden Einsatzmöglichkeit auf den Arbeitnehmer verhindern. Die Aufteilung des Arbeitgeberrisikos auf die einzelnen verbundenen Unternehmen im Konzern könne dem Arbeitnehmer jedenfalls dann nicht entgegengehalten werden, wenn durch ein Arbeitnehmerschutzgesetz ausdrücklich der Verlagerung des Arbeitgeberrisikos auf Arbeitnehmer entgegengewirkt werden solle. § 9 Nr. 3 AÜG sei daher bei einer Wiedereinstellung durch ein Konzernunternehmen entsprechend anzuwenden. Dies würde erst recht gelten, wenn – wie vorliegend – wegen des gemeinsam geführten Geschäftsbetriebes tatsächlich ein einheitliches Unternehmen vorliege, das nur rechtlich in verschiedene Gesellschaften aufgeteilt sei.

2. Diesen Ausführungen des Berufungsgerichts kann nur zum Teil gefolgt werden.

a) § 9 Nr. 3 AÜG ist nicht konzerndimensional auszulegen. § 9 Nr. 3 AÜG geht von einem Arbeitsverhältnis zwischen Verleiher und einem Leiharbeiter sowie einer anschließenden erneuten Einstellung des Leiharbeiters durch den Verleiher aus. Verleiher im Sinne des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes sind nach § 1 Abs. 1 AÜG **A r b e i t g e b e r**, die Dritten Arbeitnehmer gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen wollen. § 9 Nr. 3 AÜG stellt also auf die Identität des Arbeitgebers ab, der dem Leiharbeiter kündigt und ihn wieder einstellt.

aa) Wegen seiner fehlenden Rechtspersönlichkeit kann der Konzern selbst nicht Träger von Rechten und Pflichten und damit auch



nicht Arbeitgeber sein. Arbeitgeber sind vielmehr stets eine oder mehrere Konzerngesellschaften (vgl. Schirdewahn, AR-Blattei, Arbeitgeber I Begriff B III; Martens, Das Arbeitsverhältnis im Konzern, Festschrift 25 Jahre BAG, S. 370 f.; Karamarias, RdA 1983, 353, 354 f.). Entscheidend ist, welche Konzerngesellschaft den Arbeitsvertrag geschlossen hat. Etwas anderes gilt auch nicht, wenn Arbeitgeber ein beherrschtes Unternehmen ist. Die wirtschaftliche Abhängigkeit der beherrschten Konzerngesellschaft begründet zwar Einflußmöglichkeiten der Konzernobergesellschaft, sie macht diese jedoch nicht zum Arbeitgeber (BAGE 27, 340 = AP Nr. 19 zu § 611 BGB Abhängigkeit, zu II 2 b der Gründe; Karamarias, aaO, S. 355).

Da § 9 Nr. 3 AÜG seine Schutzwirkung vom Handeln des Arbeitgebers abhängig macht und im Konzern das einzelne Unternehmen als Arbeitgeber anzusehen ist, spricht der Wortlaut dieser gesetzlichen Regelung eindeutig gegen eine konzerndimensionale Betrachtung, nach der die Wiedereinstellung des Leiharbeitnehmers durch eine Konzernschwester die Unwirksamkeit der Kündigung bedingen würde.

bb) Eine konzernbezogene Auslegung ist auch nicht nach Sinn und Zweck der Vorschrift geboten. Schutzzweck der Vorschrift ist es, den Leiharbeitnehmer vor der Umgehung des Arbeitgeberrisikos in Zeiten einer fehlenden Einsatzmöglichkeit zu schützen (vgl. Becker/Wulfgramm, aaO, § 9 Rz 25, § 3 Rz 42 f.; Sandmann/Marschall, AÜG, Stand: Juli 1982, § 3 Rz 29). Insofern könnte eine konzernbezogene Ausweitung des Schutzes des § 9 Nr. 3 AÜG al-



lenfalls dann geboten sein, wenn die fehlende Einsatzmöglichkeit des Leiharbeitnehmers durch das als Arbeitgeber fungierende Konzernunternehmen auf einer Maßnahme der Konzernspitze beruht (vgl. zur Ausweitung des Kündigungsschutzes auf den Konzernbereich für diesen Fall Martens, aaO, S. 367, 376 ff. und Konzen, Arbeitsrechtliche Drittbeziehung, ZfA 1982, 259, 305 ff.). Das rechtfertigt es jedoch nicht, § 9 Nr. 3 AÜG grundsätzlich, d.h. ohne Rücksicht auf den Grund des Wegfalls der Einsatzmöglichkeit, konzernbezogen auszulegen.

cc) Auch die durch das Beschäftigungsförderungsgesetz vom 26. April 1985 erfolgte Neuregelung der Arbeitnehmerüberlassung zwischen Konzernunternehmen (Art. 1 § 1 Abs. 3 Nr. 3 AÜG) gebietet keine andere Auslegung des § 9 Nr. 3 AÜG. Die Vorschrift stellt klar, daß es sich bei der konzerndimensionalen Arbeitnehmerüberlassung um nicht gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung handelt (Becker, B1StSozArbR 1985, 195, 197). Aus dieser Vorschrift folgt jedoch nicht die Verpflichtung des verleihenden Konzernunternehmens, den Leiharbeitnehmer bei fehlender Einsatzmöglichkeit auf einen freien Arbeitsplatz bei der Konzernschwester einzusetzen.

dd) Eine konzerndimensionale Auslegung des § 9 Nr. 3 AÜG wäre schließlich nicht vereinbar mit der Senatsrechtsprechung zur fehlenden Konzernbezogenheit des Kündigungsschutzgesetzes. Der Senat hat in seinen Urteilen vom 14. Oktober 1982 (BAGE 41, 72 = AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Konzern, zu B II 3 b der Gründe) und vom 22. Mai 1986 (- 2 AZR 612/85 - AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969



Konzern) ausgeführt, das Kündigungsschutzgesetz sei nicht konzernbezogen. Der Arbeitgeber sei daher vor Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung grundsätzlich nicht verpflichtet, eine anderweitige Unterbringung des Arbeitnehmers in einem Konzernbetrieb zu versuchen.

§ 9 Nr. 3 AÜG soll ausschließen, daß der Verleiher bei kurzfristigen Auftragslücken bis zu einem Zeitraum von drei Monaten das Unternehmerrisiko auf den Arbeitnehmer abwälzt. Würde eine Kündigung gemäß § 9 Nr. 3 AÜG auch dann für unwirksam gehalten, wenn die Wiedereinstellung durch eine Konzernschwester erfolgt, würde insoweit der Leiharbeiter in einem weiteren Rahmen geschützt als andere Arbeitnehmer. Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz will jedoch den infolge der Besonderheiten der Arbeitnehmerüberlassung geringeren Bestandschutz des Leiharbeitsverhältnisses demjenigen des normalen Arbeitsverhältnisses annähern, nicht jedoch den Bestandsschutz für Leiharbeiter auf den Konzern ausdehnen.

b) Die Beklagte braucht sich die Einstellung des Klägers durch die R -GmbH auch nicht im Wege einer Rechtsscheinhaftung anrechnen zu lassen. Der Arbeitsvertrag vom 16. Oktober 1984 ist für den Kläger deutlich erkennbar mit der R -GmbH abgeschlossen worden. Nach seinem eigenen Vortrag hat er sich erkundigt, warum der Arbeitsvertrag mit der GmbH und nicht mit der Beklagten abgeschlossen würde. Auch die vom Kläger behauptete Antwort der Zeugin Ho , dieses habe betriebsinterne Gründe, ist nicht geeignet, den Rechtsschein zu erwecken, die GmbH han-



dele im Namen der KG.

c) In Betracht kommt jedoch eine "Durchgriffshaftung" der Beklagten für die Einstellung des Klägers durch die GmbH. Auf dem Gebiet des Arbeitsrechts hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts erörtert, ob der Arbeitnehmer im Rahmen einer Kündigungsschutzklage, mit der er sich gegen eine betriebsbedingte Kündigung des unmittelbaren Arbeitgebers wehre, auch die Berechtigung von Maßnahmen des mittelbaren Arbeitgebers im Hinblick auf seinen Arbeitsplatz angreifen könne (BAGE 27, 341, 348 = AP Nr. 19 zu § 611 BGB Abhängigkeit, zu III 2 a der Gründe; vgl. auch Senatsurteil vom 22. Juli 1982 - 2 AZR 57/81 - nicht veröffentlicht, zu IV der Gründe). Auch der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts hat in seinem Beschluß vom 17. Februar 1982 (-1 ABR 101/78 - AP Nr. 9 zu § 111 BetrVG 1972, zu II 4 der Gründe) die Möglichkeit einer Durchgriffshaftung für den Fall erwähnt, daß ein Unternehmen in je eine rechtlich selbständige Besitz- und Produktionsgesellschaft aufgespalten wird und die Produktionsgesellschaft die Betriebsmittel von der Besitzgesellschaft pachtet und die Arbeitnehmer übernimmt. Der erkennende Senat hat im Urteil vom 26. Februar 1987 (- 2 AZR 702/85 - nicht veröffentlicht) ausgeführt, die ehemaligen Kommanditisten einer inzwischen gelöschten GmbH & Co. könnten möglicherweise im Wege der Durchgriffshaftung für die Erfüllung der Lohnansprüche ihrer ehemaligen Arbeitnehmer in Anspruch genommen werden, wenn sie den Betrieb an branchenfremde Kaufleute verpachtet hätten, ohne Erkundigungen über die Bonität der Pächter eingeholt zu haben und diese dann nicht in der Lage gewesen sind, auch nur einen gerin-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

gen Teil des geschuldeten Entgelts für geleistete Arbeit zu zahlen. Dies entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der bei der Behandlung von im einzelnen unterschiedlich gelagerten Durchgriffsproblemen darauf abstellt, ob die Rechtsform der Gesellschaft objektiv rechtsmißbräuchlich verwendet worden ist bzw. das Berufen auf die rechtliche Selbständigkeit der Gesellschaft gegen Treu und Glauben bzw. gegen die guten Sitten verstößt (vgl. BGHZ 68, 312, 315; 95, 330, 334 f.; vgl. auch BSG NJW 1978, 2527, 2528).

Ein solcher Sachverhalt könnte vorliegend gegeben sein. Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, es liege im Streitfall wegen des gemeinsam geführten Geschäftsbetriebes ein einheitliches Unternehmen vor, das nur rechtlich in verschiedene Gesellschaften aufgeteilt sei. Aus den Handelsregistrauszügen und den Firmenbögen der Beklagten sowie der R -GmbH ergibt sich, daß beide Gesellschaften sich mit Rohrleitungsbau und Industriemontagen befassen, also tatsächlich dieselben arbeitstechnischen Zwecke verfolgen. Sind darüber hinaus, wie der Kläger vorgetragen hat, Neueinstellungen von Leiharbeitnehmern in der Sperrfrist des § 9 Nr. 3 AÜG konsequent jeweils von der anderen Gesellschaft vorgenommen worden als derjenigen, die den Leiharbeiter zuvor beschäftigt hatte, so widerspricht die Berufung auf die förmliche Verschiedenheit der beiden Gesellschaften objektiv dem Zweck der Rechtsordnung und verstößt damit gegen Treu und Glauben (BGHZ 31, 258, 271), so daß das Handeln der GmbH der Beklagten zuzurechnen ist. Ob diese Behauptung des Klägers zutrifft, hat das Berufungsgericht nach Zurückverweisung aufzuklären.



IV. Mit dem Landesarbeitsgericht geht der Senat davon aus, daß die Einstellung des Klägers durch die R -GmbH zum 17. Oktober 1984 - wenn die Beklagte sie sich zurechnen lassen muß - als erneute Einstellung im Sinne des § 9 Nr. 3 AÜG anzusehen ist.

1. Unter dem Begriff der "erneuten Einstellung" im Sinne des § 9 Nr. 3 AÜG ist die erneute Begründung eines Arbeitsverhältnisses zu verstehen (Becker/Wulfgramm, aaO, § 9 Rz 27; Sandmann/Marschall, aaO, § 9 Rz 25).

Dem Wortlaut der Vorschrift läßt sich nicht entnehmen, ob die erneute Einstellung aufgrund eines wirksamen Arbeitsvertrages erfolgen muß oder ob auch ein faktisches Arbeitsverhältnis ausreicht. Insoweit muß auf Sinn und Zweck der Vorschrift zurückgegriffen werden. Wie bereits ausgeführt, ist Schutzzweck von § 9 Nr. 3 AÜG zu verhindern, daß der Verleiher das Arbeitgeberrisiko auf den Leiharbeitnehmer abwälzt, wenn eine kurzfristige Auftragslücke vorliegt. Das muß auch gelten, wenn der Verleiher zwischenzeitlich seine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung verloren hat, aber trotzdem weiterhin Arbeitnehmerüberlassung betreibt. Auch in diesem Falle darf das Arbeitgeberrisiko, den Arbeitnehmer kurzfristig nicht beschäftigen zu können, nicht auf den Arbeitnehmer abgewälzt werden. Würde in einem solchen Falle § 9 Nr. 3 AÜG nicht angewendet werden, würde der unerlaubt handelnde Verleiher besser gestellt werden als derjenige, der mit Erlaubnis handelt.



2. Entgegen der Ansicht der Revision liegt bei dieser Auslegung des § 9 Nr. 3 AÜG auch keine Kumulierung dieser Schutzvorschrift und der des § 9 Nr. 1 AÜG vor. Wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, ergänzen sich diese beiden Vorschriften. Während durch die Unwirksamkeit des Vertrages gemäß § 9 Nr. 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis gemäß § 10 Abs. 1 AÜG zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer vom Zeitpunkt der erneuten Einstellung an fingiert wird, wirkt § 9 Nr. 3 AÜG für die Vergangenheit. Nach § 9 Nr. 3 AÜG ist die Kündigung des ursprünglichen Leiharbeitsverhältnisses durch den Verleiher unwirksam. Zwar besteht damit das Arbeitsverhältnis zum Verleiher fort. Dieses endet jedoch gemäß § 9 Nr. 1, § 10 Abs. 1 AÜG mit der erneuten Einstellung bzw. mit der erneuten Überlassung des Leiharbeitnehmers an einen Entleiher. Insofern liegt ein – auch innerhalb des Kündigungsschutzprozesses zu berücksichtigender – Beendigungsgrund vor. Entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts (vgl. insoweit auch die Anmerkung von Oellers zu der Entscheidung des Berufungsgerichts in EWIR 1986, 541 ff.) liegt insoweit keine Kollision mit der Fiktion des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG vor.

V. Dementsprechend war bezüglich des Feststellungsbegehrens die Rechtssache an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen. Kommt das Berufungsgericht unter Berücksichtigung dessen, daß der Kläger darlegungs- und beweispflichtig für das Vorliegen der tatbestandsmäßigen Voraussetzungen des § 9 Nr. 3 AÜG ist, zu dem Ergebnis, vorliegend habe ein Leiharbeitsverhältnis bestanden, und sind auch in anderen Fällen Leiharbeitnehmer in der Sperr-



frist des § 9 Nr. 3 AÜG jeweils von der anderen Gesellschaft als derjenigen, die den Leiharbeitnehmer bisher beschäftigte, neu eingestellt worden, ist die Kündigung der Beklagten unwirksam und das Arbeitsverhältnis hat bis zum 16. Oktober 1984 bestanden.

B. Hinsichtlich der zugesprochenen Zahlungsansprüche ist die Revision zum Teil begründet.

I. Der Kläger hat für die Zeit vom 1. September bis 16. Oktober 1984 für 32 Arbeitstage 4.352,-- DM Arbeitslohn geltend gemacht. Seiner Berechnung liegt eine tägliche Arbeitszeit von unstreitig zehn Stunden zu einem Stundenlohn von 13,60 DM zugrunde.

1. Soweit er Lohn für die Zeit vom 3. bis 7. September 1984 in Höhe von 680,-- DM (fünf Arbeitstage a 10 Stunden x 13,60 DM) verlangt, ist sein Vortrag unschlüssig, da er für diesen Zeitraum Urlaubsentgelt und Urlaubsgeld erhalten hat. Insoweit war auf die Revision die Klage abzuweisen.

2. Der für die Zeit vom 8. bis 19. September 1984 geltend gemachte Lohnanspruch in Höhe von 1.088,-- DM (acht Arbeitstage a 10 Stunden x 13,60 DM) ist unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs (§ 615 BGB) begründet. Insoweit war die Revision zurückzuweisen. Denn es steht rechtskräftig fest, daß das Arbeitsverhältnis zumindest bis zum 19. September 1984 fortbestanden hat. Außerdem hat sich die Beklagte entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts vom 7. bis 19. September 1984 in An-



Annahmeverzug befunden. Der Senat hat seine Rechtsprechung zum Annahmeverzug bei unwirksamer Arbeitgeberkündigung mit Urteil vom 9. August 1984 (BAGE 46, 234 = AP Nr. 34 zu § 615 BGB) für die außerordentliche Kündigung sowie mit Urteil vom 21. März 1985 (- 2 AZR 201/84 - AP Nr. 35 zu § 615 BGB) für die ordentliche Kündigung geändert. Während nach der früheren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts der Annahmeverzug des Arbeitgebers voraussetzte, daß der Arbeitnehmer seine Arbeit nach näherer Maßgabe der §§ 294 ff. BGB angeboten hatte, greift der Senat nunmehr auf den Grundgedanken des § 296 BGB zurück. Danach bedarf es keines Angebotes, wenn für die vom Gläubiger zu erbringende Mitwirkungshandlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist und diese Handlung nicht rechtzeitig vorgenommen wird. Der Senat sieht die nach dem Kalender bestimmte Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers darin, dem Arbeitnehmer einen funktionsfähigen Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen und ihm die Arbeit zuzuweisen. Da der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer mit der fristlosen Kündigung den entgegenstehenden Willen zu erkennen gibt, muß der Arbeitgeber ihn wieder zur Arbeit auffordern - bei der ordentlichen Kündigung entsprechend für die Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist -, wenn er trotz Kündigung nicht in Annahmeverzug geraten will.

Diese Grundsätze sind auch auf die Fälle zu übertragen, in denen die Kündigung des Arbeitgebers zwar grundsätzlich wirksam ist, der Arbeitgeber jedoch eine zu kurze Kündigungsfrist gewählt hat. Auch in diesem Falle gibt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer zu erkennen, daß er nach Ablauf der von ihm genannten Kündigungsfrist auf die Dienste des Arbeitnehmers verzichtet. Dement-



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



sprechend muß er von diesem Zeitpunkt an bis zum Ablauf der rechtlich gebotenen Kündigungsfrist dem Arbeitnehmer einen funktionsfähigen Arbeitsplatz einrichten und ihm Arbeit zuweisen, will er nicht in Annahmeverzug geraten.

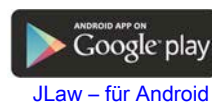
Entgegen der Ansicht des Arbeitsgerichts steht dem Annahmeverzug der Beklagten auch nicht entgegen, daß der Kläger in der Zeit vom 3. September bis 7. September 1984 Urlaub hatte. Dem Kläger war bis einschließlich dem 7. September 1984 der ihm aus dem Arbeitsverhältnis zustehende Urlaub gewährt worden. Das Fehlen des Klägers während dieser Zeit spricht daher auch nicht gegen die Arbeitswilligkeit bzw. Arbeitsbereitschaft des Klägers für die Zeit ab Montag, dem 10. September 1984 (§ 297 BGB).

3. Ob der für die Zeit vom 20. September bis 16. Oktober 1984 geltend gemachte Lohnanspruch in Höhe von 2.584,-- DM besteht (19 Arbeitstage a 10 Stunden x 13,60 DM), hängt vom Fortbestand des Arbeitsverhältnisses bis zum 16. Oktober 1984 ab. Insoweit ist die Revision begründet, und der Rechtsstreit war auch für diesen Teil der Lohnforderung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen.

II.1. Der Kläger hatte außerdem ursprünglich einen Restanspruch auf Auslösung von 1.878,60 DM für 83 Kalendertage in der Zeit vom 17. Juli bis 16. Oktober 1984 geltend gemacht. Dazu hat er vorgetragen, statt der bis 31. August 1984 gezahlten 45,-- DM pro Kalendertag habe er aufgrund Tarifvertrags einen Anspruch von täglich 49,20 DM bis zum 16. Oktober 1984. Das ergebe abzüglich



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



der gezahlten 2.205,-- DM einen Restanspruch von 1.878,60 DM. Davon hat ihm das Arbeitsgericht für den 1. und 2. September 1984 einen Betrag von 90,-- DM rechtskräftig zugesprochen. Das Berufungsgericht hat 1.665,-- DM zugesprochen und die Berufung des Klägers in Höhe von 123,60 DM rechtskräftig zurückgewiesen. In der Revisionsinstanz sind daher nur noch 1.665,-- DM in Streit.

2. Dieser Anspruch ist selbst für den Fall unbegründet, daß das Arbeitsverhältnis bis zum 16. Oktober 1984 bestanden haben sollte. Deshalb war auch insoweit auf die Revision das Urteil des Landesarbeitsgerichts aufzuheben und die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts zurückzuweisen.

a) Der Senat hatte von dem arbeitsvertraglich vereinbarten Auslösungssatz von 45,-- DM auszugehen, da das Berufungsgericht dem Arbeitsgericht in der Auffassung gefolgt ist, daß die kalendertägliche Auslösung 45,-- DM betrage und aus diesem Grund **r e c h t s k r ä f t i g** die geltend gemachte Auslösungsforderung in Höhe von 123,60 DM abgewiesen hat.

b) Der Kläger hat für die Zeit vom 8. September bis 16. Oktober 1984 keinen Anspruch auf kalendertägliche Auslösung unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs, weil sie nicht zum Arbeitsentgelt gehört. Die Parteien haben einzelvertraglich eine Auslösung von 45,-- DM für jeden Kalendertag vereinbart, falls der Kläger 50 Stunden in der Woche arbeitet. Hierbei handelt es sich nach dem eigenen Vortrag des Klägers um eine Ferrauslösung



für Einsätze bis zu 150 km. Solche Auslösungen werden als Pauschalersatzung der Mehraufwendungen am Montageort gezahlt. Das Bundesarbeitsgericht hat aus diesem Grunde entschieden, daß Fernauslösungen nach dem Bundestarifvertrag für die besonderen Arbeitsbedingungen der Montagearbeiter in der Eisen-, Metall- und Elektroindustrie einschließlich des Fahrleitungs-, Freileitungs- und Ortsnetzbaus und des Kabelbaus vom 9. April/18. Juli 1974 (BMTV) nicht zum Arbeitsentgelt gehören (BAG Urteile vom 28. Januar 1982 - 6 AZR 911/78 - AP Nr. 11 zu § 2 LohnFG und BAGE 43, 87 = AP Nr. 12 zu § 2 LohnFG). An dieser Beurteilung ändert sich nichts dadurch, daß vorliegend die Auslösung auf einer einzelvertraglichen Vereinbarung beruht. Auch in diesem Falle ist davon auszugehen, daß die Auslösung nur die Pauschalersatzung für die Mehraufwendungen sein soll, die durch die tatsächliche Arbeitsleistung am Montageort anfallen. Etwas anderes könnte nur gelten, wenn sich aus der Vereinbarung ein anderer Wille der Parteien eindeutig entnehmen ließe. Das ist vorliegend nicht der Fall. Da für die Zeit vom 10. September bis 16. Oktober 1984 für den Kläger keine Mehraufwendungen angefallen sind, hat er für diese Zeit auch keinen Anspruch auf Auslösung.

III. Ob dem Kläger noch restliches Urlaubsentgelt und Urlaubsgeld zustehen, hängt davon ab, ob das Arbeitsverhältnis über den 19. September 1984 hinaus bis zum 16. Oktober 1984 bestanden hat.

Die Parteien haben im Arbeitsvertrag mit Ausnahme der Auslösung für Arbeitsbedingungen auf den Manteltarifvertrag für die



Arbeiter, Angestellten und Auszubildenden in der Eisen-, Metall-, Elektro- und Zentralheizungsindustrie Nordrhein-Westfalen vom 30. April 1980 (MTV Metall NRW) Bezug genommen. Der Urlaubsanspruch beträgt nach § 11 Ziff. 1 MTV 30 Tage pro Urlaubsjahr, ein Zwölftel somit 2,5 Tage. Nach § 10 Ziff. 3 MTV hat der Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber Ansprüche auf sovieler Zwölftel des ihm zustehenden Urlaubs, als er Monate bei ihm gearbeitet hat. Ein angefangener Monat wird voll gerechnet, wenn die Beschäftigung mindestens zehn Kalendertage bestanden hat.

Die Beklagte hat für fünf Arbeitstage 680,-- DM (50 x 13,60 DM) Urlaubsentgelt und 340,-- DM Urlaubsgeld gezahlt, insgesamt also 1.020,-- DM. Unter Berücksichtigung dieses Betrages hat der Kläger weitere 1.095,07 DM verlangt, weil er die Auffassung vertritt, ihm stünden 7,5 Tage Urlaub zu und außerdem seien Urlaubsentgelt und Urlaubsgeld falsch berechnet. Das Arbeitsgericht hat ihm weitere 599,41 DM rechtskräftig zugesprochen, der Rest von 495,66 DM das Landesarbeitsgericht. In diesem Umfang war das Urteil aufzuheben und der Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung zurückzuverweisen, weil nicht feststeht, ob das Arbeitsverhältnis bis zum 16. Oktober 1984 bestanden hat.

Triebfürst

Dr. Weller

Richter Ascheid
ist wegen Urlaubs
verhindert zu
unterschreiben.
Triebfürst

Thieß

Dr. Bächle



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

