

9. April 1957

50

Für das Nachschlagewerk! Ja
Für die Sammlung! Ja
Für die Fachpresse! Ja

Gesetz: BGB § 611 mittelbares Arbeitsverhältnis;
KSchG § 3

Leitsätze:

1. Ein mittelbares Arbeitsverhältnis ist dann gegeben, wenn ein Arbeitnehmer von einem Mittelsmann (Zwischenmeister), der seinerseits selbst Arbeitnehmer eines Dritten (Unternehmers) ist, beschäftigt wird, wobei jedoch die Arbeit mit Wissen des Unternehmers für diesen unmittelbar geleistet wird.
2. Der Unternehmer kann als sogenannter mittelbarer Arbeitgeber vom Arbeitnehmer nur dann in Anspruch genommen werden, wenn dieser gegenüber dem Mittelsmann selbst nicht zu seinem Recht kommt. Das gilt vor allem für eine ordentliche Kündigung, die der Mittelsmann aus einem Grunde, der in der Person des Arbeitnehmers liegt, ausgesprochen hat.
3. Für eine daraus gegen den mittelbaren Arbeitgeber gerichtete Kündigungsschutzklage fehlt es vorerst am Rechtsschutzinteresse. Diese Kündigungsschutzklage ist vielmehr zunächst allein gegen den Mittelsmann zu richten.
4. Wird das unmittelbare Arbeitsverhältnis durch eine Kündigung rechtswirksam aufgelöst, dann endet damit ohne weiteres auch das mittelbare Arbeitsverhältnis.

Aktenzeichen: 3 AZR 435/54

Urteil des BAG vom 9. April 1957 LAG Stuttgart



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

AZR 435/54
Sa 65/54 (Stuttgart)
verkündet
9. April 1957
z. Henkelmann,
Angestellte
s Urkundsbeamter
r Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf
Grund der mündlichen Verhandlung vom 12. März 1957 durch
den Senatspräsidenten Dr. König und die Bundesrichter
Dr. Simons und Schilgen sowie die Bundesarbeitsrichter
Langhans und Dr. Hautmann für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil
der I. Kammer des Landesarbeitsgerichts
Stuttgart vom 29. Juni 1954 - I Sa 65/54 -
wird auf Kosten des Klägers zurückgewie-
sen.

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

- 2 -



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



- 2 -

Tatbestand

Der im Jahre 1922 geborene Kläger war seit Ende 1950 als zweiter Trompeter in der von dem Kapellmeister W. geleiteten Tanzkapelle der beklagten Rundfunkanstalt tätig. Im Frühjahr 1951 wollte die Beklagte eine bessere und größere Tanzkapelle für ihre Rundfunksendungen zusammenstellen lassen. Sie entließ deshalb den Kapellmeister W. und beauftragte den Kapellmeister Erwin L., ein Tanzorchester mit 24 Musikern zusammenzustellen und einige Mitglieder der bisherigen Tanzkapelle W. zu übernehmen. Auch der Kläger wurde in dieser Weise übernommen. Die Beklagte schloß mit L. den schriftlichen Vertrag vom 1. April 1951, der im wesentlichen folgendes bestimmt:

1. Herr Erwin L. verpflichtet sich, mit seinem Tanzorchester für den S. Rundfunk monatlich 33 bis 36 Produktionstitel auf Tonband aufzunehmen. Die Auswahl der Kompositionen trifft der S. Rundfunk im Einvernehmen mit Herrn L. .
2. Herr L. ist verpflichtet, mit seinem Tanzorchester auch bei öffentlichen Veranstaltungen des S. Rundfunks - bis zu 10 Veranstaltungen im Vertragsjahr - mitzuwirken.
.....
3.
4. Herrn L. ist es gestattet, mit seinem Orchester auch anderweitige Verpflichtungen einzugehen (z.B. für Schallplattenfirmen), sofern die oben festgelegten Leistungen nach Zahl und Qualität nicht beeinträchtigt werden. Herr L. kann im Einvernehmen mit dem S. Rundfunk auch Konzertreisen durchführen. Er firmiert bei solchen Gelegenheiten "Erwin L. mit seinem S. -Tanzorchester".
5. Der S. Rundfunk stellt die für die Proben und Aufnahmen erforderlichen Räume und technischen Einrichtungen zur Verfügung, ebenso das für die Aufnahmen erforderliche Personal.
6. Der S. Rundfunk zahlt für die nach diesem Vertrag von Herrn L. und seinem Tanzorchester zu erbringenden Leistungen eine monatliche Vergütung in Höhe von 27.500.-- DM.

- 3 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Es ist Sache des Herrn L , die Mitglieder seines Orchesters zu entlohnen und alle gesetzlichen, insbesondere die sozialversicherungsrechtlichen und steuerlichen Verpflichtungen gegenüber den Orchestermitgliedern zu erfüllen. Für die Erfüllung dieser Verpflichtungen haftet er dem S Rundfunk. Zwischen dem S Rundfunk und den Mitgliedern des Orchesters bestehen keine Rechtsbeziehungen.

7. Die Kosten für die Beschaffung der Noten für sämtliche Arrangements auch bei Mitwirkung von Solisten - ebenso die Kosten für die notwendigen Notenschreib- und Kopierarbeiten trägt Herr L .

.....

L schloß mit den Musikern des von ihm zusammengestellten Tanzorchesters Einzelarbeitsverträge ab. Sein Vertrag mit dem Kläger vom 2. April 1951 setzt eine Monatsgage von 700.-- DM fest, bestimmt eine Kündigungsfrist von 4 Wochen zum Monatsende und gewährt dem Kläger eine Urlaubszeit von 4 Wochen im Jahr.

Mit Schreiben vom 24. November 1953 kündigte L dem Kläger wegen unzureichender Leistungen zum 31. Dezember 1953. Darauf hat der Kläger gegen L und die Beklagte Klage erhoben mit dem Antrag, festzustellen, daß die Kündigung rechtsunwirksam und die Beklagte verpflichtet sei, das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger fortzusetzen. Im Laufe des Verfahrens vor dem Arbeitsgericht hat er ferner die Hilfsanträge gestellt

1. gegenüber L festzustellen, daß dessen Kündigung rechtsunwirksam sei,
2. gegenüber der Beklagten festzustellen, daß zwischen ihr und dem Kläger ein ungekündigtes Arbeitsverhältnis bestehe.

Das Arbeitsgericht hat über die Vorgänge bei der Gründung des neuen Tanzorchesters Zeugen gehört und durch Teilurteil die Klage abgewiesen, soweit sie sich gegen die Beklagte richtet. Gegen dieses Teilurteil hat der Kläger Berufung eingelegt und in der letzten mündlichen Verhandlung nur noch den Antrag gestellt,

unter Abänderung des angefochtenen Urteils festzustellen, daß zwischen dem Kläger und



der Beklagten ein ungekündigtes Arbeitsverhältnis bestehe.

Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Es nimmt an, daß zwischen der Beklagten und L kein Dienstvertrag, sondern ein Werkvertrag zustande gekommen sei, und daß ein Arbeitsverhältnis nur zwischen L und dem Kläger, aber nicht zwischen dem Kläger und der Beklagten bestanden habe. Die geschlossenen Verträge verstießen weder gegen das Kündigungsschutzgesetz noch gegen das Tarifvertragsgesetz. Insbesondere sei L kein bloßer Strohmann gewesen.

Mit der zugelassenen Revision gegen dieses Urteil verfolgt der Kläger seinen Berufungsantrag weiter. Hilfsweise beantragt er Aussetzung des Verfahrens, bis auch über die Klage gegen L entschieden sei. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen und den Aussetzungsantrag abzulehnen.

Entscheidungsgründe

Der Revision muß der Erfolg versagt bleiben, weil der gegen die Rundfunkanstalt gerichteten Feststellungsklage das Rechtsschutzbedürfnis fehlt, sie deshalb unzulässig und das klageabweisende Urteil im Ergebnis richtig ist. Der Mangel eines Rechtsschutzbedürfnisses wird allerdings erst aus der materiellen Rechtslage erkennbar.

I. Der Berufungsrichter ist davon ausgegangen, daß zwischen der Beklagten, d.h. dem Rundfunk, und dem Kapellmeister L ein Werkvertrag abgeschlossen sei, demzufolge dieser Kapellmeister als selbständiger Unternehmer angesehen werden müsse, so daß die von ihm eingestellten Musiker weder in vertraglichen noch in sonstigen arbeitsrechtlichen Beziehungen irgendwelcher Art zur Beklagten stünden. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Der Vertrag zwischen L und der Beklagten scheint allerdings auf den ersten Blick und nach dem Willen der Parteien ein Werkvertrag zu sein. Jedoch darf die Tatsache, daß die von der Kapelle hervorgebrachte Musik sogleich auf Tonband aufgenommen und dann nur über Tonband



reproduziert und verwendet wird, nicht dazu verleiten, ohne weiteres einen Werkvertrag anzunehmen und dabei als Werk die fertige Bandaufnahme anzusehen. Für die rechtliche Beurteilung des Vertrages vom 1. April 1951 ist nicht die Rechtsansicht der Vertragsparteien, sondern sind in erster Linie sein Inhalt und seine tatsächliche Handhabung maßgebend. Diese sprechen aber ganz überwiegend dafür, daß in Wirklichkeit kein Werkvertrag, sondern ein Dienstvertrag in Gestalt eines Arbeitsvertrages vorliegt.

Das entscheidende Merkmal für einen Arbeitsvertrag ist die Leistung abhängiger Arbeit. Der feststehende Sachverhalt läßt erkennen, daß die von L für die Beklagte geleistete Arbeit abhängig und unselbständig war. Darauf deutet schon die Vereinbarung hin, daß die Auswahl aller Stücke - im Einvernehmen mit dem Kapellmeister L - durch die Beklagte erfolgt und die Musik im Betrieb der Beklagten aufgenommen wird. Hinzu kommt, daß die vertragliche Verpflichtung L, monatlich 33 bis 36 Produktionstitel herzustellen, seine Arbeitskraft in so hohem Maße in Anspruch nahm, daß er nur noch wenig Zeit für die ihm an sich freigestellte Nebentätigkeit seines Orchesters hatte. Diese Nebentätigkeit war auch unstrittig bis zur Entlassung des Klägers verschwindend gering. Selbst bei dieser geringen Nebentätigkeit war aber L noch von der Beklagten abhängig. Konzertreisen durfte er nur im Einvernehmen mit ihr unternehmen und mußte dabei sein Orchester als "S -Tanzorchester" bezeichnen. Eine weitere Beschränkung seiner Unabhängigkeit lag darin, daß er der Beklagten für richtige Entlohnung der Musiker und Erfüllung der sozialversicherungsrechtlichen und steuerlichen Pflichten haftete. Was die Arbeit des Orchesters anlangt, so stellte die Beklagte nicht nur die für Proben und Aufnahmen erforderlichen Räume und technischen Einrichtungen sowie das technische Personal zur Verfügung, sondern sie stellte sogar die wöchentlichen Dienstpläne für das Orchester auf. Ohne diese Mitwirkung konnte Lehn seine Verpflichtungen nicht erfüllen. Er hat auch zu Beginn seiner Tätigkeit bei der Be-



klagten kein eigenes Orchester mitgebracht, sondern mußte es erst zusammenstellen, wobei er verpflichtet war, Mitglieder der früheren Kapelle W zu übernehmen. Über seine Ausgaben hat er der Beklagten jeden Monat Rechnung gelegt. Zwar hat das Berufungsgericht festgestellt, daß dies "freiwillig" geschehen ist. Doch kann das nach Lage der Sache nur bedeuten, daß L nicht von sich aus, sondern auf Wunsch der Beklagten zur Rechnungslegung bereit war, obwohl er in seinem Vertrag zu einer solchen nicht verpflichtet ist. Aus der von der Beklagten gezahlten Pauschale von monatlich 27.500.-- DM entnahm L selbst jeden Monat den festen Betrag von 2.000.-- DM und übertrug etwaige Überschüsse auf den nächsten Monat. Seine Abrechnungen zeigen, daß er von dem Pauschalbetrag keine wesentlichen Rücklagen machen konnte, um beim Auftreten unerwarteter Umstände eine Sicherung zu haben. In diesem Zusammenhang hat die Beklagte vor dem Arbeitsgericht zugegeben, daß sie L in solchen Notfällen durch Geldzuwendungen (Vorschüsse) helfen würde.

Diese unstreitigen Tatsachen beweisen zusammengekommen zur Genüge die persönliche Abhängigkeit L von der Beklagten. Er war praktisch nicht imstande, ein wirkliches Unternehmerrisiko zu tragen. Wäre er von der Beklagten entlassen worden, dann wäre dem Fortbestehen des von ihm geleiteten Tanzorchesters die tatsächliche Grundlage entzogen gewesen. Der dargestellte Zustand der Abhängigkeit L war auch kein bloß vorübergehender, sondern hatte zur Zeit der Entlassung des Klägers bereits etwa 2 1/2 Jahre gedauert. Aus alledem muß entgegen der Ansicht des angefochtenen Urteils, das diese Umstände nicht ausreichend gewürdigt hat, die Folgerung gezogen werden, daß zwischen L und der Beklagten kein Werkvertrag, sondern ein Arbeitsverhältnis bestanden hat.

Daraus ergibt sich freilich noch nicht, daß in gleicher Weise auch zwischen der Beklagten und den Musikern, insbesondere dem Kläger, unmittelbare arbeitsrechtliche Beziehungen bestanden haben. Solche sollten nach Ziffer 6 (letzter Satz) des Vertrages vom 1. April 1951 ausdrücklich gerade ausgeschlossen sein. Indessen kann diese Vereinbarung einer kri-



tischen Betrachtung nicht standhalten. Vielmehr müssen auch die rechtlichen Beziehungen zwischen der Beklagten und dem Kläger, nachdem der beabsichtigte Werkvertrag zwischen der Beklagten und L anders gedeutet werden mußte, einer selbstständigen Prüfung unterzogen werden. Diese Prüfung führt zur Annahme eines mittelbaren Arbeitsverhältnisses.

Ein solches ist allgemein gesehen dann gegeben, wenn jemand von einem Mittelsmann (Zwischenmeister), der seinerseits selbst Arbeitnehmer eines Dritten ist, beschäftigt wird, wobei jedoch die Arbeit mit Wissen des Dritten für diesen geleistet wird. Da dem Dritten der Nutzen aus den geleisteten Arbeiten unmittelbar zugute kommt, soll er auch - wenigstens subsidiär - für die Erfüllung der Ansprüche des Arbeitnehmers eintreten. Hieraus ergibt sich, daß ein mittelbares Arbeitsverhältnis nur dann angenommen werden kann, wenn auch die Mittelsperson Arbeitnehmer ist (Nikisch, Arbeitsrecht, 2.Aufl., Bd.I, S.209; Dersch, Arbeitsrecht-Blattei, Arbeitsvertrag - Arbeitsverhältnis III, Mittelbares Arbeitsverhältnis I 1). Denn die Arbeitnehmer eines selbstständigen Unternehmers brauchen keinen zusätzlichen Schutz. Dem Mittelsmann, der selbst nur Arbeitnehmer ist, fehlen dagegen regelmäßig die materiellen Grundlagen, um das Arbeitgeberrisiko tragen zu können. Aus diesen Erwägungen hatte schon im Jahre 1938 der Arbeitsrechtsausschuß der Akademie für Deutsches Recht in seinen Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis als § 120 folgende Vorschrift aufgenommen:

Hat ein Gefolgsmann eine Arbeit unter Heranziehung anderer Gefolgsmänner zu leisten oder muß dem Unternehmer bekannt sein, daß er die Arbeit nur unter Heranziehung anderer leisten kann, so besteht ohne Rücksicht auf entgegenstehende Vereinbarungen auch zwischen diesem Dritten und dem Unternehmer ein Arbeitsverhältnis (mittelbares Arbeitsverhältnis).

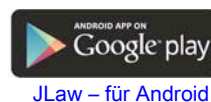
Diese Vorschrift ist zwar nicht Gesetz geworden, muß aber als allgemeiner Rechtsgrundsatz angesehen werden (vgl. Stau-



dinger-Nipperdey, 10.Aufl., Vorbem.269 vor § 611 BGB). Gemessen an diesem Grundsatz war der Kapellmeister L ein Zwischenmeister und als solcher der unmittelbare Arbeitgeber des Klägers, wie es auch dem Sinn und Wortlaut des zwischen beiden abgeschlossenen Arbeitsvertrages entspricht. Zwischen dem Kläger und der Beklagten hingegen bestand nur ein mittelbares Arbeitsverhältnis.

Bei dieser Auslegung der rechtlichen Beziehungen zwischen drei Personen bleibt kein Raum dafür, daß die Verträge zwischen ihnen im allseitigen Einverständnis nur zum Schein abgeschlossen worden sind (vgl. § 117 BGB). L stand nicht, wie der Kläger meint, als Strohmann zwischen ihm und der Beklagten, sondern hatte eine von der Rechtsordnung anerkannte Funktion, nämlich die eines Zwischenmeisters.

Die Annahme eines mittelbaren Arbeitsverhältnisses führt nun zwangsläufig zu einer Teilung der Arbeitgeberfunktion (vgl. Nikisch aaO. S.206 ff.; für die Möglichkeit einer Teilung der Arbeitgeberfunktion neuerdings auch Hueck in Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 6.Aufl., S.18). In welcher Weise diese Teilung praktisch durchzuführen ist, kann im einzelnen zweifelhaft sein, braucht aber hier nicht abschließend entschieden zu werden. Allgemein kann jedoch gesagt werden, daß in einem solchen Falle der Arbeitnehmer sich mit seinen Ansprüchen in erster Linie an seinen unmittelbaren Arbeitgeber halten muß (so für Lohnansprüche Hofrichter, Das mittelbare Arbeitsverhältnis, Kieler Diss.1939, S.146 f.). Den mittelbaren Arbeitgeber kann er nur dann in Anspruch nehmen, wenn dafür besondere Gründe vorliegen, insbesondere wenn er gegenüber dem unmittelbaren Arbeitgeber nicht zu seinem Recht kommen kann. Dies gilt insbesondere für den hier vorliegenden Fall einer Kündigung aus einem Grunde, der in der Person des Arbeitnehmers liegt. Da die Kündigung von L als unmittelbarem Arbeitgeber zutreffend in eigenem Namen und aus eigenem Recht ausgesprochen worden ist, und da eine Auseinandersetzung über die angeblich unzulänglichen Leistungen des Klägers, die zu der Kündigung geführt haben, zunächst überhaupt nur mit dem



- 9 -

Kapellmeister L erfolgen könnte, mußte der Kläger seine Kündigungsschutzklage (§ 3 KSchG) gegen L richten (vgl. Nikisch, aaO. S.208 Anm.27). Eine solche Klage hat er auch erhoben. Es ist aber bisher noch nicht über sie entschieden worden; sie ist noch im ersten Rechtszug beim Arbeitsgericht anhängig.

II. Bei dieser Sach- und Rechtslage fehlt es dem Kläger an einem rechtsschutzbedürftigen Interesse für eine Kündigungsschutzklage gegen den mitverklagten Rundfunk. Der Kläger kann in einem Fall wie dem vorliegenden nicht gleichzeitig gegen seinen unmittelbaren und seinen mittelbaren Arbeitgeber vorgehen, d.h. nicht doppelt auf Kündigungsschutzklagen. Wird er mit seiner Klage gegen L abgewiesen, weil die Kündigung tatsächlich durch seine unzureichenden Leistungen bedingt war, dann kann er auch mit einer Kündigungsschutzklage gegen den Rundfunk nichts mehr ausrichten, weil zugleich mit dem unmittelbaren auch das mittelbare Arbeitsverhältnis rechtswirksam beendet worden ist. Dringt er jedoch mit seiner Kündigungsschutzklage gegen den Kapellmeister L durch und fügt sich dieser dem Urteil, d.h. behält er den Kläger in seiner Kapelle oder zahlt er ihm eine etwa festgesetzte Abfindung, dann hat der Kläger keinen Anlaß, außerdem noch gegen den verklagten Rundfunk vorzugehen. Ein solcher Anlaß könnte nur dann bestehen, wenn L sich nach verlorenem Prozeß seinen Verpflichtungen entzöge oder zu ihrer Erfüllung unfähig wäre. Erst dann könnte der Kläger nach der oben dargestellten Rechtsnatur des mittelbaren Arbeitsverhältnisses den verklagten Rundfunk subsidiär in Anspruch nehmen. Ein solcher Fall ist aber zur Zeit nicht gegeben.

Nun hat allerdings der Kläger im zweiten Rechtszug seinen Klageantrag geändert. Er hat den auch gegenüber dem verklagten Rundfunk im ersten Rechtszug in erster Linie gestellten Kündigungsschutzantrag im Sinne des § 3 Satz 1 KSchG fallengelassen und stattdessen seinen bisherigen Hilfsantrag (festzustellen, daß zwischen dem Kläger und dem Beklagten ein ungekündigtes Arbeitsverhältnis bestehe) gegenüber dem ver-

- 10 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

klagten Rundfunk zu seinem alleinigen Hauptantrag gemacht. Damit will er seine rechtlichen Beziehungen zum verklagten Rundfunk, auch abgesehen von der Kündigung vom 24. November 1953, ganz allgemein klarstellen lassen. Ein rechtliches Interesse im Sinne von § 256 ZPO an der alsbaldigen Feststellung dieses mittelbaren Arbeitsverhältnisses hätte er aber nur dann, wenn dieses Verhältnis auch jetzt noch besteht. Er verlangt auch ausdrücklich die Feststellung, daß ein "ungekündigtes" Arbeitsverhältnis bestehe. Ob aber das mittelbare Arbeitsverhältnis trotz der Kündigung nicht beendet wurde, läßt sich noch nicht feststellen, sondern hängt wiederum vom Ausgang der Kündigungsschutzklage gegen L ab. Erst wenn der Kläger mit dieser Klage durchdringt und der verklagte Rundfunk dann noch bestreitet, daß er mittelbarer Arbeitgeber des Klägers ist, steht diesem ein schutzbedürftiges Interesse an der von ihm begehrten Feststellung zur Seite. Zur Zeit läuft sein geändertes Begehren praktisch darauf hinaus, daß er die Klärung einer hypothetischen Rechtsfrage verlangt. Dafür gewährt aber die Rechtsordnung keinen Schutz.

Unter diesen Umständen bleibt nur noch zu erwägen, ob das Revisionsverfahren entsprechend dem Hilfsantrag des Klägers gemäß § 148 ZPO auszusetzen war, bis über die weiterzubetreibende Kündigungsschutzklage gegen L entschieden ist. Indessen läßt sich eine solche Aussetzung nicht rechtfertigen. Denn, gleichviel wie der Prozeß des Klägers gegen L ausgeht, das darin ergehende Urteil würde eine neue Tatsache darstellen, deren Verwertung im Revisionsverfahren durch § 561 ZPO ausgeschlossen sein würde. Insofern hängt der Ausgang des Revisionsverfahrens nicht von der noch ausstehenden Entscheidung über die Kündigungsschutzklage gegen L ab.

gez. Dr. König

Dr. Simons

Schilgen

Langhans

Dr. Hautmann.



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

