

Aktenzeichen: 5 AZR 225/84

Bundesarbeitsgericht 5. Senat Urteil vom 14. August 1985
- 5 AZR 225/84 -

I. Arbeitsgericht Urteile vom 29. April 1983 und
Köln vom 23. Juni 1983
- 14 Ca 1344/83 und
13 Ca 857/83 -

II. Landesarbeitsgericht Urteil vom 9. Februar 1984
Köln - 10 Sa 884/83 (10 Sa 1125/83) -

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

Entscheidungsstichwort:

Arbeitnehmerüberlassung oder Subunternehmervertrag

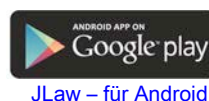
Gesetz: AÜG Art. 1 § 10; BGB §§ 133, 157, §§ 611, 631, § 613 a;
BDSG § 28; ZPO § 561

Leitsätze:

K e i n e



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



5 AZR 225/84

10 Sa 884/83 Köln
(10 Sa 1125/83 Köln)

Verkündet am
14. August 1985

Stöcker,

Amtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.



hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 14. August 1985 durch den Richter Dr. Gehring als Vorsitzenden, die Richterin Michels-Holl und den Richter Schneider sowie die ehrenamtlichen Richter Prof. Dr. Krems und Wengeler für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 9. Februar 1984 - 10 Sa 1125/83 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

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 darüber, ob zwischen ihnen ein gesetzlich begründetes Arbeitsverhältnis besteht.



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



Der 1951 geborene Kläger war in der Zeit vom 2. November 1981 bis zum 31. Dezember 1982 aufgrund eines Arbeitsvertrages mit der Firma U in Köln in der Gebühreneinzugszentrale (GEZ) der Beklagten tätig. Er war Mitglied des bei der Firma U bestehenden Betriebsrats. Die GEZ hatte die Firma U für die Zeit von Oktober 1981 bis Dezember 1982 beauftragt, im Rahmen der Adressenbereinigung und der Anschriftenprüfung für den Bestand ihrer Lastschriftenzahler die Adressenabgleichung und die Eingabe erforderlicher Korrekturen durchzuführen. Am 31. März/1. April 1982 trafen die GEZ und die Firma U eine als "Werkvertrag" bezeichnete Vereinbarung, in der die Bedingungen des Auftrags geregelt wurden. In dieser Vereinbarung heißt es:

"§ 1

1. Der Auftragnehmer führt für den Auftraggeber im Rahmen der Adressen-Bereinigung und der Anschriften-Prüfung für den derzeitigen Bestand der Unbarzahler bei der GEZ die Adressenabgleichung und die Eingabe erforderlicher Korrekturen durch.
2. Für diesen Zweck wird der Auftragnehmer für die in Frage kommenden Arbeiten eigene Mitarbeiter sowie firmeneigenes Material (z.B. Schreibmaschinen) beim Auftraggeber einsetzen.
3. Einsatzdauer und Einsatzzeit richten sich nach dem Terminplan, der zwischen dem Auftraggeber sowie den Kreditinstituten und sonstigen Stellen, die im Rahmen dieser Adressenbereinigung zusammenarbeiten, festgelegt wird.

Dieser Terminplan ist dem Auftragnehmer bekannt.

§ 2

1. Der Auftragnehmer sichert zu, daß die vorgesehenen Mitarbeiter über die erforderliche Qualifikation verfügen.
2. Der Auftragnehmer haftet für alle Schäden, die



-4-

durch sein Personal oder Gerät verursacht werden.

Das Bestehen einer ausreichenden Haftpflichtversicherung ist unmittelbar nach Inkrafttreten des Vertrages mitzuteilen.

§ 3

1. Die Abgeltung der erbrachten Leistungen erfolgt über Stundensätze.

Der Stundensatz beträgt

DM 32, 20

zuzüglich Mehrwertsteuer.

Gesetzliche Überstundenzuschläge bzw. Nachzuschläge werden nach Anfall gesondert vergütet.

Die Pausenzeiten werden nicht vergütet.

Falls erforderlich, wird der Auftragnehmer zur Abwicklung Schreibmaschinen einsetzen; in diesem Fall wird der vereinbarte Stundensatz, nach Abstimmung zwischen den Vertragspartnern, je nach Anzahl der eingesetzten Schreibmaschinen erhöht.

2. Abrechnungszeitraum ist die Kalenderwoche.

Die Arbeitszeiten werden täglich in einer vom Mitarbeiter des Auftragnehmers zu führenden Anwesenheitsliste und einem Tätigkeitsnachweis festgehalten.

Anwesenheitsliste und Tätigkeitsmerkmale werden von den Aufsichtspersonen des Auftragnehmers überprüft und unterschrieben.

3. Alle anfallenden Steuern, Abgaben oder Beiträge entrichtet der Auftragnehmer.

§ 4

1. Der Auftragnehmer verpflichtet sich, die nach diesem Vertrag übernommenen Arbeiten im Rahmen der Terminplanung, die zwischen den Vertragspartnern abgesprochen wird, zeitgerecht durchzuführen.

Für die Anzahl der einzusetzenden Mitarbeiter, die erforderlich sind, um den Terminplan einzuhalten, ist nur der Auftragnehmer verant-



wortlich.

2. Wird der abgesprochene Terminplan ohne Verschulden des Auftraggebers nicht eingehalten, sichert der Auftragnehmer zu, durch den Einsatz zusätzlicher qualifizierter Mitarbeiter den Zeitverlust auszugleichen.

Wird dieser Terminplan vom Auftragnehmer dennoch nicht eingehalten, ist er für jeden den Endtermin überschreitenden Arbeitstag zur Zahlung einer Konventionalstrafe in Höhe von DM 1.000,-- verpflichtet.

3. Die vom Auftragnehmer erbrachte Leistung ist von der Geschäftsführung der GEZ bzw. einem Beauftragten abzunehmen. Weist sie Mängel auf und wird sie deshalb von der Geschäftsführung der GEZ oder deren Beauftragten nicht akzeptiert, ist der Auftragnehmer nach Wahl des Auftraggebers zur Nachbesserung oder zur Verminderung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. Weitergehende Gewährleistungsansprüche bestehen nicht.

§ 5

1. Die vom Auftragnehmer einzusetzenden Mitarbeiter unterliegen ausschließlich den Weisungen des Auftragnehmers. Der Auftragnehmer übt das Weisungsrecht in der Form aus, daß er ständig eine Aufsichtsperson auf dem Gelände des Auftraggebers in einem eigenen Büroraum und zu festgesetzten Sprechzeiten zur Verfügung hält. Außerdem stellt er am Arbeitsplatz der von ihm zur Abwicklung der Tätigkeiten eingesetzten Mitarbeiter eine Fachaufsicht zur Verfügung, die für alle Weisungen hinsichtlich der zu erbringenden Arbeitsleistung gegenüber seinen Mitarbeitern befugt und verantwortlich ist.

Das Hausrecht des Auftraggebers bleibt davon unberührt.

2. Der Auftragnehmer bzw. seine Mitarbeiter verpflichten sich, über alle Vorgänge, Verfahrensregelungen und sonstige Einzelheiten personeller und sachlicher Art, über die während der Zusammenarbeit mit dem Auftraggeber Kenntnis erlangt wird, Stillschweigen - auch nach Fertigstellung der Arbeit - zu bewahren.
3. Der Auftragnehmer verpflichtet sich, bezüglich



-6-

der möglicherweise zur Anwendung gelangenden Bestimmungen über den Datenschutz (Bundesdatenschutzgesetz/Landesdatenschutzgesetz) allen gesetzlichen Auflagen und vom Auftraggeber aufgestellten Forderungen nachzukommen.

§ 6

Die Arbeiten werden räumlich getrennt und von den eigenen Mitarbeitern des Auftraggebers durchgeführt.

Dem Auftragnehmer werden vom Auftraggeber die entsprechenden Räumlichkeiten (60 qm) zu einem Mietpreis von DM 8,65 pro qm/ monatlich zur Verfügung gestellt. Der Mietpreis von DM 519,-- monatlich ist von dem Auftragnehmer bis zum 3. Werktag des Folgemonats auf das Konto bei der Deutschen Bank, Köln Zweigstelle Ehrenfeld, BLZ 370 700 60, zu überweisen.

§ 7

1. Dieser Vertrag tritt am 1. April 1982 in Kraft und endet am 31. Dezember 1982, ohne daß es einer Kündigung bedarf.

Die Vertragspartner werden sich bis zum 30. September 1982 darüber unterhalten, ob und zu welchen Bedingungen der Vertrag verlängert wird.

2. Der Auftraggeber kann diesen Vertrag aussetzen, wenn technische und/oder organisatorische Schwierigkeiten eine Weiterarbeit an dem betreffenden Projekt nicht sinnvoll erscheinen lassen.

....."

Die Firma U setzte für die ihr übertragenen Aufgaben außer dem Kläger mindestens 13 weitere Mitarbeiter ein, darunter als Aufsichtsperson den Mitarbeiter K . Alle Arbeiten wurden - bis auf eine firmeneigene Schreibmaschine und etwas Büromaterial - mit Materialien und Büroeinrichtungen der GEZ sowie unter ausschließlicher Nutzung von deren Rechenanlage und Datensichtgeräten ausgeführt.



Die von der Firma U gestellten Mitarbeiter hatten sich bei der Adressenbereinigung u.a. eines von der GEZ vorgedruckten Erfassungsbogens zu bedienen und entsprechende Hinweise zu beachten. Weiter wurden sie durch ein Merkblatt der GEZ zur Beachtung der wesentlichen Vorschriften des Datenschutzes ermahnt. Ihre Arbeitszeit entsprach den Vorgaben der GEZ und den gegebenen Möglichkeiten der Verbindung mit dem Rechenzentrum. Mehrere Versuche des Betriebsrats der Firma U , eine gleitende Arbeitszeit für die Mitarbeiter einzuführen, scheiterten an der Weigerung der GEZ. Die infolge von technischen Problemen notwendig werdenden Vor- und Nacharbeiten konnten nur in den für die Mitarbeiter der GEZ maßgeblichen Arbeitszeiten ausgeführt werden; entsprechendes galt für die Vor- und Nacharbeiten von arbeitsfreien Wochentagen, (z.B. Rosenmontag). Die Mitarbeiter der Firma U erhielten regelmäßig Essensmarken der GEZ zu 1,50 DM pro Tag. Im Hinblick auf Urlaub, Krankheit, Vertretung, Arbeitsunterbrechung und Pausen sowie Freizeitgewährung unterstanden sie den Weisungen der Firma U (bzw. deren Angestellten K als Aufsichtsperson). Anweisungen über Art oder Dringlichkeit der Arbeitsausführung sowie Mängelrügen aus dem Gesamtrechenzentrum der GEZ wurden ihnen in der Regel ebenfalls durch Herrn K übermittelt.

Die Firma U hatte weder sonstige Aufträge noch beschäftigte sie andere als die bei der GEZ eingesetzten Arbeitnehmer. Als der Auftrag der GEZ am 31. Dezember 1982 nicht verlängert wurde, gab sie ihre Geschäftstätigkeit auf. Die Arbeitsverhältnisse mit den davon betroffenen Mitarbeitern beendete sie durch



Kündigung bzw. - wie im Falle des Klägers - durch einen späteren Prozeßvergleich. Die Aufgabe der Adressenbereinigung und -überprüfung wird ab 1. Januar 1983 durch Arbeitnehmer der GEZ in verringertem Umfange weitergeführt. Hierfür hat die GEZ neben Herrn K drei bei der Firma U ausgeschiedene Mitarbeiter eingestellt.

Die Inhaberin der Firma U , Frau M F , ist zugleich als Inhaberin oder Geschäftsführerin der Firma "I " tätig, die mit behördlicher Erlaubnis Arbeitnehmerüberlassung betreibt.

Der Kläger macht geltend, zwischen ihm und den Beklagten bestehe ein gesetzlich fingiertes Arbeitsverhältnis nach Art. 1 § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG. Bei dem Vertragsverhältnis zwischen der Firma U und den Beklagten habe es sich um eine unzulässige Arbeitnehmerüberlassung gehandelt. Hilfsweise begehrt der Kläger die Feststellung, daß seit der Übernahme der Aufgaben durch die GEZ mit dieser aufgrund eines Betriebsübergangs gemäß § 613 a Abs. 1 BGB ein Arbeitsverhältnis zustandegekommen sei. Er hat dazu behauptet, alle Mitarbeiter der Firma U seien von den betrieblichen Gegebenheiten der GEZ, insbesondere von den dort feststehenden Arbeitszeiten und den vorhandenen Betriebseinrichtungen abhängig gewesen. Arbeitnehmer der GEZ hätten auch Weisungsbefugnisse gegenüber den Mitarbeitern der Firma U ausgeübt. Der aufsichtführende Mitarbeiter K habe ihnen nur ganz bestimmte arbeitsbezogene Anweisungen ohne eigenen Entscheidungsspielraum übermitteln können. Wiederholt seien einzelne



Beschäftigte der Firma U in dem Zentrum der GEZ eingesetzt worden. In einzelnen Fällen habe die GEZ den dortigen Einsatz eines bestimmten Mitarbeiters entweder abgelehnt oder ausdrücklich gefordert.

Der Kläger hat die Ansicht vertreten, der schriftliche Vertrag zwischen der Firma U und den Beklagten sei entgegen seinem Wortlaut nicht als Werkvertrag, sondern allenfalls als Dienstvertrag zu werten und habe lediglich der Umgehung der Vorschriften des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes gedient. Auch die Haftungsvereinbarung sei lediglich zum Schein erfolgt. Aus der praktischen Durchführung der Arbeitsverhältnisse und den tatsächlichen Gegebenheiten folge, daß zwischen der Firma U und den Beklagten ein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag bestanden habe.

Zumindest aber liege eine Betriebsübernahme gemäß § 613 a Abs. 1 BGB vor, da die Beklagten den Betrieb der Firma U - mit Ausnahme des ausgelagerten Prüfplatzes - in denselben Räumlichkeiten, mit denselben Betriebsmitteln und wegen der Übernahme des als Aufsichtsperson eingesetzten Herrn K in unveränderter Art und Weise fortsetzten. Mit der Übernahme des "know how" hätten die Beklagten den Betrieb durch Rechtsgeschäft übernommen. Im Falle des Herrn K seien auch die bei der Firma U verbrachten Vordienstzeiten angerechnet worden.

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, daß zwischen den Parteien



seit dem 2. November 1981 ein Arbeitsverhältnis besteht,

2. die Beklagten zur Weiterbeschäftigung des Klägers über den 1. Januar 1983 hinaus zu verurteilen;

hilfsweise,

3. festzustellen, daß zwischen den Parteien seit dem 1. Januar 1983 ein Arbeitsverhältnis besteht.

Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen. Sie haben vorgetragen, bei der Aufgabe, die der Firma U übertragen worden sei, habe es sich um eine erste und in diesem Umfang einmalige Bereinigung des gesamten Adressenbestandes gehandelt. Nachträglich habe sich herausgestellt, daß es damit nicht sein Bewenden haben könne. Nunmehr würden die Arbeiten auf Dauer und in eigener Regie fortgesetzt. Da die Firma U zur Herbeiführung eines bestimmten vereinbarten Erfolges verpflichtet gewesen sei, stelle das Rechtsverhältnis mit ihr einen Werkvertrag dar. Die Beklagten haben behauptet, die den Mitarbeitern der Firma U erteilten Arbeitsanweisungen seien allein von den Führungskräften dieser Firma ausgegangen. Eine Betriebsübernahme komme schon deshalb nicht in Betracht, weil keinerlei Betriebsmittel übernommen worden seien und die übernommenen Mitarbeiter nunmehr anders als bisher in den Betriebsablauf der GEZ eingeordnet seien. Die Anrechnung von Vordienstzeiten beruhe allein auf den dafür einschlägigen Vorschriften des Manteltarifvertrages für den Westdeutschen Rundfunk, der auch von der GEZ angewandt werde.

Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben die Klage ab-



gewiesen. Dagegen richtet sich die Revision, mit der der Kläger sein Klageziel weiterverfolgt. Die Beklagten beantragen, 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 nicht begründet. Das Berufungsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen.

I. Das Berufungsgericht ist bei der Beurteilung der Frage, ob zwischen den Parteien ein gesetzlich fingiertes Arbeitsverhältnis nach Art. 1 § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG zustande gekommen ist, von den Grundsätzen ausgegangen, die das Bundesarbeitsgericht dazu entwickelt hat.

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

Arbeitnehmerüberlassung im Sinne dieser Bestimmung 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 auswählt und dem Entleiher zur Arbeitsleistung zur Verfügung gestellt hat. Er haftet nur für Verschulden bei der Auswahl der verliehenen Arbeitnehmer.

Von dieser Arbeitnehmerüberlassung ist die Tätigkeit eines Unternehmers aufgrund eines Werk- oder Dienstvertrages zu unterscheiden. Hier organisiert der Unternehmer 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 Werkes gegenüber dem Drittunternehmer verantwortlich. Die zur Ausführung des Dienst- oder Werkvertrages eingesetzten Arbeitnehmer unterliegen weiterhin der Weisung des Unternehmers und sind dessen Erfüllungsgehilfen. Solche Dienst- oder Werkverträge werden vom Arbeitnehmerüberlassungsgesetz nicht erfaßt (vgl. BAG 29, 7, 11, 13 = AP Nr. 9 zu § 103 BetrVG, zu II 2 a, 3 der Gründe; BAG 31, 135, 141 ff. = AP Nr. 2 zu § 1 AÜG, zu II 1c der Gründe; BAG 43, 102, 105 = AP Nr. 5 zu § 10 AÜG, zu I 1 a der Gründe; vgl. ferner Becker/Wulfgramm, AÜG, 2. Aufl., Einl. Rz 30, Art. 1 § 1 Rz 35; Sandmann/Marschall, AÜG, Art. 1 § 1 Anm. 10).

Für die Frage, ob Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, ist somit nicht entscheidend, ob die zwischen den beiden Unternehmen abgeschlossenen Verträge als Werkverträge, Dienstverträge oder als Verträge anzusehen sind, die Elemente beider Vertragstypen enthalten. Ob Arbeitnehmer im Rahmen eines Werk- oder Dienstver-



trages als Erfüllungsgehilfen des Unternehmers eingesetzt werden, oder ob es sich um eine Arbeitnehmerüberlassung handelt, entscheidet sich vielmehr nach dem genauen Geschäftsinhalt der zwischen den beteiligten Unternehmen vereinbarten Verträge. Der Geschäftsinhalt kann sich sowohl aus den schriftlichen Vereinbarungen 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 43, 102, 105 = AP Nr. 5 zu § 10 AÜG, zu I 1 b der Gründe).

2. Unter Anwendung dieser Grundsätze hat das Berufungsgericht angenommen, zwischen den Parteien bestehe kein Arbeitsverhältnis nach Art. 1 § 10 Abs. 1 AÜG, weil die Firma U den Kläger den Beklagten nicht als Arbeitnehmer überlassen, sondern ihn im Rahmen eines zwischen ihr und den Beklagten abgeschlossenen Subunternehmervertrages als ihren Erfüllungsgehilfen eingesetzt habe. Die Angriffe der Revision gegen die materiell-rechtliche Würdigung des vom Berufungsgericht zugrunde gelegten und - mangels entsprechender verfahrensrechtlicher Rügen - für den Senat verbindlichen Sachverhalts (§ 561 Abs. 2 ZPO) greifen nicht durch. Dem Berufungsgericht ist bei der Auslegung der Vertragsgestaltungen zwischen den Parteien und der Firma U kein Verstoß gegen Auslegungsgrundsätze (§§ 133, 157 BGB) oder eine unvollständige Würdigung der entscheidungserheblichen Umstände vorzuwerfen.

a) Das Berufungsgericht ist rechtsfehlerfrei davon ausgegangen,



daß der zwischen der Firma U und den Beklagten geschlossene Vertrag vor allem auf die Erbringung einer zeitlich befristeten und gegenständlich begrenzten Dienstleistung (Adressenüberprüfung und -bereinigung des im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorhandenen Bestandes der Unbarzahler der GEZ) ausgerichtet war und daher überwiegend als Dienstvertrag zu verstehen ist. Trotz der anderslautenden Bezeichnung war der Gegenstand des Vertrages weder die Herstellung oder Veränderung einer Sache noch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg (§ 631 Abs. 2 BGB). Dies zeigt sich schon darin, daß die von den Beklagten zu zahlende Vergütung nicht an einem "Erfolg" ausgerichtet war, sondern allein nach dem Umfang der Dienstleistungen der eingesetzten Arbeitnehmer berechnet wurde.

Zutreffend hat das angefochtene Urteil weiter darauf abgestellt, daß es für die Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung nicht darauf ankommt, ob der Vertrag zwischen den Unternehmern als Werk- oder Dienstvertrag anzusehen ist. Vielmehr ist, wie ausgeführt, maßgebend, ob der Arbeitnehmer nach der tatsächlichen Durchführung des Vertrages zur Erfüllung der nach dem Werk- oder Dienstvertrag geschuldeten Leistung tätig geworden oder aber dem Dritten zur Dienstleistung nach diesen Weisungen überlassen worden ist. Auf den Einwand der Revision, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, daß ein Werkvertrag über die von der Firma U zu erbringende Leistung nicht möglich gewesen sei, kommt es daher nicht an. Insbesondere lassen sich aus der fehlerhaften Bezeichnung eines Vertragsverhältnisses noch keine Schlüsse daraus ziehen, daß die Vertragspartner einen Arbeitnehmerüberlas-



sungsvertrag durch eine anderslautende Wortwahl verschleiern wollten.

b) In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hat das Berufungsgericht vor allem darauf abgestellt, daß der Kläger und die übrigen Mitarbeiter der Firma U bei der Ausführung ihrer Tätigkeiten nicht den Weisungen der Beklagten unterworfen und auch im übrigen nicht in den Dienstbetrieb der GEZ eingegliedert waren. Die Feststellung des Berufungsgerichts, die praktische Durchführung sei mit den Abreden im Vertrag vom 31. März/1. April 1982 weitgehend identisch gewesen, ist für den Senat bindend, da insoweit Verfahrensrügen nach § 554 Abs. 3 Nr. 3 b ZPO nicht erhoben worden sind.

aa) Nach § 5 der Vereinbarung vom 31. März/1. April 1982 sollten alle Mitarbeiter ausschließlich den Weisungen der Leitung der Firma U bzw. der von ihr auf dem Gelände der GEZ eingesetzten Aufsichtsperson unterstehen. Für Arbeitsanweisungen hinsichtlich der zu erbringenden Arbeitsleistung war auch ein als Fachaufsicht eingesetzter Mitarbeiter der Firma U zuständig.

Dementsprechend wurde das Weisungsrecht in allen entscheidenden Personalfragen von der Firma U und nicht von den Beklagten ausgeübt. So hatte die Firma U über die Anzahl der einzusetzenden Mitarbeiter zu entscheiden (§ 4 Ziffer 1 des Vertrages); sie regelte die Freistellungen und die Gestaltung der Arbeitszeit, entschied über Urlaubsfragen und kontrollierte schließlich allein die Anwesenheit und die Tätigkeit der einge-



setzten Mitarbeiter. Darüber hinaus hatte der Mitarbeiter K das Direktionsrecht in konkreten Sachfragen wahrzunehmen. Er wurde auch dann eingeschaltet, wenn von seiten der Beklagten Fehler beanstandet wurden oder wenn auf technische Probleme aufmerksam gemacht wurde. Dabei kann auch davon ausgegangen werden, daß die Firma U mit dem Mitarbeiter K eine erfahrene und sachkundige Aufsichtsperson eingesetzt hatte. Dies wird allein schon daraus deutlich, daß die Beklagten nach Fortsetzung der zunächst der Firma U übertragenen Aufgaben diesen Mitarbeiter übernommen und ihn mit den gleichen Aufgaben erneut betraut haben.

Schließlich wurden der Kläger und die übrigen Mitarbeiter der Firma U zu keinen anderen als den im Dienstvertrag festgelegten Aufgaben herangezogen. Den Beklagten war danach nicht das Recht eingeräumt, über die Arbeitskraft des Klägers nach eigenen Vorstellungen zu verfügen oder den Inhalt der geschuldeten Arbeitsleistung im einzelnen zu bestimmen.

bb) Eine Eingliederung des Klägers in den Betrieb der Beklagten läßt sich auch nicht daraus herleiten, daß die Dienstleistungen ausschließlich in den Räumlichkeiten und unter Verwendung der Büroeinrichtungen sowie der EDV-Geräte der Beklagten verrichtet wurden. Nach der Vereinbarung zwischen der Firma U und den Beklagten konnte die Überprüfung und die Korrektur des in einem EDV-System gespeicherten Adressenmaterials nur in den Betriebsräumen der Beklagten stattfinden, wo die Rechenanlage und die daran angeschlossenen Datensichtgeräte vorhanden waren. Die



technischen Gegebenheiten, insbesondere der Betrieb der Rechanlage, waren es auch, die die Firma U und mit ihr die Mitarbeiter veranlaßten, sich nach den bei der Beklagten üblichen Arbeitszeiten zu richten. Die Tätigkeit unter diesen Bedingungen trug daher nur den Besonderheiten des Auftrags Rechnung und war wirtschaftlich sinnvoll. Darüber hinaus wurden die Arbeiten räumlich getrennt von Mitarbeitern der Beklagten in den von den Beklagten angemieteten Räumlichkeiten ausgeführt (vgl. § 6 des Vertrages). Unter diesen Umständen kann auch der Durchführung der Arbeiten im Betrieb der Beklagten keine Indizwirkung für die Eingliederung des Klägers als Arbeitnehmer entnommen werden.

c) Im übrigen hat der Kläger keine Umstände vorgetragen, aus denen sich Anhaltspunkte für ein in Wirklichkeit bestehendes Arbeitübernehmerüberlassungsverhältnis zwischen der Firma U und den Beklagten ergeben könnten. Auch die Vergütung der Firma U nach Zeiteinheiten spricht nicht entscheidend gegen einen Dienstvertrag. Die Vergütung des entsendenden Arbeitgebers auf der Grundlage von tatsächlich erbrachten Zeiteinheiten kann zwar einen Hinweis darauf bilden, daß die Parteien des Vertrages in Wirklichkeit einen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag vereinbart haben (BAG 29, 7, 12 = AP Nr. 9 zu § 103 BetrVG 1972, zu II 2 a der Gründe; Becker/Wulfgramm, AÜG, 2. Aufl., Art. 1 § 1 Rz 39 m.w.N.). Zugleich aber ist es auch für einen Dienstvertrag nicht ausgeschlossen oder unüblich, daß die zu erbringende Dienstleistung auf der Basis der dafür vorgesehenen notwendigen Arbeitszeit des Erfüllungsgehilfen vergütet wird. Entsprechende Vertragsklauseln sind etwa in Beratungsverträgen mit Unternehmen



regelmäßig enthalten. Darüber hinaus kann es für die Vertragsparteien sinnvoll und zweckmäßig sein, Zeiteinheiten als Bemessungsgrundlage für ein Honorar heranzuziehen, wenn - wie vorliegend für die der Firma U übertragene Korrektur der Daten - der Umfang der zu erbringenden Leistungen von verschiedenen Unwägbarkeiten abhängig und daher nur schwer abzuschätzen ist.

Schließlich werden auch aus den von der Revision angeführten datenschutzrechtlichen Bestimmungen keine Hinweise für ein Arbeitnehmerüberlassungsverhältnis ersichtlich. Die Revision weist zwar zu Recht darauf hin, daß die Mitarbeiter der Firma U von den Beklagten mit der Verarbeitung von Daten betraut wurden und daher die sich aus dem Bundesdatenschutzgesetz ergebenden Verpflichtungen, insbesondere hinsichtlich der Bestellung eines Datenschutzbeauftragten (§ 28 BDSG), zu beachten waren. Die mögliche Mißachtung dieser datenrechtlichen Bestimmungen durch die Beklagten oder die Firma U erlauben aber noch keine Aussage über den Charakter des zwischen ihnen vereinbarten Vertrages.

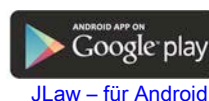
II. Das Berufungsgericht hat weiter zu Recht den Hilfsantrag des Klägers auf Feststellung eines seit dem 1. Januar 1983 bestehenden Arbeitsverhältnisses zurückgewiesen. Bereits nach dem Vortrag des Klägers sind die Tatbestandsvoraussetzungen des § 613 a BGB nicht erfüllt.

1. Nach § 613 a Abs. 1 BGB tritt der Erwerber nur dann in die Rechte und Pflichten der im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnisse ein, wenn er einen "Betrieb oder Betriebs-



teil" erworben hat. Einen Betrieb machen die sächlichen und immateriellen Betriebsmittel aus, wenn der neue Inhaber mit ihnen und mit Hilfe der Arbeitnehmer bestimmte arbeitstechnische Zwecke verfolgen kann. Dabei ist nicht erforderlich, daß alle Wirtschaftsgüter, die bisher zu einem Betrieb gehört haben, auf den neuen Betriebsinhaber übergehen. Unwesentliche Bestandteile des Betriebsvermögens bleiben außer Betracht. Besteht das Betriebsvermögen vorwiegend aus Rechtsbeziehungen zu Dritten, wie dies bei Dienstleistungsbetrieben regelmäßig der Fall ist, kann ein Betriebsübergang vorliegen, wenn der Erwerber in diese Rechtsbeziehungen eintritt (BAG 27, 291, 296 = AP Nr. 2 zu § 613 a BGB, zu 1 a der Gründe). Zum Betrieb gehören hingegen nicht auch die Arbeitnehmer. Der Übergang der Arbeitsverhältnisse ist Rechtsfolge, nicht Tatbestandsvoraussetzung des Betriebsübergangs (ständige Rechtsprechung, vgl. BAG 35, 104, 106 = AP Nr. 24 zu § 613 a BGB, zu 1 der Gründe).

2. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts und dem unstreitigen Vortrag der Parteien haben die Beklagten - mit Ausnahme geringfügigen Materials der Firma U - weder sächliche Betriebsmittel übernommen noch sind sie in Vertragsbeziehungen zwischen der Firma U und Dritten eingetreten. Auch die Weiterführung der Tätigkeit in den von der Firma U angemieteten Räumen ist kein Indiz für einen Betriebsübergang, da es sich insoweit um die von den Beklagten angemieteten Räume handelt, die nach Ablauf des Mietverhältnisses wieder von ihnen in Besitz genommen wurden.



3. Ein Betriebsübergang von der Firma U auf die Beklagten liegt aber auch nicht deshalb vor, weil die Beklagten die der Firma U übertragenen Aufgaben mit vier ehemaligen Mitarbeitern dieser Firma in eigener Verantwortung weiterführen. Bei der fachlich geschulten und erfahrenen Belegschaft eines Betriebes bzw. eines Teils hiervon handelt es sich nicht um einen durch Rechtsgeschäft übertragbaren Betriebsteil i.S. von § 613 a Abs. 1 BGB. Der Übergang der Arbeitsverhältnisse ist, wie ausgeführt, Rechtsfolge, nicht Tatbestandsvoraussetzung eines Betriebsübergangs. Es kann daher aus der Übernahme von Arbeitsverhältnissen nicht auf einen Betriebsübergang zurückgeschlossen werden. Die Beklagten haben daher nach der Einstellung der Betriebstätigkeit der Firma U keinen fremden Betrieb übernommen, sondern lediglich mit einem Teil der ehemaligen Arbeitnehmer der Firma U neue Arbeitsverhältnisse begründet.

4. Liegt somit kein Betriebsübergang von der Firma U auf die Beklagten vor, so kommt es auf die Erwägungen der Revision über den Begriff des Rechtsgeschäfts i.S. des § 613 a Abs. 1 BGB nicht mehr an.

Dr. Gehring Michels-Holl Schneider
Prof. Dr. Krems Wengeler



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

