

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

Gesetz: BGB § 611 Abhängigkeit, § 611 Mittelbares Arbeitsverhältnis, § 315 Billigkeitskontrolle; Arbeitnehmerüberlassungsgesetz Art. 1 §§ 1, 3, 9, 10, Art. 6 § 3

- Leitsätze:
1. Der starke wirtschaftliche und künstlerische Einfluß, den ein Sender auf eine überwiegend für ihn tätige Orchestergesellschaft ausübt, kann nicht bewirken, daß der Sender Arbeitgeber der Orchestermittglieder wird, die in einem Arbeitsverhältnis zu der Orchestergesellschaft stehen. Inwieweit in einem solchen Fall Ansprüche der Musiker gegen den Sender bestehen, falls dieser durch seine Maßnahmen ihren Arbeitsplatz und Verdienst gefährdet, bleibt offen.
 2. Weigert sich der Sender, die Musiker selbst einzustellen, sondern schaltet er eine Orchestergesellschaft ein, die ihrerseits Arbeitsverträge mit den Musikern abschließt, so ist diese Vertragsgestaltung nicht schon deshalb zu mißbilligen, weil die Musiker nicht in den Genuß der Vergünstigungen eines nur für den Sender abgeschlossenen Manteltarifvertrages kommen.

Aktenzeichen: 5 AZR 337/74

Urteil des BAG vom 26. November 1975 LAG Berlin



5 AZR 337/74

4 Sa 11/73 Berlin

Verkündet am
26. November 1975

gez. Schartel,
Angestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 3. Oktober 1975 durch die Vorsitzende Richterin Professorin Dr. Hilger, die Richter Siara und Dr. Heither sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Toeche-Mittler und Nitsche für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 21. Mai 1974 - 4 Sa 11/73 - wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

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

Tatbestand:

Der Kläger ist Berufsmusiker (Bassist). Seit dem 1. Dezember 1960 gehört er dem "SFB-Tanzorchester" an. Mit der vorliegenden Klage begehrt er die Feststellung, daß er in einem ungekündigtem Arbeitsverhältnis zum Beklagten, nicht zur Nebenintervenientin, stehe.

Das "SFB-Tanzorchester" wurde im Jahre 1955 vom Beklagten gegründet. Zunächst bestanden unmittelbare vertragliche Beziehungen in Form von "Honorarverträgen für freie Mitarbeiter" zwischen den einzelnen Musikern und dem Beklagten. Im Jahre 1957 übernahm ein Musiker F , bis dahin Vertrauensmann der Orchestermusiker, das Orchester als selbständiger Unternehmer. Er gründete eine Einzelfirma und schloß mit seinen ehemaligen Kollegen Arbeitsverträge ab. Auch diejenigen Musiker, die, wie der Kläger, nach der Übernahme in das Orchester eintraten, schlossen ihre Arbeitsverträge mit Herrn F persönlich ab. An die Stelle dieser Einzelfirma trat im Jahre 1968 die "Berliner Tanz- und Unterhaltungsorchester KG, F F GmbH & Co.", die Nebenintervenientin. Herr F ist Geschäftsführer der GmbH, der persönlich haftenden Gesellschafterin dieser

- 3 -



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



- 3 -

Kommanditgesellschaft. Die zuvor mit Herrn F ab-
geschlossenen Verträge wurden auf die Kommanditgesellschaft
umgestellt.

Der zwischen dem Kläger und der Nebenintervenientin
am 16. Januar 1970 abgeschlossene schriftliche Arbeits-
vertrag sieht eine monatliche Bruttovergütung von 1.800,--
DM vor. Dafür muß der Kläger nach § 3 dieses Vertrages
für folgende Leistungen in einem Jahr zur Verfügung ste-
hen: 15 Fernseh- und 10 Hörfunkveranstaltungen, 240 Pro-
duktionstitel und 5 Rundfunkproduktionen in Kombination
mit einem anderen Orchester, jeweils mit den dazu erforder-
lichen Proben, sowie für weitere Veranstaltungen oder
Bälle, wobei jedoch von der 11. Veranstaltung ab eine
zusätzliche Vergütung gezahlt werden muß. Das "SFB-Tanz-
orchester" wird überwiegend für den Beklagten tätig. Grund-
lage dieser Tätigkeit sind die seit dem Jahre 1958 mit
F F , seit 1968 mit der Orchester KG, jeweils für
ein Jahr abgeschlossenen "Produktionsverträge". Darin
heißt es unter anderem:

"§ 1

Der Vertragspartner verpflichtet sich als
selbständiger Unternehmer durch diesen
Werkvertrag, mit dem bei ihm beschäftig-
ten Orchester von siebzehn Musikern für
den Sender Freies Berlin aufgrund von
Einzelaufträgen Tanzmusikaufnahmen für
den Hörrundfunk und das Fernsehen her-
zustellen und bei Veranstaltungen des
SFB mitzuwirken. Der SFB ist berechtigt,
den Dirigenten zu benennen.

§ 2

- (1) Der Vertragspartner ist berechtigt,
die Tanzmusikaufnahmen für den SFB
unter der Bezeichnung 'SFB-Tanzor-
chester' herzustellen und bei Veran-
staltungen des SFB als 'SFB Tanzor-
chester' aufzutreten. Das Bezeich-
nungsrecht 'SFB-Tanzochester' steht
dem SFB zu und kann jederzeit wider-
rufen werden.



- 4 -

- (2) Die Berechtigung des Vertragspartners, die Bezeichnung 'SFB-Tanzorchester' zu verwenden, berührt nicht den Werkvertrag. Die Orchestermitglieder bleiben Angestellte des Vertragspartners. Die Benutzung des Bezeichnungsrechts 'SFB-Tanzorchester' außerhalb des SFB bedarf einer ausdrücklichen Zustimmung des SFB.

§ 3

- (1) Dem SFB (Hauptabteilung Unterhaltung) steht für die Produktion eines Tanzorchesters ein Betrag von maximal DM ... einschließlich Mehrwertsteuer jährlich zur Verfügung. Für diesen Betrag sind folgende Leistungen auf Anforderung der Hauptabteilung Unterhaltung zu erbringen:

- a) 240 Tanzmusiktitel für die Archivierung und Sendung;
- b) Einsatz des Tanzorchesters in bis zu 8 Fernsehsendungen der Hauptabteilung Unterhaltung im Jahre 1970;
- c) Einsatz des Tanzorchesters in bis zu fünf öffentlichen Veranstaltungen der Hauptabteilung Unterhaltung im Jahre 1970, gleichgültig ob im Hause des Rundfunks oder an einem anderen vom SFB zu bestimmenden Ort.

Grundsätzlich wird entsprechend dem Leistungsumfang am jeweiligen Monatsende bis zu einem Zwölftel des Jahresbetrages in DM einschließlich Mehrwertsteuer ausgezahlt

....

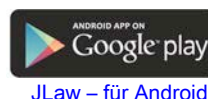
§ 4

Der SFB sorgt dafür, daß für Proben, Aufnahmen und Veranstaltungen die erforderlichen räumlichen, technischen und personellen Voraussetzungen vorliegen. Die Termine für Produktionen und Proben werden vier Wochen im voraus festgesetzt.

..



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



- 5 -

Außer für den Beklagten spielte das Orchester in einem zwischen den Parteien streitigen Umfang auch für dritte Auftraggeber.

Die Nebenintervenientin kündigte das Arbeitsverhältnis des Klägers zunächst fristlos am 27. Oktober 1970 und später am 8. Juni 1971 fristgerecht zum 31. Dezember 1971. Durch Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 7. Oktober 1971 - 5 Sa 55/71 - steht fest, daß das Arbeitsverhältnis durch die außerordentliche Kündigung vom 27. Oktober 1970 nicht aufgelöst ist. Dagegen ist das Kündigungsschutzverfahren, das der Kläger gegen die Kündigung vom 8. Juni 1971 gegen die Nebenintervenientin eingeleitet hat, bis zum rechtskräftigen Abschluß dieses Verfahrens ausgesetzt (Beschuß des Arbeitsgerichts Berlin vom 17. März 1972 im Verfahren 37 Ca 263/71).

Der Kläger hat behauptet, die Nebenintervenientin sei wirtschaftlich völlig vom Beklagten und dessen Zahlungen abhängig. Der Umfang der in seinem Arbeitsvertrag vorgesehenen Leistungen sei auf den Inhalt der Produktionsverträge abgestellt. Der Beklagte bestimme Ort und Zeit seiner Tätigkeit für das Orchester, indem er Dienst- und Urlaubspläne aufstelle und die Zeiten für Proben und Aufnahmen und die sonstigen Veranstaltungen festsetze. Schließlich organisiere der Beklagte auch die Tourneen und Gastspielreisen des Orchesters und führe die dafür erforderlichen Vertragsverhandlungen. Er schreibe der Nebenintervenientin die personelle Zusammensetzung des Orchesters namentlich vor. Der Beklagte entscheide allein über die Einstellung neuer Musiker; auch Kündigungen erfolgten ausschließlich auf Anweisung des Beklagten. Alleiniger künstlerischer Leiter des Orchesters sei der vom Beklagten gestellte Dirigent. Dessen Anordnungen seien für die Musiker verbindlich. Die Nebenintervenientin sei mit dem Orchester nur durch die Tatsache

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



- 6 -

verbunden, daß sie den Musikern das Geld auszahle, das sie ihrerseits vom Beklagten erhalte. Der Kläger meint, mit dieser formalen Beschäftigung über die Nebenintervenientin verfolge der Beklagte den Zweck, das ihm obliegende Arbeitgeberrisiko auszuschalten und den für seine Mitarbeiter geltenden Haustarifvertrag mit wesentlich günstigeren Bedingungen nicht anwenden zu müssen. Das stelle eine mißbräuchliche Ausübung der rechtlichen Gestaltungsfreiheit dar.

Der Kläger hat beantragt,

festzustellen, daß zwischen ihm und dem Beklagten seit dem 1. Dezember 1960 ein ungekündigtes Arbeitsverhältnis besteht.

Der Beklagte und die Nebenintervenientin haben beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Beklagte hat bestritten, Einfluß auf die Unternehmensführung der Nebenintervenientin zu nehmen. Die Nebenintervenientin trage das volle wirtschaftliche Risiko. Es bleibe ihr überlassen, wie sie die Arbeitsverträge ausgestalte und den Dienst einteile. Seine Einflußnahme beschränke sich auf die künstlerische Leistung des Orchesters, das seinen Namen trage. Die vorliegende rechtliche Gestaltung sei gewählt worden, weil der Beklagte als eine der kleinsten bestehenden Rundfunkanstalten ein eigenes Orchester nicht halten könne.

Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Antrag weiter, während der Beklagte und die Nebenintervenientin um Zurückweisung der Revision bitten.

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

- 7 -



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



- 7 -

Entscheidungsgründe:

Zwischen den Parteien besteht kein Arbeitsverhältnis. Beide Parteien haben ein solches Arbeitsverhältnis nach ihren schriftlichen Erklärungen nicht gewollt. Auch aus der praktischen Durchführung des Vertragswerkes läßt sich nicht entnehmen, daß der Beklagte in die Arbeitgeberstellung eingerückt ist. Die vertragliche Gestaltungsfreiheit ist durch Einschaltung der Nebenintervenientin auch nicht mißbraucht.

I. Die Klage ist zulässig. Der Kläger hat ein berechtigtes Interesse an der Feststellung, daß zwischen ihm und dem Beklagten ein Arbeitsverhältnis besteht (§ 256 ZPO). Dem steht nicht entgegen, daß die Nebenintervenientin eine Kündigung ausgesprochen hat, die Gegenstand des vom Kläger vor diesem Rechtsstreit eingeleiteten Kündigungsschutzverfahrens ist, und daß in Betracht zu ziehen ist, diese Kündigung könnte auch ein etwa mit dem Beklagten zustande gekommenes Arbeitsverhältnis beendet haben. Auch wenn man das letztere unterstellt, hätte der Kläger dennoch bereits jetzt ein rechtliches Interesse an der Feststellung, er habe wenigstens bis zum Wirksamwerden der Kündigung in einem Arbeitsverhältnis zum Beklagten gestanden. In diesem Fall stünden ihm gegenüber dem Beklagten alle Rechte eines Arbeitnehmers zu, mithin auch die Rechte aus dem zwischen seiner Gewerkschaft und dem Beklagten abgeschlossenen Haustarifvertrag vom 1. April 1963. Dieser Tarifvertrag sieht vor, daß das Arbeitsverhältnis nach einer Betriebszugehörigkeit von zehn Jahren vom Arbeitgeber nur gekündigt werden kann, wenn der Arbeitnehmer zuvor eine ihm angebotene zumutbare Vertragsänderung abgelehnt hatte. Dieser erweiterte tarifliche Kündigungsschutz könnte für das Kündigungsschutzverfahren erheblich sein. Das reicht aus, um bereits vor dem Ab-

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



- 8 -

- 8 -

schluß des Kündigungsschutzverfahrens ein rechtliches Interesse des Klägers an der begehrten Feststellung zu begründen, so daß nicht mehr geprüft zu werden braucht, ob weitere Rechte des Klägers in Betracht kommen.

II. Zwischen den Parteien ist kein Arbeitsverhältnis zustandegekommen.

1. Auszugehen ist von den ausdrücklichen Erklärungen der Parteien. Der Kläger hat einen Arbeitsvertrag mit der Nebenintervenientin abgeschlossen. Er hat sich ihr gegenüber zur Dienstleistung verpflichtet. Die Nebenintervenientin konnte im Rahmen der getroffenen Vereinbarungen über die Arbeitskraft des Klägers verfügen. Der Kläger war insoweit persönlich abhängig. Die Nebenintervenientin ist auch zur Zahlung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. Der schriftliche Vertrag vom 16. Januar 1970 weist somit alle Merkmale eines Arbeitsvertrages auf.

2.a) Das Berufungsgericht hat in tatsächlicher Hinsicht festgestellt, daß der Kläger und die Nebenintervenientin bei der praktischen Durchführung dieses Vertrages entsprechend ihren Vereinbarungen verfahren sind. Es hat dies insbesondere daraus geschlossen, daß einerseits nicht der Beklagte sondern die Nebenintervenientin die Kündigung ausgesprochen hat, und daß andererseits der Kläger auch nur der Nebenintervenientin gegenüber die Kündigung angegriffen hat. Gerade hieraus hat das Berufungsgericht gefolgert, die Parteien hätten eine unmittelbare arbeitsvertragliche Beziehung untereinander nicht nur gewollt, sie hätten diese Rechtsbeziehung auch betätigt. Darin liegt eine tatsächliche Feststellung durch das Landesarbeitsgericht, die von der Revision nicht angegriffen worden ist. Der Senat ist deshalb daran gebunden.

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

- 9 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 9 -

b) Die rechtliche Würdigung des Berufungsgerichts ist in diesem Punkt aber auch dann zutreffend, wenn man das gesamte streitig gebliebene Vorbringen des Klägers berücksichtigt. Der Kläger hat zunächst eine starke wirtschaftliche Abhängigkeit der Nebenintervenientin vom Beklagten behauptet. Das mag richtig sein, da das Orchester der Nebenintervenientin überwiegend für den Beklagten tätig wurde und vermutlich auf die Einnahmen aus dieser Tätigkeit angewiesen war. Wirtschaftliche Abhängigkeit begründet zwar Einflußmöglichkeiten. So lange der Sender aber aus seiner Position heraus nur auf die Nebenintervenientin einwirkte, ist dies für die arbeitsrechtlichen Beziehungen zwischen der Nebenintervenientin und dem Kläger noch ohne Bedeutung. Das gleiche gilt für die unbestrittene künstlerische Einflußnahme. Sie schließt die Einwirkung auf die Nebenintervenientin ein, bestimmte Musiker einzustellen oder zu entlassen, wenn dies aus künstlerischen Gründen erforderlich ist.

Dieser starke wirtschaftliche und künstlerische Einfluß des Beklagten auf die Nebenintervenientin kann aber entgegen der Meinung der Revision nicht bewirken, daß der Beklagte anstelle der Nebenintervenientin der Arbeitgeber des Klägers wurde. Solche Abhängigkeiten sind bekannte Erscheinungen des Wirtschafts- und Arbeitslebens. Inwieweit sich daraus Ansprüche eines Arbeitnehmers gegen einen Dritten ergeben können, der durch seine Maßnahmen Arbeitsplatz und Verdienst gefährdet, kann hier dahingestellt bleiben. Auch wenn zum Schutz der Arbeitnehmer ein solcher Durchgriffsanspruch anzuerkennen ist, ändert dies nichts daran, daß ein Arbeitsverhältnis nur zwischen den Parteien des Arbeitsvertrages, hier also mit der Nebenintervenientin, besteht. Der Kläger muß deshalb auch einräumen, daß alle Einwirkungen des Beklagten auf die Nebenintervenientin seine Rechtsstellung nicht

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



- 10 -

- 10 -

unmittelbar berührt haben. Auch nach seinem Vortrag hat sich der Beklagte immer an die Nebenintervenientin gewandt, wenn er bestimmte personelle Maßnahmen erreichen wollte. Das Berufungsgericht hat dies im Hinblick auf die vom Kläger vorgetragenen Beispiele näher erläutert. Wirtschaftliche Abhängigkeit und künstlerische Einflußnahme auf das Orchester reichen somit nicht aus, um aus der praktischen Durchführung der Vertragsbeziehungen auf ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien schließen zu können.

Gegen eine solche Annahme spricht weiter der unterschiedliche Umfang der Leistungspflichten in dem Arbeitsvertrag des Klägers einerseits und in dem Produktionsvertrag der Nebenintervenientin mit dem Beklagten andererseits. Der Kläger muß danach für die Nebenintervenientin in einem größeren Umfang tätig werden. Dadurch wird es der Nebenintervenientin möglich, auch Aufträge Dritter entgegenzunehmen.

III. Das Berufungsgericht hat die zwischen den Parteien und der Nebenintervenientin getroffenen Vereinbarungen als wirksam angesehen. Es meint, die Beteiligten hätten ihre vertragliche Gestaltungsfreiheit nicht mißbraucht; es komme deshalb nicht zu einer vom Inhalt der getroffenen Vereinbarungen abweichenden Rechtsfolge. Dieser Auffassung stimmt der Senat im Ergebnis zu.

1. Das Bundesarbeitsgericht hat in der bisherigen Rechtsprechung einen Mißbrauch der vertraglichen Gestaltungsfreiheit dann geprüft, wenn durch die gewählte Vertragsform die Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes ausgeschaltet werden sollte und damit der vom Gesetzgeber gewollte Bestandsschutz eines Arbeitsverhältnisses vereitelt wurde. So wurde der Abschluß eines befristeten Arbeitsvertrages als Mißbrauch der rechtlichen Gestaltungsmöglichkeit angesehen, wenn es an sachlichen Gründen für die Befristung und damit an einem schutzwürdigen Interesse des

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



- 11 -

Arbeitgebers am Abschluß gerade eines solchen befristeten Arbeitsvertrages fehlte (BAG [GS] 10, 65 [72] = AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag [zu C 2 der Gründe]; seitdem ständige Rechtsprechung, vgl. zuletzt BAG AP Nr. 35 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag [zu 1 a der Gründe]). An diese Rechtsprechung anknüpfend hat der erkennende Senat auch die Verweigerung eines Arbeitsverhältnisses und den Abschluß eines Vertrages als freier Mitarbeiter als Mißbrauch der Vertragsfreiheit bezeichnet, wenn es an einem sachlichen Grund für die Wahl dieser Vertragsform fehlt (AP Nr. 12 zu § 611 BGB Abhängigkeit [zu III 3 a der Gründe] – auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt). Beiden Fallgestaltungen ist gemeinsam, daß die gewählte Vertragsform nur im Hinblick auf die Ver-eitelung des Bestandsschutzes mißbilligt wurde.

2.a) Auf den vorliegenden Fall lassen sich diese Grundsätze nicht übertragen. Der Kläger kann in seinem Arbeitsverhältnis zur Nebenintervenientin den Kündigungsschutz nach den gesetzlichen Bestimmungen in Anspruch nehmen. Durch die gewählte Vertragsform wird der nach der Verfassung gebotene (Sozialstaatsprinzip der Art. 20, 28 GG) und vom Gesetzgeber im Kündigungsschutzgesetz verwirklichte Bestandsschutz weder objektiv noch subjektiv umgangen.

Die Revision glaubt, eine Mißbrauchskontrolle daraus herleiten zu dürfen, daß der Bestandsschutz des Klägers weniger Wert sei, da sein Arbeitgeber wirtschaftlich von einem Dritten in besonders starkem Maße abhängig sei. Dem kann der Senat nicht folgen. Der Kläger kann zunächst jede von der Nebenintervenientin ausgesprochene Kündigung auf ihre Berechtigung überprüfen lassen. Dabei spielt die behauptete Abhängigkeit der Nebenintervenientin vom Beklagten in allen den Fällen keine Rolle, in denen die Kündigung auf Gründe gestützt wird, die in der Person und im Verhalten des Klägers liegen (§ 1 Abs. 2 KSchG), wie es

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



- 12 -

- 12 -

hier der Fall war. Nur bei einer betriebsbedingten Kündigung können die Dinge anders liegen. Es ist nicht auszuschließen, daß die Nebenintervenientin sich bei ihren Personalmaßnahmen stark nach den Bedürfnissen des Beklagten richten muß. Solange der Beklagte aber das Orchester als Ganzes für sich in Anspruch nimmt, ist der Arbeitsplatz des Klägers durch dringende betriebliche Erfordernisse aus der Sphäre des Beklagten nicht bedroht. Nur wenn der Beklagte auf die Dienste des Orchesters ganz oder im erheblichem Umfang verzichten würde, wäre der Bestand der Nebenintervenientin und damit der Arbeitsplatz des Klägers gefährdet.

In einem solchen Fall wäre zu prüfen, ob der Kläger in einem Kündigungsschutzverfahren nicht auch die Berechtigung von Maßnahmen des Beklagten im Hinblick auf die Arbeitsplätze der Musiker angreifen könnte, soweit das bei betriebsbedingten Kündigungen zulässig ist. Das Bundesarbeitsgericht hat eine solche "Durchgriffshaftung" für möglich gehalten, wenn der Dritte als mittelbarer Arbeitgeber anzusehen ist (vgl. BAG 4, 93 [99] = AP Nr. 2 zu § 611 BGB Mittelbares Arbeitsverhältnis [zu I der Gründe, Bl. 3]). Der dieser Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt hat Ähnlichkeit mit dem hier zur Entscheidung stehenden Sachverhalt. Der Kapellmeister, der ein eigenes Orchester beschäftigte, war in vergleichbarer Weise gegenüber einer Rundfunkanstalt zu bestimmten Produktionen verpflichtet. Beide Fälle unterscheiden sich allerdings dadurch, daß die Nebenintervenientin, die mit dem Kapellmeister vergleichbar ist, eine Kommanditgesellschaft und keine natürliche Person ist. Hier wie dort könnte jedoch ein Arbeitsverhältnis mit geteilter Arbeitgeberfunktion vorliegen. Diesen noch weitgehend ungeklärten Fragen einer Durchgriffshaftung brauchte der Senat jedoch nicht weiter nachzugehen, weil der Kläger nicht beantragt hatte, den Bestand

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

- 13 -



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



eines mittelbaren Arbeitsverhältnisses festzustellen, und weil die Nebenintervenientin die Kündigung ausschließlich auf Gründe in der Person und im Verhalten des Klägers gestützt hat. Festzuhalten bleibt, daß in einem solchen Fall den berechtigten Interessen des Klägers Rechnung getragen werden kann, ohne daß das gesamte Vertragswerk mißbilligt werden muß.

b) Eine Mißbrauchskontrolle wegen Vereitelung des Bestandsschutzes ist schließlich nicht damit zu rechtfertigen, daß der Kläger in einem Arbeitsverhältnis zum Beklagten einen durch tarifvertragliche Regelungen erweiterten Kündigungsschutz in Anspruch nehmen könnte. Die Mißbrauchskontrolle wegen Vereitelung des Bestandsschutzes hat nur da anzusetzen, wo der allgemeine gesetzliche Kündigungsschutz umgangen wird.

3. Es mag Fälle geben, in denen die Gestaltung der Vertragsbeziehungen auch dann zu mißbilligen ist, wenn zwar nicht der Bestandsschutz umgangen wird, wenn aber andere wichtige arbeitsrechtliche Schutzgesetze ausgeschaltet werden sollen. Aber auch unter diesem Gesichtspunkt kann das vorliegende Vertragswerk nicht beanstandet werden.

Im Kern geht es der Revision darum, für den Kläger die gleichen Arbeitsbedingungen zu erhalten, wie sie die Mitarbeiter des Beklagten bereits haben. Diese Arbeitsbedingungen mögen insgesamt vorteilhafter sein. Das beruht jedoch nur darauf, daß den Mitarbeitern des Beklagten tarifliche Rechte zustehen, die in verschiedener Hinsicht über die gesetzlichen Mindestarbeitsbedingungen hinausgehen (zum Beispiel bei der Gewährung von Krankenbezügen, Beihilfen, Urlaub und bei der Altersversorgung). Dem Kläger wird nichts vorenthalten, was Arbeitnehmern als gesetzliche Mindestarbeitsbedingung gewährt werden muß.

Der Kläger kann die tariflichen Vergünstigungen, die den Arbeitnehmern des Beklagten zustehen, nicht für sich



- 14 -

in Anspruch nehmen. Der vorteilhaftere Tarifvertrag ist das Ergebnis einer kollektiven Selbsthilfe. Den bei der Nebenintervenientin beschäftigten Musikern muß es überlassen bleiben, über ihre Gewerkschaft einen entsprechenden Tarifvertrag zu erreichen, der darüberhinaus auch noch den Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses eines Musikers Rechnung tragen kann. Die beteiligten Verbände hätten auch zu prüfen, welche Folgerungen sich für den Inhalt eines Tarifvertrages aus einer etwa bestehenden geringeren wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Nebenintervenientin ergeben. Sollte ein Tarifvertrag mit gleich guten Arbeitsbedingungen nicht möglich sein, muß sich der Kläger damit abfinden. Unterschiedliche Arbeitsbedingungen, die sich aus dem beschränkten Geltungsbereich eines Tarifvertrages einerseits und der unterschiedlich guten wirtschaftlichen Lage der Arbeitgeber andererseits ergeben, sind in einer durch die Tarifautonomie beherrschten Arbeits- und Wirtschaftsordnung nicht zu vermeiden.

4. Auch die übrigen von der Revision noch einmal hervorgehobenen Umstände rechtfertigen keine Mißbrauchskontrolle in dem vom Kläger erstrebten Sinne.

a) Daß das haftende Kapital der Nebenintervenientin nur 20.000,-- DM ausweist, sagt über die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit dieses Unternehmens nichts aus. Die Nebenintervenientin verfügt über laufende Einnahmen aus den Produktionsverträgen mit dem Beklagten und den Verträgen mit dritten Auftraggebern. Der Kläger hat auch keine Anhaltspunkte vorgetragen, die die Besorgnis rechtfertigen könnten, seine Ansprüche würden nicht erfüllt werden.

b) Es kann dahinstehen, ob der Kläger einen Anspruch auf Einstellung hätte, wenn der Beklagte seine wirtschaftliche Macht als marktbeherrschendes Unternehmen mißbraucht und den Kläger dadurch benachteiligt hätte. Aus

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



einem solchen Rechtssatz kann der Kläger im vorliegenden Fall nichts für sich herleiten. Er ist auf den Abschluß eines Arbeitsvertrages mit dem Beklagten nicht angewiesen, da ihm die Arbeitnehmereigenschaft nicht streitig gemacht wird.

5. Der vorliegende Sachverhalt wird auch nicht von dem, übrigens erst am 11. Oktober 1972 in Kraft getretenen Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) erfaßt. Die Nebenintervenientin hat dem Beklagten die bei ihr angestellten Arbeitnehmer nicht gewerbsmäßig zur Arbeitsleitung überlassen. Das war nicht Gegenstand der Produktionsverträge mit dem Beklagten, gleichgültig, ob man diese Verträge als Dienst- oder Werkverträge qualifiziert. Daß es der Nebenintervenientin auf eine eigene Verwertung der Arbeitskraft der bei ihr angestellten Orchestermusiker ankam, zeigen die mit Dritten abgeschlossenen Aufführungsverträge. Es liegen auch keine Anhaltspunkte dafür vor, daß sich die Nebenintervenientin durch eine entsprechende Vertragsgestaltung den Pflichten eines Verleihers entziehen wollte. Eine Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Überlassung von Arbeitnehmern zur Arbeitsleistung bei Dritten (Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG) war daher nicht erforderlich. Der mit dem Kläger abgeschlossene Arbeitsvertrag ist deshalb auch nicht nach Art. 1 § 9 Nr. 1 i.V. mit Art. 6 § 3 AÜG nichtig. Für die Anwendung des § 10 Abs. 1, der ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher fingiert, ist kein Raum.

Auf Fälle der vorliegenden Art ist das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz somit weder unmittelbar noch mit seinen Grundgedanken anzuwenden. Dieses Gesetz will nicht schlechthin jede Verwertung der Arbeitskraft von Arbeitnehmern in fremden Betrieben untersagen, nur die gewerbsmäßige Überlassung von Leiharbeitnehmern bedarf der behördlichen Kontrolle. Im übrigen geht die Grundkonzeption des Gesetzes dahin, arbeitsrechtliche Beziehungen nur zwischen dem Verleiher und dem Arbeitnehmer zu begründen



- 16 -

(vgl. Art. 1 § 1 Abs. 2, § 3 Abs. 1, §§ 9 und 11 AÜG). Gerade diese grundsätzliche Wertung des Gesetzes zum Schutz dieser Arbeitnehmergruppe will der Kläger nicht gegen sich gelten lassen.

6. Da es schon an den Voraussetzungen fehlt, unter denen eine Mißbrauchskontrolle der vertraglichen Gestaltungsfreiheit notwendig wird, kommt es auf die Erwägungen des Berufungsgerichts zur sachlichen Berechtigung dieser Vertragsgestaltung, die im einzelnen angreifbar sein mögen, nicht an. Der Senat braucht aus diesem Grund auch nicht auf die von der Revision in diesem Zusammenhang erhobenen Verfahrensrügen einzugehen.

Die Revision des Klägers war daher zurückzuweisen.

gez.: Dr. Hilger Siara Dr. Heither

Dr. Toeche-Mittler Nitsche



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

