

Aktenzeichen: 5 AZR 507/83

Bundesarbeitsgericht 5. Senat

Urteil vom 25. Juni 1986

- 5 AZR 507/83 -

I. Arbeitsgericht

Urteil vom 22. Juni 1982

Stuttgart

- 4 Ca 525/81 -

II. Landesarbeitsgericht

Urteil vom 20. Juli 1983

Baden-Württemberg

- 3 Sa 209/82 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Für das Bundesarchiv: Nein

Entscheidungsstichwort:

Arbeitnehmerüberlassung und Subunternehmervertrag

Gesetz:

AÜG Art. 1 §§ 1, 9, 10, 11, 13; BGB §§ 631, 645 Abs. 1,
§§ 133, 157; ZPO § 139

Leitsätze:

K e i n e



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



5 AZR 507/83

3 Sa 209/82 Baden-Württemberg

Verkündet am
25. Juni 1986

Clobes,

Reg.-Obersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

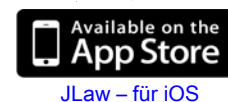
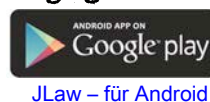
In Sachen

pp.

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 25. Juni 1986 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Thomas, die Richter Dr. Gehring und Ascheid sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Florack und Werner für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des

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



Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom
20. Juli 1983 - 3 Sa 209/82 - wird zurückge-
wiesen.

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 :

Der Kläger verlangt von der Beklagten Arbeitsentgelt mit der
Begründung, zwischen den Parteien habe nach Art. 1 § 10 Abs. 1,
§ 13 AÜG ein Arbeitsverhältnis bestanden.

Die Beklagte ist ein Unternehmen des Maschinenbaus und hat
häufig Montagearbeiten im Betrieb ihrer Kunden auszuführen. Im
April 1976 schloß die Beklagte mit der - später so firmierenden -
F -Industriemontagen GmbH, K , die sich auch mit
Treppenbau befaßte und eine Bauschlosserei betrieb, einen Rahmen-
"Werkvertrag" unter anderem über Montagearbeiten in ihrem Pro-
duktionsbereich. In dem Vertrag heißt es auszugsweise:

"§ 3

Der Auftragnehmer trägt für die von ihm ausge-
führten Arbeiten bis zu ihrer Abnahme durch den
Auftraggeber die volle Verantwortung.

Für Güte, meistermäßige und zweckentsprechende Aus-
führungen der Arbeiten leistet der Auftragnehmer
volle Gewähr. Für die Gewährleistungspflicht gel-
ten die Bestimmungen der §§ 633 ff. BGB sowie die
VOB und (maßgeblich) unsere eigenen Montagebedin-
gungen.

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



-3-

§ 4

Der Auftragnehmer hat eine Montageversicherung abzuschließen. Für Schäden, die während der Montage durch ihn verursacht werden, haftet er voll.

§ 5

Der Auftragnehmer stellt für seine Arbeitskräfte das erforderliche Werkzeug. Alle vom Auftragnehmer in das Werk oder auf Außenbaustellen eingeführten Werkzeuge sind ausreichend zu kennzeichnen. Für die Werkzeuge wird vom Auftraggeber keine Haftung übernommen.

§ 6

Der Auftragnehmer sowie der bauleitende Monteur des Auftragnehmers bzw. der mit der Ausführung der Arbeiten beauftragte Monteur sind für die Einhaltung aller gesetzlichen Unfallverhütungs- und Sicherheitsvorschriften verantwortlich (z.B. Tragen von Schutzbrillen und Schutzhelmen, Verbot zum Umgang mit offenem Feuer usw.)."

Auf dieser Grundlage wurden in der Folge Einzelaufträge, teilweise zu einem Festpreis, teilweise "auf Nachweis" erteilt und dabei regelmäßig Formblätter ("Werkvertrag") verwandt, die eine Vertragsstrafe für verspätete Erfüllung vorsahen und die Klausel enthielten, daß die Arbeiten selbständig unter Stellung eigenen Aufsichtspersonals, Handwerkszeuges und üblicher Hilfsmittel durchzuführen seien.

Der Kläger hat 1976 mit der F GmbH einen Formularvertrag mit der Überschrift "Montage-Arbeitsvertrag für SUB-Unternehmer und Freiberufliche" geschlossen. Nach dessen § 1 betraute die F GmbH den Kläger "als SUB-Unternehmer mit der Ausführung von Montagen, Demontagen bzw. Reparaturarbeiten" bei der Firma E KG, ..., "oder anderen von der Firma F - Industriemontagen zugewiesenen Arbeiten bzw. Baustellen".



In § 2 des Vertrages war für den Kläger eine Stundenvergütung ("einschließlich kalendertäglicher Auslösung") von 23,-- DM, ab der 50. Wochenstunde von 27,-- DM brutto zuzüglich MWSt vereinbart, wobei die Abrechnung auf Stundennachweisen der Firma F oder der jeweiligen Kundenfirma erfolgen sollte. Weiter verpflichtete der Kläger sich, aus den "Bruttobeträgen seinen gesetzlichen Verpflichtungen gegenüber dem Finanzamt und den Sozialträgern nachzukommen". Der Kläger meldete, wie vertraglich vorgesehen, sein "Gewerbe" an und ließ sich steuerrechtlich und sozialversicherungsrechtlich als Selbständiger behandeln.

Der Kläger war bis zum 19. September 1981 auf mehreren Montage- und Reparaturplätzen der Beklagten tätig. Beginn und Ende seiner Arbeitszeit sowie deren Dauer hielt er durchgehend auf Abrechnungsbögen der Beklagten fest und ließ sich diese Angaben überwiegend von Mitarbeitern der Beklagten abzeichnen.

Von Ende Februar bis zum 19. September 1981 war der Kläger mit anderen Monteuren und einem Kolonnenführer der F GmbH auf einer Großbaustelle der Firma Audi-NSU in Ingolstadt beschäftigt. Der Geschäftsführer der Firma F war teilweise auf der Baustelle anwesend. Der Auftraggeber ließ durch die Beklagte und weitere Großfirmen zwei komplette Volltauch- und Vorbehandlungsanlagen errichten. Die Beklagte, die die Vorbehandlungsanlagen zu liefern hatte, zog mehrere Subunternehmer hinzu, unter anderem die F GmbH, die aufgrund Vertrages vom 21. März 1981 die gesamte Anlage zu einem Festpreis von 210.000,-- DM montierte. Die Beklagte setzte auf der Baustelle



einen Gesamtbauleiter und zwei Bauleiter ein, ferner Monteure zur Montage der Sprühkränze für eine der beiden Anlagen.

Ende April 1981 forderte die AOK K die Beklagte auf, Sozialversicherungsbeiträge in erheblicher Höhe nachzuentrichten. Auf den Kläger entfielen davon bis Juni 1980 Beiträge von insgesamt 17.698,79 DM. Ob das Verlangen der AOK sachlich gerechtfertigt war, ist noch nicht abschließend geklärt.

Der Kläger erhebt nunmehr Vergütungsansprüche gegen die Beklagte für die Zeit seines Einsatzes bei der Firma Audi. Er hat geltend gemacht, es liege ein Fall unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung oder Arbeitsvermittlung vor mit der Folge, daß er in einem Arbeitsverhältnis zur Beklagten gestanden habe. Dazu hat er vorgetragen:

Die Leistung der Firma F habe sich im Verhältnis zur Beklagten regelmäßig darin erschöpft, auf deren Anforderung die entsprechende Zahl von Monteuren zur Verfügung zu stellen und mit diesen nach Maßgabe der von der Beklagten geprüften und unterzeichneten "Montage-Nachweise" abzurechnen. Die Arbeit als solche sei immer nur ein Beitrag einzelner Monteure gewesen, der erst mit den Arbeiten anderer Monteure zusammengenommen einen bestimmten Arbeitserfolg im Sinne eines Ergebnisses habe herbeiführen können. Es sei sozusagen im "Teamwork" gearbeitet worden, wobei die Koordination wiederum Mitarbeitern der Beklagten vorbehalten gewesen sei. Hätte nicht die F GmbH gewissermaßen die Arbeit vermittelt und die Vergütung ausbezahlt, hätte er, der



Kläger, sich durch nichts von den eigenen Monteuren der Beklagten unterschieden.

Im Rahmen seines Einsatzes bei der Firma Audi sei die Aufsicht allein von Mitarbeitern der Beklagten geführt worden. Diese hätten die Arbeitszeit bestimmt und deren Einhaltung überwacht, die konkreten Montageanweisungen erteilt und die Arbeit dem jeweiligen Monteur zugewiesen. Der Vertrag zwischen der Firma F und der Beklagten sei kein "echter" Werkvertrag. Er, der Kläger, sei häufig von einem Mitarbeiter der Beklagten in deren Werk nach Böblingen gerufen und dort in die zu verrichtende Arbeit mit eingeführt worden, ohne daß die Firma F davon gewußt habe.

Der Kläger hat auf der Grundlage der - behaupteten - Vereinbarungen mit der Firma F folgende Ansprüche geltend gemacht:

1. Vergütung für August 1981		
205,5 Normalstunden zu je 25,-- DM	5.137,50 DM brutto	
25 Überstunden zu je 29,-- DM	725,-- DM brutto	
2. Vergütung für September 1981		
144 Normalstunden zu je 25,-- DM	3.600,-- DM brutto	
11 Überstunden zu je 29,-- DM	319,-- DM brutto	

	9.781,50 DM brutto	

Hierauf will sich der Kläger eine Abschlagszahlung der Firma F von 2.000,-- DM abzüglich Fahrtkostenersatz von 160,92 DM, insgesamt also 1.839,08 DM netto anrechnen lassen. Mit seinem erstmals in der zweiten Instanz gestellten Hilfsantrag begehrt er



Vergütung für 385,5 geleistete Arbeitsstunden, jedoch auf der Basis des von der Beklagten angegebenen Stundensatzes von 13,-- DM zuzüglich 5,80 DM Auslösung sowie von 16,25 DM (13,-- DM zuzüglich 25 %) zuzüglich 5,80 DM für die Überstunden.

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn
9.781,50 DM brutto abzüglich 1.839,08 DM
netto zu zahlen,

hilfsweise,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 7.364,40 DM
brutto abzüglich 2.000,-- DM netto zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat den Vortrag des Klägers zum Grund und zur Höhe der einzelnen Ansprüche bestritten und insbesondere geltend gemacht, es fehle an den Voraussetzungen für ein fingiertes Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien. Der Kläger habe bewußt den Status eines selbständigen Gewerbetreibenden gewählt. Zwischen ihm und der Firma F habe kein Arbeitsverhältnis bestanden. Der Kläger sei gegenüber der Firma F nicht verpflichtet gewesen, Aufträge anzunehmen; er habe die Zusammenarbeit mit ihr jederzeit beenden können. Jedenfalls müsse die Annahme rechtswidriger Arbeitsvermittlung an den echten werkvertraglichen Beziehungen zwischen ihr, der Beklagten, und der Firma F scheitern. Sie habe den Kläger nicht als ihren Arbeitnehmer, sondern als Erfüllungshelfen der Firma F behandelt. Das Direktionsrecht des Arbeitgebers habe nicht bei ihr gelegen. Der Kläger sei nicht in ihren Betrieb eingegliedert gewesen.



Bei der Firma Audi habe der Kläger in der Montagekolonne der Firma F unter Leitung des jeweiligen Kolonnenführers gearbeitet. Der Geschäftsführer der F GmbH habe die Baustelle überwacht. Die von ihr, der Beklagten, eingesetzten Bauleiter hätten die Subunternehmer koordiniert und Kontakt zur Firma Audi und den Mitauftragnehmern gehalten. Sie hätten gegenüber dem Kläger und seinen Kollegen keinerlei Weisungsbefugnisse gehabt. Vielmehr seien lediglich die jeweils fertiggestellten Teilstücke der Anlage kontrolliert und abgenommen worden. Die F GmbH habe das volle Gewährleistungsrisiko für die Montagearbeit getragen. So sei von der ersten Zwischenrechnung der Firma F ein Betrag für Nachbesserungsarbeiten, die deren Monteure verursacht hätten, abgezogen worden. Soweit sie, die Beklagte, eigene Monteure eingesetzt habe, sei deren Montageaufgabe eng begrenzt gewesen. Die Sprühkränze einer der beiden Anlagen hätten nur deshalb auf der Baustelle montiert werden müssen, weil diese aufgrund einer Verspätung des Zulieferers nicht im Werk hätten montiert werden können. Zu einer "Vermischung" von Arbeitnehmern der Firma F und ihren eigenen Arbeitnehmern sei es nicht gekommen.

Im übrigen könne ein etwaiger Anspruch des Klägers nicht auf der Grundlage seiner Werklohnvergütung berechnet werden. Allenfalls könne der Kläger unter dem Gesichtspunkt einer unzulässigen Arbeitsvermittlung beanspruchen, wie einer ihrer vergleichbaren Mitarbeiter gestellt zu werden. Diese hätten 1981 einen Stundenverdienst von 13,-- DM erzielt und pro Arbeitstag eine Auslösung von höchstens 58,-- DM pro Tag (oder 5,80 DM pro Stunde) erhal-



ten. Rechne man den 16%igen Arbeitgeberanteil zu den Sozialversicherungsleistungen (2,08 DM) hinzu, so ergäben sich Arbeitgeberleistungen in Höhe von 20,88 DM pro Stunde. Hilfsweise hat die Beklagte mit der Hälfte des auf den Kläger entfallenden Sozialversicherungsbeitrages, mit dem sie von der AOK belastet worden ist, d. h. in Höhe eines Betrages von 8.849,39 DM aufgerechnet.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die Revision des Klägers, der sein Klageziel weiterverfolgt.

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

Die Revision hat keinen Erfolg. Dem Kläger steht gegen die Beklagte weder ein Anspruch auf Arbeitsentgelt noch ein Anspruch auf Auslösung zu.

I. Der Kläger hat die Voraussetzungen für das Bestehen arbeitsvertraglicher Beziehungen zur Beklagten nicht hinreichend dargelegt.

1. Nach Art. 1 § 10 Abs. 1 AÜG gilt ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer als zustandegekommen, wenn der zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer geschlossene Arbeitsvertrag nach Art. 1 § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam ist. Dies wiederum ist der Fall, wenn der Arbeitgeber als Verleiher einem Dritten, dem Entleiher, Arbeitnehmer gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen hat, ohne die dazu erforderliche



Erlaubnis nach Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG zu haben. Nach Art. 1 § 13 AÜG kommt ein Arbeitsverhältnis auch dann zustande, wenn ein Arbeitnehmer aufgrund einer gegen § 4 AFG verstoßenden Arbeitsvermittlung bei einem Dritten tätig wird. Das Vorliegen unzulässiger Arbeitsvermittlung wird nach Art. 1 § 1 Abs. 2 AÜG in der bis zum 30. April 1985 geltenden Fassung vermutet, wenn Arbeitnehmer Dritten zur Arbeitsleistung überlassen werden und der Überlassende weder die üblichen Arbeitgeberpflichten noch das Arbeitgeberrisiko (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 5) übernimmt oder wenn die Dauer der Überlassung im Einzelfall drei Monate (§ 3 Abs. 1 Nr. 6 in der bis zum 30. April 1985 gültigen Fassung) übersteigt.

Voraussetzung für das Zustandekommen eines Arbeitsvertrages ist in beiden Fallgestaltungen, daß der Arbeitnehmer einem Dritten zur Arbeitsleistung überlassen wird. Das Bestehen "echter" (d.h. unverschleierte) werk- oder dienstvertraglicher Beziehungen zwischen Unternehmer und Dritten schließt Arbeitnehmerüberlassung dagegen aus.

Bei der Arbeitnehmerüberlassung werden dem Entleiher die Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt. 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 dessen Weisungen aus. 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. In diesen Fällen wird der Unternehmer für einen anderen tätig. Er organisiert die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolges notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen und bleibt für die Erfüllung der im Vertrag vorgesehenen Dienste oder für die Herstellung des geschuldeten 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, 12, 13 = AP Nr. 9 zu § 103 BetrVG 1972, zu II 2 a, 3 der Gründe; BAG 31, 135, 141 ff. = AP Nr. 2 zu § 1 AÜG, zu II 1 c der Gründe; BAG 43, 102, 105 = AP Nr. 5 zu § 10 AÜG, zu I 1 a der Gründe; vgl. weiter Becker/Wulfgramm, AÜG, 3. Aufl., Einl. Rz 30, 30 a, Art. 1 § 1 Rz 35, 39, Art. 1 12; Rz 32 ff.; Sandmann/Marschall, AÜG, Stand April 1986, Art. 1 § 1 Anm.10).

Über die danach gebotene Zurechnung des jeweils zwischen den beteiligten Unternehmen vereinbarten Vertrages zu einer dieser beiden Fallgruppen entscheidet der Geschäftsinhalt. Dieser kann sich sowohl aus den schriftlichen Vereinbarungen als auch aus der praktischen Durchführung der Verträge ergeben. Widersprechen sich beide, so ist die tatsächliche Durchführung maßgebend (BAG 43,



102, 105 = AP Nr. 5 zu § 10 AÜG, zu I 1 b der Gründe).

2. Von diesen Grundsätzen ist das Landesarbeitsgericht ausgegangen. Es hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, der Vortrag des Klägers rechtfertige nicht die Annahme, die Beklagte habe ihn als ihren Arbeitnehmer oder als Leiharbeiter behandelt. Nach dem Vortrag der Beklagten seien die von ihr geschlossenen Werkverträge auch als solche abgewickelt worden. Demgegenüber habe der Kläger seiner Darlegungslast nicht genügt. Er habe zwar allgemein behauptet, die Aufsicht auf den Montageplätzen sei allein von Mitarbeitern der Beklagten durchgeführt worden; diese hätten die Arbeit zugewiesen und die konkreten Montageanweisungen erteilt. Demgegenüber habe die Beklagte jedoch unter Hinweis auf den vom Kläger unterzeichneten Baustellenbericht vom 26. August 1981 näher dargelegt, daß ihr auf dem Montageplatz gegenüber den von der Firma F eingesetzten Personen kein Weisungsrecht zugestanden habe und ein solches auch nicht ausgeübt worden sei. Damit habe es dem Kläger oblegen, sein Vorbringen näher zu konkretisieren. Der Umstand, daß er sich seine Stunden auf Abrechnungszetteln der Beklagten von dieser habe bestätigen lassen, rechtfertige keine andere Beurteilung. Dagegen wendet sich der Kläger ohne Erfolg.

a) Wer als Kläger das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung behauptet, muß die dafür maßgeblichen anspruchsbegründenden Tatsachen darlegen und beweisen. Wie genau die jeweiligen Sachdarstellungen sein müssen, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles. Es kommt im wesentlichen auf den Umfang der dar-



legungspflichtigen Partei bekannten Tatsachen und die Einlassung des Gegners an. Gleiches gilt für die Anforderungen an die Erklärungsspflicht nach § 138 Abs. 2 ZPO (abgestufte Darlegungslast, vgl. BAG Urteil vom 22. November 1973 - 2 AZR 543/72 - AP Nr. 22 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung; BAG Urteil vom 3. Februar 1977 - 2 AZR 476/75 - AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG 29, 49, 54 = AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit, zu III 2 b der Gründe; BAG 40, 361, 370 = AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; BAG 42, 151, 159 ff. = AP Nr. 12 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung, zu III 2 der Gründe; BGH Urteil vom 16. Mai 1962 - VIII ZR 79/61 - NJW 1962, 1394; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 20. Aufl., § 138 Rz 27, 28, § 284 Rz 44).

Für den Streitfall folgt daraus:

b) Der Kläger hat allgemein behauptet, die Firma F habe regelmäßig nur auf Anforderung der Beklagten die erforderliche Anzahl von Monteuren zur Verfügung gestellt und mit diesen abgerechnet; nicht selten sei er ohne Kenntnis der Firma F vom zuständigen Sachbearbeiter der Beklagten in deren Werk nach Böblingen gerufen und dort in die zu verrichtenden Arbeiten eingewiesen worden.

Hinsichtlich der Montagestelle bei der Firma Audi hat der Kläger nur vorgetragen, daß ausschließlich Mitarbeiter der Beklagten die Aufsicht geführt, die Arbeitszeit bestimmt und überwacht, den Monteuren die Arbeit zugeteilt und die konkreten Mon-



tageanweisungen gegeben hätten. Demgegenüber hat die Beklagte im einzelnen dargelegt, zu welchen Bedingungen die Firma F welche werkvertraglichen Leistungen zu erbringen hatte, welche ihre eigenen Arbeitnehmer sie mit welchen Aufgaben im einzelnen dort einsetze und wie die Mitarbeiter der Firma F dort tätig wurden. Danach montierte die Firma F gegen einen Festpreis von 210.000,-- DM die beiden von der Beklagten gelieferten Anlagen. Der Kläger war zusammen mit anderen Mitarbeitern und einem Kolonnenführer der Firma F tätig. Die Monteure der Beklagten hatten die eng begrenzte Spezialaufgabe, die Sprühkränze der einen der beiden Anlagen zu montieren.

Für das Bestehen werkvertraglicher Beziehungen zwischen der Firma F und der Beklagten spricht zunächst, daß der Leistungsgegenstand genau umschrieben und ein Festpreis vereinbart war, ferner daß die Firma F nach den §§ 3 und 4 des Rahmenwerkvertrages die Gewährleistungspflicht trug. Für das Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung spricht - entgegen der Auffassung der Beklagten - dagegen der Umstand, daß der Kläger trotz des vereinbarten Festpreises die geleisteten Stunden auf Abrechnungsbögen der Beklagten festhielt. Bei der rechtlichen Bewertung ist weiter zu berücksichtigen, daß der Werkbesteller - wie sich auch aus § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB ergibt - dem Unternehmer "Anweisungen" für die Ausführung des Werks erteilen kann, die von arbeitsvertraglichen Weisungen nicht immer leicht zu unterscheiden sind. Dies gilt insbesondere für größere Baustellen und Montageplätze. Dort sind vielfach mehrere Unternehmen tätig, die ihrerseits wieder Subunternehmer einsetzen; die Aktivitäten



all dieser - oft gleichzeitig auf engem Raum tätigen - Unternehmen und ihrer Arbeitnehmer müssen durch Absprache und Anweisungen aufeinander abgestimmt werden. Die Arbeitnehmer, insbesondere solche kleinerer Subunternehmer, haben zahlreiche Kontakte zu Mitarbeitern anderer Firmen, insbesondere zu denen des Unternehmers. Dies führt nicht notwendig zu der Annahme, daß Arbeitnehmerüberlassung vorliegt. Vielmehr ist auch hier zu unterscheiden: Sind die vom Unternehmer ausgehenden Weisungen werkbezogen, also gegenständlich begrenzt, so deutet dies auf das Vorliegen eines Werkvertrages hin. Sind sie personenbezogen und erstrecken sie sich auf die Art und Weise der Arbeitsleistung, so spricht dies für die Einordnung als Arbeitnehmerüberlassung (Becker/Wulfgramm, aaO, Art. 1 § 1 Rz 39, § 12 Rz 36 c; Marschall, NZA 1984, 150, 151).

Indizien für die Annahme eines arbeitsvertraglichen Weisungsrechts und damit für Arbeitnehmerüberlassung sind z. B. "Vermischung" mit Arbeitnehmern des Unternehmers und - bei Einsatz mehrerer Monteure - das Fehlen von Aufsichtskräften des "Subunternehmers". An beidem fehlt es hier. Da die Monteure der Beklagten unstreitig nur eng begrenzte Montageaufträge hatten, erweist sich die allgemeine Behauptung des Klägers, es habe eine Vermischung stattgefunden, zumindest für die Firma Audi als unzutreffend. Die Firma F setzte einen Kolonnenführer ein; weiter war ihr Geschäftsführer zeitweilig auf der Montagestelle anwesend. Damit lagen die äußeren Voraussetzungen für die Ausübung des Weisungsrechts durch die Firma F vor.



Angesichts dessen reichte der allgemeingehaltene Vortrag des Klägers, er habe dem alleinigen Weisungsrecht der Montagemeister der Beklagten unterlegen, nicht aus. Nach den Grundsätzen der abgestuften Darlegungslast hätte der Kläger nunmehr anhand von Beispielsfällen darlegen müssen, welche Mitarbeiter der Beklagten ihm wann welche konkreten Weisungen erteilten und welche Rolle der Kolonnenführer der Firma F auf der Montagestelle spielte. Der Vortrag des Klägers ist demnach nicht ausreichend substantiiert, so daß die Vorinstanzen die angebotenen Beweise zu Recht nicht erhoben haben.

3. Der Kläger rügt Verletzung des § 139 ZPO. Damit dringt er nicht durch.

Prozeßrügen müssen gemäß § 554 Abs. 3 Nr. 3 b ZPO die Bezeichnung des Mangels enthalten, den die Revision geltend machen will. Dabei sind strenge Anforderungen zu stellen. Bei Prozeßrügen nach § 139 ZPO hat der Rechtsmittelkläger im einzelnen anzugeben, welche Fragen hätten gestellt werden müssen und was er darauf erwidert hätte (BAG ständig, vgl. nur BAG 13, 340, 344 = AP Nr. 37 zu § 233 ZPO Bl. 2; BAG Urteil vom 11. Dezember 1975 - 2 AZR 426/74 - AP Nr. 1 zu § 15 KSchG 1969, zu II 3 a der Gründe). Die Nichtausübung des Fragerechts bildet aber nur dann einen Revisionsgrund, wenn das Berufungsgericht nach dem Verhandlungsergebnis hätte erkennen müssen, daß die Parteien Beweismittel und etwaige noch notwendige nähere Behauptungen hätten beibringen können und wollen.



Nach Auffassung des Klägers hätte das Landesarbeitsgericht ihn nach weiteren näheren Umständen fragen müssen, wie danach, von wann an er für die Beklagte tätig geworden sei, welche einzelnen Tätigkeiten er für sie ausgeführt und von wem er dafür den Auftrag und die Anweisungen erhalten habe.

Es lag auf der Hand, daß der Vortrag des Klägers, der keine konkrete Begebenheit geschildert hat, vom Landesarbeitsgericht als unsubstantiiert würde angesehen werden müssen. Daher ist zweifelhaft, ob das Landesarbeitsgericht überhaupt eine Fragepflicht traf. Dies kann jedoch aus folgenden Gründen dahinstehen:

Zu den Verhältnissen auf dem Montageplatz der Firma Audi hat der Kläger nur den Namen des von der Beklagten eingesetzten Montagemeisters angegeben, darüber hinaus aber nicht vorgetragen, was er auf die entsprechenden gerichtlichen Fragen geantwortet hätte. Damit erweist sich die Rüge insoweit als unzulässig.

Wegen seiner früheren Einsätze bleibt auch sein Vortrag in der Revisionsinstanz unsubstantiiert. Er beschränkt sich auf die Angabe einiger Bau- und Montagestellen, ungefähre Orts- und Zeitangaben, von denen die Weisungen ausgegangen sein sollen, und die allgemeine Aussage, er habe seine Arbeitsanweisungen ausnahmslos von der Beklagten und nicht von der Firma F erhalten, die in der Mehrzahl der Fälle über den Einsatzort erst nachträglich informiert worden sei. Nur hinsichtlich eines einzigen Montageplatzes, dem bei der Firma I in N, hat er darüber hinaus vorgetragen, er habe sich dieser gegenüber als Mit-



arbeiter der Beklagten ausgeben und einen Arbeitsanzug mit dem
E -Emblem tragen müssen.

Dies alles reicht jedoch nicht aus. Der Kläger hat damit auch weiterhin keine einzige konkrete Begebenheit auf irgendeiner der zahlreichen Baustellen geschildert. Er hat weder angegeben, wieviel Monteure und Aufsichtskräfte der Firma F und der Beklagten jeweils anwesend waren, noch dargelegt, wie sich die Arbeiten im einzelnen gestalten, d. h. welche Personen dabei welche konkreten Weisungen erteilten. Die Rüge mangelnder Aufklärung nach § 139 ZPO erweist sich daher insoweit als unbegründet.

4. Nur soweit der Kläger mit dem Hilfsantrag Auslösung verlangt, liegt ein echtes Eventualverhältnis vor. Im übrigen, soweit er nämlich einen Stundenlohn von 13,-- DM bzw. 16,25 DM beansprucht, ist der Streitgegenstand mit dem des Hauptantrages teilweise identisch. Zu entscheiden ist demnach nur über den Anspruch auf Auslösung. Dieser entfällt aus den unter 2. dargestellten Gründen.

Vorsitzender Richter
Dr. Thomas ist im Urlaub und an der Unterschriftsleistung verhindert.

Dr. Gehring

Dr. Gehring

Ascheid

Dr. Florack

Werner



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

