

570

Aktenzeichen: 5 AZR 508/83

Bundesarbeitsgericht 5. Senat

Urteil vom 25. Juni 1986

- 5 AZR 508/83 -

I. Arbeitsgericht

Urteil vom 22. Juni 1982

Stuttgart

- 4 Ca 537/81 -

II. Landesarbeitsgericht

Urteil vom 20. Juli 1983

Baden-Württemberg

- 3 Sa 220/82 -

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;

ArbGG § 66 Abs. 1, § 74 Abs. 1, § 9 Abs. 5 Satz 4;

ZPO §§ 516, 552, §§ 139, 253 Abs. 2

Leitsätze:

K e i n e



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

5 AZR 508/83

3 Sa 220/82 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
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom
20. Juli 1983 - 3 Sa 220/82 - 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 und
Auslösung mit der Begründung, zwischen den Parteien habe nach
Art. 1 § 10 Abs. 1 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 Rah-
men-"Werkvertrag" unter anderem über Montagearbeiten in ihrem
Produktionsbereich. 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.



-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".



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 4 -

In § 2 des Vertrages war für den Kläger eine Stundenvergütung ("einschließlich kalendertäglicher Auslösung") von 22,-- DM, ab der 50. Wochenstunde von 26,-- 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 in unterschiedlichen zeitlichen Abständen auf Montageplätzen der Beklagten tätig, und zwar vom 18. bis zum 30. April 1978, von März bis zum 1. August 1980, an je einem Wochenende im Februar und März 1981, von Anfang April bis Anfang Juli 1981 sowie am 19. und 20. September 1981. Beginn und Ende seiner Arbeitszeit sowie deren Dauer hielt der Kläger durchgehend auf Abrechnungsbögen der Beklagten fest und ließ sich diese Angaben überwiegend von Mitarbeitern der Beklagten abzeichnen.

Im März und April 1980 war der Kläger zusammen mit sechs anderen Monteuren der F GmbH auf der Baustelle der Beklagten bei der Firma DAF in Eindhoven (Niederlande) tätig. Die Beklagte hatte damals an die Firma DAF eine vollständige Vorbehandlungs- und Lackieranlage zu liefern. Zu deren Montage zog sie die F GmbH und noch einen weiteren Unternehmer hinzu. Der Montageauftrag an die Firma F bezog sich auf die Vorbehandlungs-, Spritz- und Kühlzone, die Vollentsalzungsanlage und



-5-

die Nebenaggregate. Die Beklagte setzte auf der Baustelle einen Bauleiter, jedoch keine eigenen Monteure ein.

Von Mai 1980 bis zum 1. August 1980 war der Kläger auf der Baustelle der Beklagten bei der Siemens AG in Traunreut tätig. Dort wurden ein Trockner und ein Tauchbad montiert. Die Beklagte setzte einen Meister und einen Monteur ein.

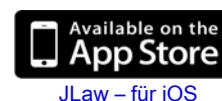
Von Anfang April bis Anfang Juli 1981 war der Kläger mit anderen Monteuren und einem Kolonnenführer der F GmbH auf einer Großbaustelle der Firma Audi-NSU in Ingolstadt beschäftigt. Der Geschäftsführer der Firma F war teilweise auf der Baustelle anwesend. Der Auftraggeber ließ durch die Beklagte und weitere 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 mindestens einen Gesamtbauleiter und zwei Bauleiter ein, ferner Monteure zur Montage der Sprühkränze für eine der beiden Anlagen.

Vom 14. bis zum 31. Juli 1981 war der Kläger arbeitsunfähig krank.

Am 19. und 20. September 1981 war der Kläger im VW-Werk Baunatal tätig. Die Firma F hatte vertraglich, und zwar gegen Stundennachweis, den Umbau eines ETL-Trockners übernommen.



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



-6-

Der Kläger arbeitete selbständig; er benutzte ein Schweißgerät und anderes Werkzeug der F GmbH. Mitarbeiter der Beklagten waren nicht anwesend.

Ende April 1981 forderte die AOK K die Beklagte auf, Sozialversicherungsbeiträge in erheblicher Höhe nachzuentrichten. Auf den Kläger entfielen davon Beiträge von insgesamt 2.583,79 DM, die sich auf die Zeit vom 18. bis zum 30. April 1978 und von März bis August 1980 bezogen. Ob das Verlangen der AOK sachlich gerechtfertigt war, ist noch nicht abschließend geklärt.

Der Kläger erhebt nunmehr Vergütungs- und Auslösungsansprüche gegen die Beklagte für die Zeit ab 1. März 1980. 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 vorge-
tragen:

Entgegen dem "SUB-Unternehmervertrag" sei er in Wirklichkeit Arbeitnehmer gewesen und als solcher von der F GmbH an die Beklagte "verliehen" worden. Er sei in den Betriebsablauf derart eingegliedert gewesen, daß eine Vermischung mit deren Stammpersonal stattgefunden habe. Bereits nach kurzer Zeit sei auch äußerlich nicht mehr zu erkennen gewesen, wer ständig und wer nur vorübergehend für die Beklagte tätig sei. Er habe wie die eigenen Arbeitnehmer der Beklagten deren Weisungsrecht unterstanden. Dies sei von dem jeweiligen Montagemeister ausgeübt worden.



-7-

Bei seinem Einsatz in Eindhoven habe ausschließlich die Beklagte das Weisungsrecht ausgeübt. Sie habe die Arbeitszeit, den Umfang und die inhaltliche Ausgestaltung der Arbeiten bestimmt. Im Werk Traunreut der Siemens AG habe er gleichfalls unter der Aufsicht zweier Mitarbeiter der Beklagten gestanden. Deren Meister R habe ihm dort mehrfach erklärt, falls er selbst abwesend sei, müßten die Weisungen des Monteurs K befolgt werden.

Im Rahmen seiner Tätigkeit bei der Firma AUDI in Ingolstadt habe er gleichfalls in vollem Umfang den Weisungen der von der Beklagten eingesetzten fünf Meister unterstanden. Die bauleitenden Monteure der Beklagten hätten die jeweiligen Überstunden angeordnet. Nur bei Einsätzen, die - wie am 19. und 20. September 1981 - von vornherein auf ein Wochenende begrenzt gewesen seien, habe die Firma F die Überstunden angeordnet.

Für die Zeit ab 1. Juni 1981 habe ihm die Firma F eine Erhöhung der Vergütung um 2,-- DM zugesagt, diese aber nicht bezahlt.

Zur Berechnung seiner Ansprüche hat der Kläger die Ansicht vertreten, er könne die bei der Beklagten üblichen Leistungen verlangen. Im einzelnen hat der Kläger, soweit in der Revisionsinstanz noch von Bedeutung, folgende Forderungen geltend gemacht:

1. Auslösung von 65,-- DM pro Tag
für 30 Tage bei DAF in Eindhoven
von Mitte März bis zum 19. April 1980 1.950,-- DM



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

-8-

- | | |
|---|--------------|
| 2. Auslösung von 58,-- DM pro Tag
für die Zeit vom 1. Mai bis zum
1. August 1980 bei Siemens in
Traunreut, | 4.640,-- DM |
| für die Zeit vom 1. April bis zum
30. Juli 1981 bei Audi in Ingolstadt, | 6.380,-- DM |
| für den 19. und 20. September 1981
bei VW in Baunatal | 116,-- DM |
| 3. Zusatzvergütung von 2,-- DM pro Stunde
(nebst 13 % MWSt). Von seit dem 1. Juni
1981 gearbeiteten 224 Stunden für 150
Stunden brutto | 339,-- DM |
| 4. Vergütung für 18 am 19. und 20. Sep-
tember 1981 bei VW in Baunatal ge-
leistete Überstunden brutto | 528,-- DM |
| 5. Lohnfortzahlung für die Zeit vom
14. bis zum 31. Juli 1981 brutto | 3.322,20 DM |
| 6. Feiertagsvergütung für 7 Feiertage
(10 Stunden zu 23,73 DM) brutto | 1.661,10 DM. |

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn
5.850,30 DM brutto sowie 13.086,-- DM
netto zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat geltend gemacht, zwischen ihr und der Firma F hätten werkvertragliche Beziehungen bestanden. Demgemäß habe sie den Kläger nicht als ihren Arbeitnehmer, sondern als Erfüllungsgehilfen der Firma F behandelt. Im einzelnen hat sie vorgetragen:

Auf der Montagestelle in Eindhoven habe die Aufgabe ihres Bauleiters nur darin bestanden, die Leistungen sämtlicher Subunternehmer, darunter auch der F GmbH, zu koordinieren,



nicht aber darin, die Arbeitnehmer der Subunternehmer anzuweisen und zu beaufsichtigen.

Bei der Firma Audi habe der Kläger in der Montagekolonne der F GmbH unter Leitung von deren Kolonnenführer gearbeitet. Der Geschäftsführer habe die Baustelle überwacht. Die von ihr, der Beklagten, eingesetzten Bauleiter hätten die Subunternehmer koordiniert und Kontakt zur Firma Audi und den Mit-Auftragnehmern gehalten. Sie hätten gegenüber dem Kläger und seinen Kollegen keinerlei Weisungsbefugnis 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 F GmbH 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 sie wegen einer Verspätung des Zulieferers nicht im Werk hätten montiert werden können. Zu einer Vermischung von Arbeitnehmern der F GmbH und ihren eigenen Arbeitnehmern sei es nicht gekommen.

Im übrigen könne ein etwaiger Anspruch des Klägers nicht auf der Grundlage seines Werklohnes nebst Mehrwertsteuer 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 für den Arbeitstag eine Auslösung von höchstens 58,-- DM (oder 5,80 DM für die Stunde) erhalten. Rechne man den 16%igen Arbeitgeberanteil zu den Sozialversicherungsleistungen (2,08 DM) hinzu, so ergäben sich Arbeitgeberleistungen in Höhe von 20,88 DM die Stunde. Hilfsweise hat die Beklagte mit der Hälfte des auf den Kläger entfallenden Sozialversicherungsbeitrages, mit dem sie von der AOK belastet worden ist, das heißt in Höhe von 1.291,90 DM, aufgerechnet.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die Revision, mit der der Kläger seine Ansprüche weiterverfolgt. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

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

Die Revision ist nicht begründet.

I.1. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts als rechtzeitig eingelegt angesehen. Das Urteil des Arbeitsgerichts ist am 22. Juni 1982 verkündet und dem Kläger am 29. November 1982 zugestellt worden. Die Berufung ist am 23. Dezember 1982 eingegangen. Das war fristgerecht. Berufungs- und Revisionsfrist betragen im arbeitsgerichtlichen Verfahren ebenso wie im Verfahren vor den ordentlichen Gerichten je einen Monat (§ 66 Abs. 1 Satz 1, § 74 Abs. 1 Satz 1 ArbGG; § 516 1. Halbsatz, § 552 1. Halbsatz ZPO). Sie beginnen im Verfahren vor den ordentlichen



Gerichten mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefaßten Urteils, spätestens aber mit dem Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung (§ 516 2. Halbsatz, § 552 2. Halbsatz ZPO). Dagegen beginnt im arbeitsgerichtlichen Verfahren bei unterbliebener Zustellung mit Ablauf der Fünf-Monats-Frist der §§ 516, 552 ZPO noch nicht die Berufungs- oder Revisionsfrist, sondern wegen Fehlens der vorgeschriebenen Rechtsmittelbelehrung die Jahresfrist des § 9 Abs. 5 Satz 4 ArbGG (BAG Urteil vom 20. April 1956 - 1 AZR 448/54 - AP Nr. 7 zu § 611 BGB Urlaubsrecht, mit zustimmender Anm. von A. Hueck; BAG Beschluß vom 22. November 1966 - 4 AZR 402/66 - AP Nr. 14 zu § 9 ArbGG 1953, mit zustimmender Anm. von Zeuner; BAG Urteil vom 30. April 1971 - 3 AZR 198/70 - AP Nr. 15 zu § 9 ArbGG 1953). Das hat der Siebte Senat im Urteil vom 14. September 1984 (7 AZR 528/83) unter Bezugnahme auf die frühere Rechtsprechung mit näherer Begründung noch einmal klargestellt (AP Nr. 3 zu § 9 ArbGG 1979, zu II der Gründe).

Der Kläger hat daher die vorliegend erst am 29. Dezember 1982 ablaufende Frist zur Berufungseinlegung durch die am 23. Dezember 1982 eingegangene Berufungsschrift gewahrt.

2.a) Das Landesarbeitsgericht hat die Klage für unzulässig gehalten, soweit der Kläger eine Vergütungsdifferenz in Höhe von 339,-- DM und Feiertagslohnzahlung in Höhe von 1.661,10 DM verlangt. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Kläger habe nicht dargelegt, welche 150 Stunden der insgesamt 224 geleisteten Stunden er zur Entscheidung stelle und für welche sieben Feier-



tage er Vergütung beanspruche. Dem kann im Ergebnis nicht gefolgt werden.

Werden mit einer Klage ohne nähere Abgrenzung Teilbeträge von selbständigen Einzelforderungen geltend gemacht, so ist eine solche Teilklage allerdings unzulässig, weil es an der von § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO geforderten Bestimmtheit des Grundes des erhobenen Anspruchs fehlt (BGHZ 11, 181, 184; BGHZ 11, 192, 194 ff.). Wegen des Anspruchs auf Feiertagslohnzahlung liegt jedoch entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts keine Teilklage vor.

b) Der Kläger hat vorgetragen, in die Zeit vom 1. April 1981 bis zum 3. Juli 1981 seien sieben Feiertage gefallen, für die er keine Bezahlung erhalten haben. Für diese Tage hat er Feiertagslohnzahlung verlangt. Da in diese Zeit nicht mehr als sieben Feiertage gefallen sind, sind Gegenstand und Grund des erhobenen Anspruchs im Sinne von § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO hinreichend bestimmt angegeben.

c) Den Anspruch auf Zusatzvergütung hat das Landesarbeitsgericht im Ausgangspunkt zutreffend als unzulässige Teilklage angesehen. Entgegen seinem Vorbringen in der Revision (Bl. 49 SenA) hat der Kläger den Streitgegenstand weder durch Vorlage der Stundenzettel begrenzt (dies schon deshalb nicht, weil darin mehr als 150 Stunden bescheinigt sind) noch sonst zu erkennen gegeben, daß er seinen Anspruch auf das Entgelt für 150 Stunden beschränken wolle.



Dies führt jedoch nicht zur Unzulässigkeit der Klage. Es ist anerkannt, daß der Kläger den Mangel ungenügender Bestimmtheit im Laufe des Rechtsstreits - auch noch in der Revisionsinstanz - dadurch beheben kann, daß er die Klagesumme auf Einzelforderungen aufgliedert. Das ist in der Revisionsbegründung geschehen. Der Betrag von 2,-- DM die Stunde wird für die behauptete Tätigkeit vom 1. Juni bis zum 22. Juni 1981 sowie für die ersten sieben Arbeitsstunden am 27. Juni 1981 verlangt (Bl. 49 SenA).

II. Zumindest für die Zeit ab 1. April 1981 hat der Kläger die Voraussetzungen für das Bestehen arbeitsvertraglicher Beziehungen zur Beklagten nicht hinreichend dargelegt. Ansprüche auf Auslösung für Einsätze im Jahre 1980 scheitern daran, daß die F GmbH sämtliche Ansprüche für diese Zeit erfüllt hat.

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 Ar-



beitnehmer 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. unverschleierter) 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 auch das Landesarbeitsgericht ausgegangen. Es hat die Klage - soweit für zulässig angesehen - mit der Begründung abgewiesen, der Vortrag des Klägers rechtfertige nicht die Annahme, die Beklagte habe ihn als ihren Arbeit-



nehmer oder als Leiharbeitnehmer behandelt. Nach dem Vortrag der Beklagten seien die Werkverträge als solche abgewickelt worden. Der Kläger habe seiner Darlegungslast nicht genügt. Nachdem die Beklagte seinem allgemeingehaltenen Vortrag, er sei in den Betriebsablauf der Beklagten eingegliedert gewesen, ausschließlich deren Montagemeistern habe das Weisungsrecht zugestanden, unter Anführung von Beispielen substantiiert bestritten habe, habe es dem Kläger oblegen, sein Vorbringen näher zu konkretisieren. Das habe er trotz Hinweises in der Berufungsverhandlung nicht getan. Der Umstand, daß er sich seine Stunden auf Abrechnungszetteln der Beklagten von dieser habe bestätigen lassen, und der Vortrag, er habe gelegentlich Arbeitskleidung der Beklagten getragen, rechtfertigten keine andere Beurteilung.

Dem ist jedenfalls für die Ansprüche, die die Zeit ab 1. April 1981 betreffen, zu folgen. Entgegen der Auffassung der Revision hat der Kläger insoweit seiner Darlegungspflicht nicht genügt.

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 der darlegungspflichtigen 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, er habe dem alleinigen Weisungsrecht des jeweiligen Montagemeisters der Beklagten unterstanden. Dieser habe - außer bei Wochenendeinsätzen - auch die erforderlichen Überstunden angeordnet.

aa) Der Tatsachenvortrag des Klägers zum Montageplatz Audi beschränkt sich letztlich auf die namentliche Angabe der dort von der Beklagten eingesetzten Montagemeister. Demgegenüberüber hat die Beklagte im einzelnen vorgetragen, zu welchen Bedingungen die Firma F welche werkvertraglichen Leistungen zu erbringen hatte, welche ihrer eigenen Arbeitnehmer sie mit welchen Aufgaben im einzelnen dort einsetzte und wie die Mitarbeiter der Firma F dort tätig wurden. Darauf hat sich der Kläger nicht erklärt, auch nicht mit Nichtwissen, so daß der Tatsachenvortrag der Beklagten gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als unstreitig anzusehen ist.



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 einer 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, ferner seine Behauptung, er habe gelegentlich Arbeitskleidung getragen, die ihn als "E-Monteur" ausgewiesen hätten. Der Kläger hat dies jedoch nicht im Hinblick auf den Montageplatz Audi vorgetragen, was bei der anzustellenden Einzelbetrachtung erforderlich gewesen wäre. Zudem hat die Beklagte dies einleuchtend damit erklärt, daß dem Absprachen mit dem Werkschutz ihrer Bestellerfirma zugrunde gelegen hätten.

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.

bb) Gleiches gilt für den Einsatz des Klägers in Baunatal (VW) am Sonnabend, dem 19., und am Sonntag, dem 20. September 1981.

Unstreitig arbeitete der Kläger dort allein und selbständig unter Benutzung von Werkzeug der Firma F ; unstreitig waren keine Mitarbeiter der Beklagten anwesend. Die allgemeinen Behauptungen, der jeweilige Montagemeister habe das Direktionsrecht ausgeübt, und es sei zu einer "Vermischung" mit Arbeitnehmern der Beklagten gekommen, können daher für diesen Montageplatz nicht zutreffen. Allein die Tatsache, daß dieser Umbauftrag zwischen der Firma F und der Beklagten offenbar auf Stundenbasis abgerechnet wurde und der Kläger wohl gerade auf dieser Baustelle Arbeitskleidung mit der Aufschrift "E " trug, reicht für die Annahme von Arbeitnehmerüberlassung nicht aus. An weiterem



substantiierten Vortrag des Klägers fehlt es.

Für das Jahr 1981 sind demnach die tatsächlichen Voraussetzungen für das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten nicht dargetan. Ob der Kläger Arbeitnehmer der Firma F war, wofür vieles spricht, kann dahinstehen.

Damit erweist sich die Klage hinsichtlich aller Ansprüche aus 1981 einschließlich Lohnfortzahlung und Feiertagslohnzahlung als unbegründet.

cc) Hinsichtlich des Einsatzes bei der Siemens AG, der bis zum 1. August 1980 dauerte, hat der Kläger dagegen substantiiert vorgetragen, der dort tätige Montagemeister R habe ihm mehrfach erklärt, bei Abwesenheit habe er die Weisungen des Monteurs K zu befolgen. Die Beklagte hat sich dazu nicht erklärt; es fehlt überhaupt jeder Vortrag der Beklagten zu den Verhältnissen auf diesem Montageplatz. Die Behauptungen des Klägers sind danach als unstreitig anzusehen (§ 138 Abs. 2, 3 ZPO). Dieser Umstand spricht für das Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung.

Jedoch kann das sowohl für diesen Einsatz wie auch für den vorangegangenen Einsatz bei der Firma DAF in Eindhoven letztlich dahinstehen, da sich die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts aus anderen Gründen als richtig erweist, so daß die Revision auch insoweit zurückzuweisen war (§ 563 ZPO).

3. Der Kläger macht für seinen Einsatz im Jahr 1980 nur Auslö-



sung in Höhe von 65,-- DM bzw. 58,-- DM pro Tag geltend. Das sind Leistungen, von denen er behauptet, die Beklagte habe sie ihren vergleichbaren Arbeitnehmern erbracht.

Nach Art. 1 § 10 Abs. 1 Satz 4 und Satz 5 AÜG hat der Arbeitnehmer gegen den Entleiher Anspruch auf die dort üblicherweise erbrachten Leistungen, mindestens aber auf das mit dem Verleiher vereinbarte Arbeitsentgelt. In Art. 1 § 13 AÜG fehlt eine vergleichbare Bestimmung. Nach einer Auffassung ist § 10 Abs. 1, also auch dessen Satz 5, entsprechend anwendbar (so Becker/Wulfgramm, aaO, Art. 1 § 13 Rz 3); nach einer anderen Meinung bestimmen sich die Ansprüche des Arbeitnehmers allein nach den im Beschäftigungsbetrieb geltenden Regelungen, nicht dagegen nach den Absprachen zwischen Arbeitnehmer und Vermittler (so Sandmann/Marschall, aaO, Art. 1 § 13 Anm. 5, 6). Dieser Meinungsstreit braucht hier jedoch nicht weiter erörtert zu werden, da der Kläger sich für das Jahr 1980 nicht auf seine Abreden mit der Firma F beruft, sondern nur die bei der Beklagten üblichen Leistungen begehrt.

Nach dem unbestritten gebliebenen Vortrag der Beklagten zahlte sie ihren vergleichbaren Monteuren einen Stundenlohn von 13,-- DM und - im Inland - eine Auslösung von 58,-- DM pro Tag.

Die Beklagte hat errechnet, daß sie bei einer durchschnittlichen Arbeitszeit von 10 Stunden pro Tag einschließlich der Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung und der Auslösung pro Arbeitsstunde 20,88 DM (13,-- DM + 2,08 DM + 5,80 DM) aufgewandt



hätte. Der Kläger hat vorgetragen, die Beklagte habe für den Auslandseinsatz eine Auslösung von täglich 65,-- DM gezahlt. Da es jedoch an einem Beweisantritt fehlt, ist auch für den Einsatz bei der Firma DAF in Eindhoven ein Betrag von 58,-- DM als Auslösung zugrunde zu legen. Im übrigen hat der Kläger der Berechnung der Beklagten nicht widersprochen. Es ist daher davon auszugehen, daß er auch bei seinen Einsätzen im Jahre 1980 10 Stunden pro Tag gearbeitet hat, was er im übrigen auch bei der Berechnung seiner Forderung auf Feiertagslohnzahlung für 1981 in Ansatz gebracht hat.

Der Kläger hat nicht vorgetragen, wie die Firma F seine Einsätze im Jahre 1980 vergütet hat. Daraus ist zu schließen, daß er die vertraglich vorgesehene Stundenvergütung von 22,-- DM bzw. 26,-- DM zuzüglich Mehrwertsteuer erhalten hat.

Der Kläger vertritt offenbar die Ansicht, die Beklagte schulde ihm Auslösung, weil die Firma F eine solche nicht gezahlt hat. Dies trifft aus zwei Gründen nicht zu. Zum einen war nach § 2 des Vertrages zwischen der F GmbH und dem Kläger in der Stundenvergütung die kalendertägliche Auslösung mit enthalten. Zum anderen darf sich der Kläger nicht irgendwelche Einzelleistungen herausgreifen. Vielmehr sind die Gesamtleistungen der Firma F für den Anspruchszeitraum den Gesamtleistungen der Beklagten für vergleichbare Arbeitnehmer gegenüberzustellen. Ein Anspruch könnte nur insoweit bestehen, als für den Anspruchszeitraum die bei der Beklagten üblichen Leistungen höher sind als diejenigen, die der Kläger von der Firma F erhalten



ten hat.

Dies ist jedoch nicht der Fall. Der Kläger hat pro Arbeitsstunde 22,-- DM bzw. 26,-- DM (zuzüglich MWSt) erhalten, während die Beklagte betriebsüblich 20,88 DM aufgewandt hätte. Der Kläger hat danach mehr erhalten, als er gegenüber der Beklagten beanspruchen könnte.

Dr. Thomas

Dr. Gehring

Ascheid

Dr. Florack

Werner



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)