

Aktenzeichen: 7 AZR 217/94
Bundesarbeitsgericht 7. Senat

Urteil vom 09. November 1994
- 7 AZR 217/94 -

I. Arbeitsgericht
Mönchengladbach

Urteil vom 10. Februar 1993
- 5 Ca 1464/92 -

II. Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Urteil vom 23. November 1993
- 3 Sa 542/93 -

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



Entscheidungsstichwort:

Arbeitnehmerüberlassung

Gesetz:

AÜG Art. 1 § 1 Satz 1, § 9 Nr. 1, § 10 Abs. 1 Satz 1; HGB
§ 84 Abs. 1 Satz 2

Leitsätze:

1. Die Anwendung des AÜG bei "freien Mitarbeitern" setzt zunächst voraus, daß ihre Tätigkeit im Verhältnis zu ihrem Vertragspartner die eines Arbeitnehmers ist.
2. Arbeitnehmerüberlassung liegt vor, wenn der Werk- oder Dienstleistungsunternehmer nicht über die betrieblichen oder personellen Voraussetzungen verfügt, die Tätigkeit der von ihm zur Erfüllung vertraglicher Pflichten im Betrieb eines Dritten eingesetzten Arbeitnehmer vor Ort zu organisieren und ihnen Weisungen zu erteilen.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

7 AZR 217/94

3 Sa 542/93 Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
9. November 1994

U r t e i l

Siegel,
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 9. November 1994 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Weller, den Richter Prof. Dr. Steckhan und die



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Richterin Schmidt sowie die ehrenamtlichen Richter Seiler und Prof. Dr. Knapp für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 23. November 1993 - 3 Sa 542/93 - aufgehoben.
2. Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

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 über das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses aufgrund unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung und daraus folgende Gehaltsansprüche.

Die Beklagte, ein führendes Unternehmen der Computerindustrie, war mit der Entwicklung einer Verfahrenstechnik zur Kommunikation ihrer Computer über ein ISDN-Telefonnetz befaßt. Hierzu benötigte sie bestimmte "Cards" sowie einen sogenannten "AIX RS-6000 ISDN Device Driver" in Form eines EDV-Programms. Zu diesem Zweck nahm sie Kontakt zur Firma G GmbH (G GmbH) mit Sitz in M auf, die keine Genehmigung zur gewerbsmäßigen Überlassung von Arbeitnehmern an Dritte gemäß Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) besitzt.



Mitte Dezember 1991 erhielt der in New York wohnende Kläger, ein Programmierer, eine Anfrage der englischen Firma G Ltd., ob er bereit sei, für die Beklagte zur Erstellung einer S/O-Card tätig zu werden. Daraufhin schloß der Kläger am 15. Januar 1992 einen Vertrag mit der G GmbH. Nach Ziffer I 1 des Vertrages verpflichtete er sich, die Dienstleistung der Software-Entwicklung persönlich für die G GmbH zu liefern und Anforderungen Dritter zur Leistungserbringung nur mit schriftlicher Genehmigung der G GmbH Folge zu leisten. Die nach diesem Vertrag geschuldete Leistung umfaßte das Schreiben einer "S/O-Card" und eines "AIX RS/6000 ISDN Device Drivers" für die "S/O-Card". Die Dienstleistung war zunächst auf 85 Manntage begrenzt; sie sollte am 15. Januar 1992 beginnen und am 16. Mai 1992 beendet sein. Als "Arbeitsplatz" wurde die Zweigstelle N der Beklagten festgelegt. Der Kläger verpflichtete sich, die Arbeiten auf einer "RS/6000-Maschine" auszuführen. Ausnahmen bedurften der Zustimmung der G GmbH. Die Arbeiten waren innerhalb der Geschäftszeiten bei I oder der G GmbH zu erbringen. Außerdem wurde ein Projektplan festgelegt, der die einzelnen Projektschritte und einen dafür vorgesehenen Zeitrahmen enthielt. Als Entgelt sollte eine Pauschalsumme in Höhe von 92.440,-- DM an den Kläger gezahlt werden; Abschlagszahlungen waren entsprechend einzelner Projektabschnitte fällig. In dem Vertrag war die Anwendung deutschen Rechts vereinbart.

Am 15. Januar 1992 nahm der Kläger seine Tätigkeit bei der Beklagten auf. Im September 1992 entschied sich die Beklagte dafür, das Projekt nicht weiter zu verfolgen. Für seine bis dahin



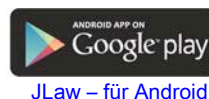
erbrachten Leistungen erhielt der Kläger von der G GmbH einen Betrag von 29.000,-- DM. Gegenüber der Beklagten macht er nunmehr eine Vergütung von 130,-- DM pro Stunde für die von Januar bis Ende August 1992 geleisteten 1.451 und weitere 40 Arbeitsstunden für September 1992 geltend.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, bei seiner Tätigkeit für die Beklagte habe es sich um eine unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung gehandelt. Er habe in deren N Zweigniederlassung in einem Team, das aus mehreren Mitarbeitern der Beklagten bestand, seine Arbeit verrichten müssen. Über seine Arbeitszeit habe er im wesentlichen nicht frei verfügen können. Die Beklagte habe von ihm die Aufstellung der geleisteten Stunden gefordert. Er habe ihrer Weisungsbefugnis unterlegen. Entgegen seinen Vorstellungen sei er von Mitarbeitern der Beklagten angewiesen worden, die erforderlichen Tests nicht wie von ihm geplant mit einem sogenannten "skbustr/kbustr-Verfahren" durchzuführen. Auf Anweisung der Beklagten habe er die Systemintegration mit dem "kernel-mode-test" durchführen müssen. Die Anwendung des von ihm geplanten "user-mode-test" sei ihm untersagt worden. Hierbei handle es sich um unterschiedliche Verfahren zur Entwicklung eines "Device Drivers". Hinsichtlich des "Device Drivers" habe es an einer konkreten Leistungsbeschreibung der geforderten Eigenschaften gefehlt. Die in der angeblichen Bestellung vom 23. Januar 1992 erwähnte Leistungsbeschreibung mit der Nr. EA 586404 existiere nicht; sie finde sich auch nicht in einem Rahmenvertrag vom 12. September 1990. Weisungen zum Leistungsgegenstand seien daher unvermeidbar gewesen. Ein Mitarbeiter der Beklagten habe

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



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



von ihm bereits Anfang Februar 1992 die Erstellung einer sogenannten "SEPARATE-CATCHER-AND-LISTENER-Vorkehrung" für den "Device Driver" und im März 1992 die eines sogenannten "B2 Interface" verlangt. Auch sei er von ihr für die Arbeiten an einem bestimmten "Microcode-Loader-Programme" eingesetzt worden. Schließlich habe ihn die Beklagte im April 1992 angewiesen, neben den Arbeiten an der "S/O-Card" mit der Entwicklung einer leistungsfähigeren "S/2-Card" zu beginnen. Ein Vertrag hierüber sei mit der G GmbH erst im Juni 1992 abgeschlossen worden. Auch dieser Vertrag habe keine konkrete Leistungsbeschreibung enthalten. Im übrigen sei die G GmbH als Vertragspartnerin der Beklagten weder in personeller noch in technischer Hinsicht in der Lage, die zur Erreichung des wirtschaftlichen Erfolges notwendigen Handlungen selbst zu organisieren. Bei der G GmbH handele es sich um eine zu dem englischen G -Konzern gehörende Briefkastenfirma. Sie sei erst zwei Monate nach Schließung des behaupteten Rahmenvertrages vom 12. September 1990 mit der Beklagten gegründet worden. Er sei bei der Beklagten nicht aufgrund seines spezifischen Fachwissens, sondern als zusätzliche Arbeitskraft tätig geworden. Im übrigen habe er von dem bei der Beklagten angestellten Herrn S am 15. Juli 1992 die Zusage erhalten, wonach seine Tätigkeit von der Beklagten mit 130,-- DM pro Stunde vergütet werde.

Der Kläger hat zuletzt im Berufungsverfahren beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger
193.830,-- DM nebst 4 % Zinsen seit Rechtshängigkeit zu zahlen.



Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Die Beklagte behauptet, der Kontakt des Klägers mit ihren Mitarbeitern habe sich auf die Besprechung der organisatorischen Voraussetzungen für dessen Tätigwerden beschränkt. Seine Arbeiten seien abschnittsweise von ihr auf ihre sachliche Richtigkeit hin überprüft worden. Eine Eingliederung in ihren Betrieb habe nicht stattgefunden. Der Kläger habe sich mehrmals während seiner Tätigkeit für zwei bis drei Wochen in New York aufgehalten. Die ihm erteilten Weisungen seien sämtlich auf die Beschaffenheit des herzustellenden Produkts beschränkt gewesen. Der von ihr angeordnete "kernel-mode-test" habe zum Nachweis der Lauffähigkeit als geforderte Eigenschaft des "Drivers" gehört; davon sei die Produktherstellung nicht betroffen gewesen. Die Ausdehnung des Werkvertrages vom 23. Januar 1992 auf die Entwicklung des "S/2m-Device-Driver" sei auf der Grundlage des Zusatzvertrages vom 15. Juni 1992 und des Rahmenvertrages vom 12. September 1990 erfolgt. Zur Definition des Gewerks habe ein Phasenplan der G GmbH mit Zwischenergebnis gedient. Zusätzliche Qualitätsprüfungen hätten sich ebenfalls im Rahmen des werkvertraglich Vereinbarten gehalten. Die für eine Anwendung des Art. 1 § 10 AÜG erforderliche Kenntnis der zum Abschluß von Arbeitsverträgen seitens der Beklagten berechtigten Personen von einer etwaig davon abweichenden Werkvertragspraxis sei nicht gegeben. Im übrigen müsse sich der Kläger die von der G GmbH erhaltenen Zahlungen anrechnen lassen.



Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht unter Zulassung der Revision zurückgewiesen. Mit seiner Revision beantragt der Kläger eine Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 193.830,-- DM zuzüglich 4 % Zinsen seit Rechtshängigkeit. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

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

Die zulässige Revision ist im Sinne der Aufhebung und Zurückverweisung begründet. Es bedarf weiterer Sachverhaltsfeststellungen des Landesarbeitsgerichts, um über das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses infolge unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung und daraus folgende Gehaltsansprüche eine abschließende Entscheidung treffen zu können.

I. Zwischen den Parteien ist kein Arbeitsverhältnis durch Abschluß einer vertraglichen Vereinbarung zustande gekommen. Wie das Landesarbeitsgericht zutreffend festgestellt hat, lassen weder die Benennung einer Vergütungshöhe noch die weiteren von dem Kläger dargelegten Gesamtumstände den Schluß zu, daß die Parteien des Ausgangsverfahrens aufgrund der Äußerungen eines Mitarbeiters der Beklagten am 15. Juli 1992 ein Arbeitsverhältnis begründen wollten. Die dagegen erhobenen Verfahrensrügen sind unzulässig. Sie lassen nicht erkennen, inwieweit das angegriffene Urteil auf übergegangenem Vorbringen des Klägers beruhen soll.



II. Die auf Gewährung einer üblichen Vergütung gerichtete Klage hat daher nur Erfolg, wenn trotz des entgegenstehenden Parteiwillens ein Arbeitsverhältnis als zustande gekommen gilt, weil die Voraussetzungen des Art. 1 § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG vorliegen.

Die Anwendung des AÜG setzt zunächst voraus, daß die Tätigkeit des Klägers die eines Arbeitnehmers war (Art. 1 § 1 Satz 1 AÜG). Das Landesarbeitsgericht hätte daher prüfen müssen, ob der Kläger aufgrund seiner vertraglichen Beziehungen zur G GmbH Arbeitnehmer war oder als selbständiger Werkunternehmer tätig geworden ist. Selbständige können nicht als Leiharbeitnehmer an Entleiher überlassen werden (LAG Baden-Württemberg Urteil vom 28. Juni 1984 - 7 Sa 129/83 - EzAÜG Nr. 155; Schüren, AÜG, Art. 1 § 1 Rz 35).

1. Ob der Kläger selbständiger Werkunternehmer oder Arbeitnehmer war, entscheidet sich nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht anhand der von den Vertragsparteien gewählten Typenbezeichnung des Vertrages oder der von ihnen gewünschten Rechtsfolge. Entscheidend ist der tatsächliche Geschäftsinhalt, der sich aus der getroffenen Vereinbarung und deren praktischen Durchführung ergibt. Stehen beide nicht in Einklang, ist die faktische Vertragsausführung maßgebend (BAG Beschluß vom 30. Oktober 1991 - 7 ABR 19/91 - AP Nr. 59 zu § 611 BGB Abhängigkeit, zu B II 1 der Gründe, m.w.N.).



2. Nach ständiger Rechtsprechung (BAG Urteile vom 9. September 1981, BAGE 36, 77 = AP Nr. 38 zu § 611 BGB Abhängigkeit; 13. Januar 1983, BAGE 41, 247 = AP Nr. 42 zu § 611 BGB Abhängigkeit; 9. Juni 1993 - 5 AZR 123/92 - AP Nr. 66 zu § 611 BGB Abhängigkeit, m.w.N.) unterscheidet sich ein Arbeitsverhältnis von dem Rechtsverhältnis eines freien Mitarbeiters (Dienstvertrag) oder eines selbständigen Werkunternehmers durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit. Danach ist Arbeitnehmer, wer seine vertraglich geschuldete Leistung im Rahmen einer von einem Dritten bestimmten Arbeitsorganisation zu erbringen hat. Ein typisches Abgrenzungsmerkmal enthält § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB. Danach ist selbständig, wer im wesentlichen seine Tätigkeit frei gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Über ihren unmittelbaren Anwendungsbe- reich hinaus enthält diese Vorschrift eine allgemeine gesetzge- berische Wertung, die für die Abgrenzung einer selbständigen von einer unselbständigen Tätigkeit von Bedeutung ist. Abhängig be- schäftigt ist danach derjenige, der in eine fremde Arbeitsorgani- sation eingegliedert ist, weil er hinsichtlich Ort, Zeit und Aus- führung seiner Tätigkeit einem umfassenden Weisungsrecht seines Vertragspartners (Arbeitgebers) unterliegt.

3. Nach dem Inhalt des zwischen dem Kläger und der G GmbH abgeschlossenen Vertrages vom 15. Januar 1992 spricht vieles dafür, daß ein Arbeitsverhältnis zwischen den Vertragsparteien bestanden hat.

Entsprechend Ziff. I 1 des Vertrages vom 15. Januar 1992 war der Kläger zur persönlichen Erbringung von Dienstleistungen der



Software-Entwicklung verpflichtet. Seine Arbeit umfaßte nach Ziff. 1 a des Vertragsanhangs das Schreiben einer "S/O-Card" und eines "AIX RS/6000 ISDN-Device-Driver" für diese "S/O-Card". Der Kläger hatte die Arbeiten auf einer "RS/6000-Maschine" in der I -Zweigniederlassung in N auszuführen. Ausnahmen hiervon bedurften einer Genehmigung der G GmbH. Die bei I und der G GmbH geltenden Bürozeiten hatte der Kläger einzuhalten. Das kann in dem Sinne verstanden werden, daß der Kläger persönlich, zeitlich und örtlich in eine von der G GmbH vorgegebene Arbeitsorganisation eingegliedert war, ohne daß ersichtlich wird, daß die Eingliederung durch Art und Inhalt der zu erbringenden Werk- bzw. Dienstleistung bedingt gewesen wäre. Hinzu kommt, daß der Kläger nach dem Vertragsinhalt Kunden gegenüber als "Repräsentant" der G GmbH aufzutreten hatte. Darüber hinaus war er nicht nur zur Dokumentation seiner Arbeitsleistung, sondern auch zur Führung eines Projekttagebuchs verpflichtet, hinsichtlich dessen sich die G GmbH ein ständiges Überprüfungsrecht ausbedungen hatte. Zwar könnten die vereinbarte Pauschalzahlung sowie die von dem Kläger übernommenen Gewährleistungspflichten gegen das Vorliegen eines Arbeitsvertrages sprechen. Doch kommt diesen Vertragsbestimmungen kein entscheidendes Gewicht zu. In Anbetracht der zeitlichen, örtlichen und persönlichen Vorgaben können werkvertragliche Gewährleistungspflichten oder Zahlungsmodalitäten alleine dem zugrunde liegenden Vertragsverhältnis nicht das arbeitsrechtliche Gepräge nehmen. Das gilt vor allem dann, wenn es an weiteren werkvertragstypischen Regelungen fehlt. Hierfür kann der Ausschluß einer Erfolgsvergütung im Falle einer vorzeitigen von der G GmbH zu vertretenden Vertragskündigung von Bedeutung sein (Ziff. IX 2 des Vertrages).



Das Landesarbeitsgericht wird ferner zu bedenken haben, daß der Kläger nach seinem unstreitigen Vorbringen ab April 1992 mit dem Schreiben einer "S/2m-Card" und eines dazu gehörenden "Device-Drivers" befaßt war. Diese Tätigkeit war in dem Vertrag vom 15. Januar 1992 nicht geregelt und ging auch über dessen zeitliche Geltung bis 16. Mai 1992 weit hinaus. Die vorzunehmenden Programmierleistungen hat der Kläger in N auf der Anlage der Beklagten und unter Einhaltung der üblichen Bürozeiten verrichtet. Inwieweit diese Umstände für die Arbeitnehmereigenschaft des Klägers von Bedeutung sind, wird das Berufungsgericht ebenfalls noch zu würdigen haben.

III. Nach Art. 1 § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG gilt ein Arbeitsverhältnis zwischen einem Entleiher und einem Leiharbeitnehmer als zustande gekommen, wenn der (Arbeits-)Vertrag zwischen einem Verleiher und einem Leiharbeitnehmer nach Art. 1 § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam ist. Das ist der Fall, wenn der Arbeitgeber als Verleiher einem Dritten, dem Entleiher, den Arbeitnehmer gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen hat, ohne die dazu erforderliche Erlaubnis zu besitzen. Ist der Vertrag seiner rechtlichen Qualifikation nach darauf gerichtet, den Arbeitnehmer als Erfüllungsgehilfen im Rahmen eines Dienst- oder Werkvertrags im Betrieb des Dritten einzusetzen, finden die Vorschriften des AÜG keine Anwendung.

Wie das Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung entschieden hat (Urteile vom 30. Januar 1991, BAGE 67, 124 = AP



Nr. 8 zu § 10 AÜG; 31. März 1993 - 7 AZR 338/92 - EzA § 10 AÜG Nr. 5, jeweils m.w.N.), ist maßgeblich für die rechtliche Einordnung der jeweiligen Verträge weder die von den Parteien gewünschte Rechtsfolge noch die von ihnen gewählte Bezeichnung, sondern der tatsächliche Geschäftsinhalt. Dieser kann sich sowohl aus den ausdrücklichen Vereinbarungen der Vertragsparteien als auch aus der praktischen Durchführung des Vertrags ergeben. Widersprechen sich beide, ist die tatsächliche Vertragsausführung maßgebend, weil die Vertragspraxis zuverlässige Rückschlüsse auf das zwischen den Vertragsparteien wirklich Gewollte erlaubt.

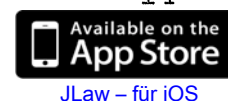
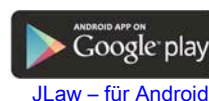
1. Damit kommt es für die Entscheidung des Rechtsstreits darauf an, ob die vertraglichen Beziehungen zwischen der Beklagten und der G GmbH, aufgrund deren der Kläger im Betrieb der Beklagten tätig geworden ist, ihrem Geschäftsinhalt nach auf Arbeitnehmerüberlassung gerichtet sind. Handelt es sich dagegen um Verträge dienst- oder werkvertraglicher Art, wird nach Art. 1 § 10 AÜG ein Arbeitsverhältnis nicht fingiert.

2. Das Landesarbeitsgericht hat die Charakterisierung der Vertragsbeziehungen zwischen der Beklagten und der G GmbH allein anhand der vom Kläger behaupteten praktischen Durchführung geprüft. Es hat das Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassungsverträgen verneint und die Klage vor allem wegen Unschlüssigkeit des klägerischen Vorbringens abgewiesen. Diese Ausführungen des Landesarbeitsgerichts sind nicht rechtsfehlerfrei.

a) Zutreffend ist das Landesarbeitsgericht von den vom Bundes-

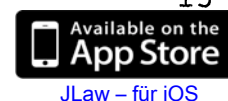
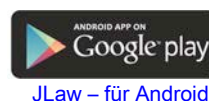


arbeitsgericht entwickelten Grundsätzen zur Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung gegenüber einem Einsatz auf werk- oder dienstvertraglicher Grundlage ausgegangen. Danach ist die Arbeitnehmerüberlassung dadurch gekennzeichnet, daß dem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt werden, die er seinen Vorstellungen und Zielen gemäß in seinem Betrieb wie eigene Arbeitnehmer einsetzt. Die entliehenen Arbeitskräfte sind vollständig in den Betrieb des Entleihers eingegliedert und führen ihre Arbeiten allein nach dessen Weisungen durch. Dagegen beschränkt sich die Vertragspflicht des Verleihers auf die Auswahl des Arbeitnehmers. Sie endet, sobald er dem Entleiher die Arbeitskraft zur Verfügung gestellt hat. Er haftet nur für das Verschulden bei der Auswahl des Arbeitnehmers. Im Gegensatz dazu wird bei einem Werk- oder Dienstvertrag ein Unternehmer für einen anderen tätig. Er organisiert die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolges notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen. Für die Erfüllung der vertraglichen Dienste oder des vertraglich geschuldeten Werkes bleibt er seinem Auftraggeber gegenüber verantwortlich. Die zur Ausführung der vertraglich geschuldeten Leistung eingesetzten Arbeitnehmer unterliegen als Erfüllungsgehilfen des Werkunternehmers dessen Weisungsbefugnis. Der Werkbesteller kann dem Werkunternehmer oder dessen Erfüllungsgehilfen lediglich solche Anweisungen erteilen, die sich auf die Ausführung (§ 645 Abs. 1 Satz 1 BGB), nicht aber auf das Werk beziehen (BAG Urteile vom 30. Januar 1991, aaO, zu III 1 der Gründe; 13. Mai 1992 - 7 AZR 284/91 - EzA § 10 AÜG Nr. 4, unter I 1 und 2 der Gründe; 31. März 1993, aaO, zu I 3 der Gründe, jeweils m.w.N.).



b) Nach Ansicht des Landesarbeitsgerichts waren die von dem Kläger zu erbringenden Leistungen werkvertragüblich. Anhand dessen Vortrag sei nicht zu erkennen, daß die von ihm behaupteten Weisungen der Beklagten erst den Gegenstand der vertraglich geschuldeten Leistung bestimmt hätten, weil die typischerweise im Tätigkeitsbereich des Klägers gegebene Abhängigkeit von Daten und Informationen den Vertragsbeziehungen kein arbeitsrechtliches Gepräge geben könne.

Diese Würdigung hält einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. Die vom Landesarbeitsgericht unter Zugrundelegung des klägerischen Vorbringens in Blick genommene Leistungsbeschreibung bezieht sich auf den zwischen der G GmbH und dem Kläger geschlossenen Vertrag, der für die Beurteilung der maßgeblichen vertraglichen Beziehungen zwischen der Beklagten und der G GmbH ohne Bedeutung ist. Ob es sich bei den von dem Kläger behaupteten Weisungen der Beklagten um die Ausübung einer werkvertraglichen Anweisungsbefugnis des Bestellers gehandelt hat oder ob sie arbeitsvertraglicher Art waren, ist zunächst nach den zwischen dem Werkbesteller und seinem Vertragspartner geschlossenen Vereinbarungen zu prüfen. Die Ausführung ausschließlich werkvertraglicher Befugnisse und der damit verbundenen Kontroll- und Überprüfungsrechte schließt das Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung aus. Doch muß die Weisung des Werkbestellers gegenständlich begrenzt auf das konkrete Werk bezogen sein. Fehlt es an einem abgrenzbaren, dem Werkunternehmer als eigene Leistung zurechenbaren und abnahmefähigen Werk, deutet dies auf Arbeitnehmerüberlassung hin, weil der Besteller dann durch seine Anweisungen



den Gegenstand der von dem Arbeitnehmer zu erbringenden Leistung überhaupt erst bestimmt und damit Arbeit und Einsatz für ihn bindend organisiert (BAG Urteil vom 30. Januar 1991, aaO, zu IV 1 der Gründe).

Dieser Frage ist das Landesarbeitsgericht nicht nachgegangen, obwohl der Kläger in zulässiger Weise mit Nichtwissen das Vorliegen eines hinreichend konkreten Leistungsgegenstandes in der Bestellung vom 23. Januar 1992 und dem Rahmenvertrag vom 12. September 1990 bestritten und vor allem das Vorhandensein einer der in der Bestellung erwähnten Leistungsbeschreibung mit der Bezeichnung EA 586404 in Abrede gestellt hat. Zur Feststellung des Leistungsgegenstandes hätte sich das Landesarbeitsgericht jedoch aufgrund des weiteren Vorbringens des Klägers veranlaßt sehen müssen. Ohne Kenntnis des vertraglichen Leistungsumfangs und Leistungsgegenstands konnte das Landesarbeitsgericht nicht zuverlässig beurteilen, ob es sich um die von dem Kläger geforderte Erstellung einer sogenannten "SEPARATE-CATCHER-AND-LISTENER-Vorkehrung", eines sogenannten "B2-Interface" und seine Mitwirkung an einem "Microcode-Loader-Programme" um die Erfüllung einer vertraglich übernommenen Verpflichtung der G GmbH handelte oder ob sie aufgrund arbeitsvertraglicher Anweisungen erbracht wurden. Zwar können diese Arbeiten, wovon das Landesarbeitsgericht ausgeht, punktueller Art sein, die nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts einem Rechtsverhältnis nicht zwangsläufig das entscheidende arbeitsrechtliche Gepräge geben müssen (BAG Urteil vom 30. Januar 1991, aaO, zu IV 2 der Gründe). Doch sind einzelne Vorgänge der Vertragsabwicklung zur Feststel-



lung eines vom Wortlaut des Vertrages abweichenden Geschäftsinhalts nur geeignet, wenn es sich um beispielhafte Erscheinungsformen einer durchweg geübten Vertragspraxis handelt. Dafür ist nicht die Häufigkeit, sondern Gewicht und Bedeutung der behaupteten Vertragsabweichung entscheidend.

In diesem Zusammenhang hat das Landesarbeitsgericht zwar zutreffend erkannt, daß eine achtmonatige Tätigkeit des Klägers im Betrieb der Beklagten innerhalb deren Bürozeiten, das Führen von Stundennachweisen, der Abrechnungsmodus nach Stundensätzen und die regelmäßigen Teilnahmen an Teambesprechungen nicht zwingend auf eine volle betriebliche Eingliederung des Klägers schließen lassen. Derartige Vorgaben und Abstimmungen können durch Art und Inhalt der zu erbringenden Werk- oder Dienstleistung bedingt, aber auch Ausdruck einer Personalhoheit der Beklagten sein (BAG Urteil vom 30. Januar 1991, aaO, zu III 3 b der Gründe). Hierüber entscheiden letztlich die zwischen der Beklagten und G GmbH getroffenen Vereinbarungen; eine allgemeine Werk- oder Dienstvertragsüblichkeit genügt entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts nicht.

Dem Landesarbeitsgericht ist auch nicht darin zu folgen, als es der ab April 1992 erteilten Weisung für die Arbeiten an der "S/2-Card" keine Bedeutung beigemessen hat. Nach der von der Beklagten vorgelegten Bestellung vom 23. Januar 1992 wurde mit der G GmbH die Erstellung eines "ISDN-Device-Driver" unter "AIX RS/6000" vereinbart, für den ein Leistungszeitraum vom 15. Januar 1992 bis zum 16. Mai 1992 vorgesehen war. Dieser Lei-



stungsgegenstand erfaßte offensichtlich nicht die von dem Kläger ab April 1992 erbrachten Arbeiten für eine "S/2-Card", hinsichtlich deren die Beklagte erst am 15. Juni 1992 mit der G GmbH einen weiteren "Werkvertrag" über Programmierleistungen im Projekt "AIX-Device-Driver für ISDN-S/2m" für den Zeitraum 29. Juni 1992 bis 18. Dezember 1992 geschlossen hat. Danach war der Kläger nach Weisung der Beklagten über den zuvor vereinbarten Leistungszeitraum hinweg vom 17. Mai 1992 bis zum 28. Juni 1992 ohne erkennbare vertragliche Vereinbarung mit der G GmbH für die Beklagte in deren Zweigniederlassung in Neuss innerhalb der betriebsüblichen Arbeitszeiten tätig. Hat demnach die Beklagte nachheliegenderweise für diesen Zeitraum nicht nur Inhalt, sondern auch Ort und Zeit der Leistung bestimmt, läßt sich die Annahme des Landesarbeitsgerichts, eine betriebliche Eingliederung sei nicht feststellbar, ab diesem Zeitpunkt nicht mehr aufrechterhalten. Konnte aber die Beklagte ohne Rücksicht auf vertragliche Verabredungen mit ihrer Vertragspartnerin über die Arbeitskraft des Klägers über mehrere Wochen hinweg verfügen, deutet dies auf Arbeitnehmerüberlassung hin. Das Landesarbeitsgericht wird in diesem Zusammenhang aber noch zu klären haben, ob die Beklagte und die G GmbH die von dem Kläger vor dem 29. Juni 1992 erbrachten Programmierleistungen für das Projekt "S/2m" auch rückwirkend regeln wollten. Der Bestellung vom 15. Juni 1992, die ausdrücklich einen Leistungszeitraum vom 29. Juni 1992 bis 18. Dezember 1992 festlegt, deutet auf einen solchen Willen nicht hin, zumal die von der Beklagten vorgenommene Vergütung in Höhe von 59.512,-- DM (43 Tage à 8 Stunden à 173,-- DM) auch nur die ab dem 29. Juni 1992 erbrachten Programmierleistungen des Klägers abgelten konnten.

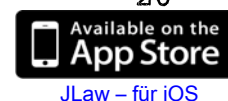
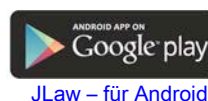


Das Landesarbeitsgericht hat auch versäumt, die ab dem 15. Juni 1992 zwischen der Beklagten und der G GmbH bestehenden vertraglichen Beziehungen zu prüfen, obwohl auch dazu nach dem Vortrag des Klägers Veranlassung bestanden hatte. Nach der von der Beklagten behaupteten Bestellung vom 15. Juni 1992 hat sie mit der G GmbH einen "Werkvertrag" über Programmierleistungen im Projekt "AIX-Device-Driver für ISDN-S/2m" auf der Grundlage eines Rahmenvertrages vom 12. September 1990 geschlossen. Entgegen dem Wortlaut des Vertrages kann es auch naheliegend sein, darin einen Dienstvertrag zu sehen. Denn die Erbringung nicht näher bestimmter Programmierleistungen steht einer typischen Dienstleistung näher als einer typischen Werkvertragleistung.

Wenn das Landesarbeitsgericht auf eine Gesamtwürdigung der Bestimmungen der zwischen der Beklagten und der G GmbH abgeschlossenen Verträge verzichtet und damit nicht beurteilen kann, ob der Vertragsgegenstand "Programmierleistungen" dienst- oder werkvertragfähig ist und sich nicht in der bloßen Zurverfügungstellung des Klägers erschöpft, hätte es sich um so sorgfältiger mit seinem Vorbringen auseinandersetzen müssen, wonach die G GmbH aufgrund fehlender technischer und personeller Ausstattung zur Erfüllung dienst- und werkvertraglicher Unternehmerpflichten außerstande ist und aufgrund dessen fachbezogene Weisungen nicht erteilen kann. Bei Vorliegen solcher Anhaltspunkte ist nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bei der Prüfung, ob es



sich um einen Dienst- oder Werkvertrag oder um Arbeitnehmerüberlassung handelt, auch auf die Unternehmensstruktur des Dienstleistungserbringers bzw. Werkunternehmers abzustellen. Dieser muß über die betrieblichen und organisatorischen Voraussetzungen verfügen, eine vertraglich vereinbarte Dienst- und Werkleistung zu erbringen und den hierfür eingesetzten Erfüllungsgehilfen Weisungen zu erteilen. Insgesamt muß das Unternehmen eine Struktur aufweisen, die ihm eine Tätigkeit ermöglicht, die über die bloße Zurverfügungstellung von Arbeitnehmern hinausgeht und die ihn in die Lage versetzt, die für ein Arbeitsverhältnis typischen Entscheidungen zu treffen (BAG Beschlüsse vom 5. Mai 1992 - 1 ABR 78/91 - AP Nr. 97 zu § 99 BetrVG 1972; 1. Dezember 1992 - 1 ABR 30/92 - EzA § 99 BetrVG Nr. 110, zu B II 1 der Gründe, m.w.N.; Dauner-Lieb, NZA 1992, 817, 819 f.). Fehlt es daran und ist zudem der vertraglich festgelegte Leistungsgegenstand derart unbestimmt, daß er erst durch Weisungen des Auftraggebers konkretisiert wird, liegt Arbeitnehmerüberlassung vor. Vorliegend hat der Kläger vorgetragen, bei der G GmbH in M handele es sich um eine Briefkastenfirma. Dementsprechend sei sie nicht in der Lage gewesen, die zur Erreichung eines angeblich von ihr mit der Beklagten vereinbarten Werkvertrages notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen zu organisieren. Insbesondere fehlten ihr die erforderlichen personellen Voraussetzungen, um einem Erfüllungsgehilfen irgendeine technische Hilfestellung zu geben und seinen Einsatz vor Ort zu organisieren. Treffen diese Behauptungen des Klägers zu, ist es ausgeschlossen, daß er als Erfüllungsgehilfe der G GmbH im Rahmen eines Werk- bzw. Dienstvertrags bei der Beklagten tätig gewesen ist.



IV. Insgesamt sind die Erwägungen des Landesarbeitsgerichts nicht geeignet, eine volle Eingliederung des Klägers in den Betrieb der Beklagten auszuschließen. Dazu bedarf es näherer Feststellungen zum Inhalt der zwischen der Beklagten und der G GmbH geschlossenen Verträge auf der Grundlage der Bestellungen vom 23. Januar 1992 und vom 15. Juni 1992 sowie des Rahmenvertrages vom 12. September 1990. Außerdem sind weitere tatrichterliche Feststellungen über deren praktische Durchführung vor allem ab dem Beginn der Arbeiten des Klägers an der "S/2m-Card" ebenso erforderlich wie die Feststellungen zu der vom Kläger behaupteten fehlenden Betriebsorganisation der G GmbH.

Bei der erneuten Verhandlung und Entscheidung wird das Landesarbeitsgericht zu beachten haben, daß der von der Beklagten erhobene Einwand, eine Arbeitnehmerüberlassung infolge abweichender Vertragspraxis sei der zum Abschluß von Arbeitsverträgen zuständigen Abteilung unbekannt gewesen, unerheblich ist. Es kommt nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht auf die Kenntnis der zum Abschluß von Arbeitsverträgen berechtigten Personen an, sondern allenfalls auf die Kenntnis derjenigen, die die maßgeblichen Werk- oder Dienstverträge abgeschlossen haben. Für diesen Personenkreis ist zu prüfen, inwieweit ihnen das Handeln der Vertragsausführenden zuzurechnen ist (BAG Urteil vom 30. Januar 1991, aaO, unter IV der Gründe). Dabei sind auch die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze der Duldungs- und An-



scheinsvollmacht zu beachten (BAG Urteil vom 20. Juli 1994

- 5 AZR 627/93 - DB 1994, 2502, auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt).

Weller

Steckhan

Schmidt

Knapp

Seiler



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)