

Aktenzeichen: 7 AZR 359/81

Bundesarbeitsgericht 7. Senat Urteil vom 24. August 1983
- 7 AZR 359/81 -

I. Arbeitsgericht Urteil vom 6. November 1980
Berlin - 34 Ca 287/80 -

II. Landesarbeitsgericht Urteil vom 3. Juni 1981
Berlin - 5 Sa 98/80 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein
für die Fachpresse: Nein

Entscheidungsstichwort:
Orchestergesellschaft; Rundfunk als mittelbarer Arbeitgeber

Gesetz:
BGB § 611 Abhängigkeit, § 611 Mittelbares Arbeitsverhältnis

Leitsätze:

K e i n e



7 AZR 359/81

5 Sa 98/80 Berlin

Verkündet am
24. August 1983

Zeuner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

IM NAMEN DES VOLKES !

U r t e i l

In Sachen

des Musikers Horst L a r i s c h , Waltharistraße 17,
1000 Berlin 38,

Klägers, Berufungsklägers und Revisionsklägers,
Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. Lutz Langer, Man-
fred J. Neumann, Dr. Walter Tietz und Hellmut Siegler-
schmidt, Kurfürstendamm 65, 1000 Berlin 15,

g e g e n

1. die H I M E X Handels- Import- und Export GmbH & Co.
Betriebs-KG, vertreten durch die Komplementärgesell-
schaft, diese vertreten durch den Geschäftsführer
Dr. Roberto Tomassetti, Braunschweiger Straße 12,
1000 Berlin 44,

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Karl Lange, Grieg-
straße 22, 1000 Berlin 33,

2. den S e n d e r F r e i e s B e r l i n , Anstalt
des öffentlichen Rechts, vertreten durch den Intendanten
Dr. Haus, Masurenallee 8, 1000 Berlin 19,

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,
Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Bodo Neubert,
Meierottostraße 1, 1000 Berlin 15,



7 AZR 359/81

5 Sa 98/80 Berlin

Verkündet am
24. August 1983

Zeuner,

Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

IM NAMEN DES VOLKES !

U r t e i l

In Sachen

pp.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 10. August 1983 durch den Vorsitzenden Richter Bichler, die Richter Roeper und Dr. Steckhan sowie die ehrenamtlichen Richter Gossen und Straub für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 3. Juni 1981
- 5 Sa 98/80 - wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten der Revision.
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 ist Berufsmusiker (Trompeter) und war seit dem 1. Oktober 1966 bei der Beklagten zu 1) bzw. deren Rechtsvorgängerin gegen ein monatliches Nettogehalt von zuletzt 3.100,50 DM beschäftigt. Das von der Beklagten zu 1) betriebene Orchester spielte überwiegend für den Beklagten zu 2) und trat fast ausschließlich unter der Bezeichnung "SFB-Tanzorchester" auf. Dieses Orchester war im Jahre 1955 von dem Beklagten zu 2) gegründet worden, der mit den Orchestermitgliedern (freie) Mitarbeiterverträge auf Honorarbasis abgeschlossen hatte. Diese vertraglichen Beziehungen wurden von dem Beklagten zu 2) am 31. März 1957 gelöst. Anschließend übernahm auf Vorschlag des Beklagten zu 2) der damalige Vertrauensmann des Orchesters, Franz F , das Orche-



ster als selbständiger Unternehmer und schloß mit den Musikern des Orchesters Arbeitsverträge ab. Im Jahre 1963 trat an die Stelle der bisherigen Einzelfirma die Franz F GmbH, und im Jahre 1968 übernahm die inzwischen gegründete "Berliner Tanz- und Unterhaltungsorchester KG Franz F GmbH & Co" das Orchester und schloß mit den zu diesem Zeitpunkt in dem Orchester beschäftigten Musikern Arbeitsverträge ab; der schriftliche Arbeitsvertrag mit dem Kläger datiert vom 16. Januar 1970. Nach Auflösung des Orchesters Ende 1980 hat sich die Beklagte zu 1) umbenannt und betreibt jetzt ein Handelsgeschäft.

Zwischen den Beklagten sind bis zum Jahre 1980 jeweils für ein Kalenderjahr "Produktionsverträge" abgeschlossen worden. In dem schriftlichen Vertragswerk heißt es u.a.:

§ 1

1. Der Vertragspartner verpflichtet sich als selbständiger Unternehmer durch diesen Werkvertrag, mit seinem Orchester für den Sender Freies Berlin aufgrund von Einzelaufträgen Musikaufnahmen für den Hörfunk und das Fernsehen herzustellen und bei Veranstaltungen des SFB mitzuwirken. Die unternehmerische und künstlerische Verantwortung für den Werkerfolg liegt ausschließlich bei dem Vertragspartner.
2. Der SFB ist berechtigt, den Dirigenten zu benennen. Die unternehmerische und künstlerische Verantwortung des Vertragspartners wird dadurch nicht berührt.

§ 2

1. Der Vertragspartner darf die Bezeichnung "SFB-Tanzorchester" oder eine andere Bezeichnung, die auf den SFB hinweist, nur benutzen, wenn er Musikaufnahmen für den SFB herstellt oder bei Veranstaltungen des SFB auftritt. Soweit der Vertragspartner Aufträge für Dritte erfüllt, ist er ohne schriftliche vorherige Zustimmung des SFB nicht berechtigt, das Bezeichnungsrecht "SFB-Tanzorchester" oder eine



-4-

ähnliche auf den SFB hinweisende Bezeichnung zu verwenden.

2. Das Bezeichnungsrecht "SFB-Tanzorchester" oder eine ähnliche auf den SFB hinweisende Bezeichnung steht ausschließlich dem SFB zu und kann dem Vertragspartner gegenüber jederzeit vom SFB widerrufen werden.
3. Die Berechtigung des Vertragspartners, bei der Herstellung von Musikaufnahmen für den SFB die Bezeichnung "SFB-Tanzorchester" oder eine ähnliche auf den SFB hinweisende Bezeichnung zu verwenden, berührt nicht den Werkvertrag, insbesondere bleiben die Orchestermitglieder Angestellte des Vertragspartners.

§ 3

1. Der Vertragspartner wird im Jahre 1980 aufgrund von Einzelaufträgen der Hauptabteilung Unterhaltung
300 Musiktitel
für Hörfunk und Fernsehen herstellen.

Die Bezeichnung Musiktitel gilt als Verrechnungseinheit. Eine entsprechende Verrechnungsliste wird dem Werkvertrag als Anlage beigelegt.

.....

§ 4

Der SFB wird für Proben, Aufnahmen und Veranstaltungen die Räume mit der erforderlichen Ausstattung zur Verfügung stellen. Die Produktionstermine werden in jedem Einzelfall zwischen dem SFB und dem Vertragspartner vereinbart.

...

In dem Produktionsvertrag für 1980 war die Herstellung von 300 Musiktiteln gegen Zahlung von 946.600,-- DM vorgesehen. Dirigent des Orchesters war zuletzt Paul Kuhn, mit dem der Beklagte zu 2) einen Freien-Mitarbeiter-Vertrag abgeschlossen hatte. Aus anderweitigen Auftritten des Orchesters, wie Bällen und ähnlichen Veranstaltungen, erzielte die Beklagte zu 1) im Jahre 1980 etwa weitere 235.000,-- DM an Einkünften. Neben der Vergütung der vertraglichen Grundleistungen ersetzte der Beklagte zu 2) die der



Beklagten zu 1) entstandenen zusätzlichen Aufwendungen (z.B. Engagement zusätzlicher Musiker, Reisekosten des Orchesters). Im Jahre 1979 zahlte der Beklagte zu 2) insgesamt einen Betrag von 1.832.952,-- DM an die Beklagte zu 1). Den bei ihr beschäftigten 17 bis 18 Orchestermusikern zahlte die Beklagte zu 1) im Jahre 1980 Gehälter in Höhe von insgesamt ca. 806.000,-- DM.

Im Juni 1980 wies der Beklagte zu 2) die Beklagte zu 1) darauf hin, daß Verträge in der bisherigen Form nicht mehr abgeschlossen werden, da eine Mittelkürzung von etwa 50 % im Zuge von Einsparungsmaßnahmen erfolgen würde. Hierauf sprach die Beklagte zu 1) dem Kläger mit Schreiben vom 24. Juni 1980 die Kündigung zum 31. Dezember 1980 aus. Auch den anderen Mitgliedern des Orchesters wurde von der Beklagten zu 1) gekündigt. Mit Schreiben vom 20. Juni 1980 hatte der zuvor angehörte Betriebsobmann bei der Beklagten zu 1) den Kündigungen widersprochen.

Mit seiner Klage hat der Kläger die Auffassung vertreten, eine wirksame Anhörung des Betriebsobmanns sei nicht erfolgt. Die Kündigung sei ferner sozial ungerechtfertigt, da die Beklagte zu 1) den Orchesterbetrieb nicht vollständig bis zum Jahresende 1980 eingestellt habe. Auch hätte die Möglichkeit einer Verkleinerung des Orchesters überprüft werden müssen. Ferner verstoße die Kündigung gegen § 17 KSchG. Er habe aber auch in einem unmittelbaren Arbeitsverhältnis zum Beklagten zu 2) gestanden, da die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zu den freien Mitarbeiterverhältnissen in Rundfunkanstalten entsprechend anzuwenden seien. Der Beklagte zu 2) erbringe erhebliche Aufwendungen für



das Orchester, die nicht durch den Produktionsvertrag zwischen den Beklagten gedeckt seien. Das Orchester sei fast ausschließlich für den Beklagten zu 2) tätig geworden. Im Jahre 1978 habe die Beklagte zu 1) nur fünf andere Einsätze durchgeführt, dem hätten 103 Termine für den Beklagten zu 2) gegenübergestanden. Im Jahre 1979 seien 106 Termine für den Beklagten zu 2) und sieben andere Termine durchgeführt worden. Auch nach außen hin sei die Zugehörigkeit des Orchesters zum Beklagten zu 2) dokumentiert worden. Bei den sog. Nebengeschäften seien der Kläger und seine Kollegen ausschließlich unter der Bezeichnung "SFB-Tanzorchester" bzw. "SFB-Big-Band" tätig geworden. Der Beklagte zu 2) habe die gesamten technischen Anlagen sowie das erforderliche technische Personal zur Verfügung gestellt. Ort, Zeit, Tätigkeit seien von dem Beklagten zu 2) bestimmt worden. Dieser habe auch Tourneen und Gastspielreisen organisiert. Die Aufstellung der Dienstpläne sei durch den Beklagten zu 2) erfolgt. Er habe auch über Einstellungen und Entlassungen bestimmt, ferner sogar Disziplinarmaßnahmen gegenüber einzelnen Musikern ergriffen. Jede Sonderzahlung habe seiner Zustimmung bedurft. Im übrigen habe der Beklagte zu 2) noch in den Jahren 1968 und 1969 an Herrn F Zahlungen geleistet, obwohl dieser zu diesem Zeitpunkt bereits kein Orchester mehr beschäftigt habe. Auch hieraus könne nur geschlossen werden, daß Herr F lediglich Zahlstelle des Beklagten zu 2) gewesen sei. Weder die Beklagte zu 1) noch ihre Rechtsvorgänger seien je in der Lage gewesen, auch nur das geringste wirtschaftliche Arbeitgeberrisiko zu tragen. Schon in der Vergangenheit habe Herr F immer dann, wenn der Beklagte zu 2) den Geldhahn abzdrehen drohte, dem Orchester vorsorgliche



Kündigungen ausgesprochen. Der Beklagte zu 2) habe auch den bei der Beklagten zu 1) beschäftigten Fahrer U unter Anrechnung der Beschäftigungszeit übernommen. Aus alledem ergebe sich, daß der Kläger in die Arbeitsorganisation des Beklagten zu 2) eingegliedert und bei der Verwirklichung der Rundfunk- und Fernsehprogramme eingesetzt gewesen sei. Der Beklagte zu 2) habe auch alle übrigen Arbeitgeberfunktionen ausgeübt. Ebenso sei unter dem Gesichtspunkt der Mißbrauchskontrolle der vertraglichen Gestaltungen ein Arbeitsverhältnis zwischen ihm und dem Beklagten zu 2) zustande gekommen. Es finde nämlich eine Durchgriffshaftung statt, so daß maßgeblich für die Betriebsbedingtheit der Kündigung die Gegebenheiten bei dem Beklagten zu 2) und nicht diejenigen bei der Beklagten zu 1) seien. Bei der Interessenabwägung sei zu berücksichtigen, daß der Kläger vielseitig einsetzbar sei und auch außerhalb eines Orchesters auf anderen Arbeitsplätzen beschäftigt werden könne. Er sei auch zu Umschulungs- und Fortbildungsmaßnahmen bereit.

Der Kläger hat beantragt

1. festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis zwischen ihm und der Beklagten zu 1) durch die Kündigung vom 24. Juni 1980 nicht aufgelöst worden ist, sondern über den 31. Dezember 1980 hinaus fortbesteht;
2. festzustellen, daß der Kläger bei dem Beklagten zu 2) ebenfalls in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis steht und dieses Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 24. Juni 1980 nicht aufgelöst worden ist;
3. hilfsweise,

den Beklagten zu 2) zu verurteilen, mit dem Kläger ein Arbeitsverhältnis unter den gleichen Konditionen abzuschließen, wie es



bisher mit der Beklagten zu 1) bestehe;

4. weiter hilfsweise,

den Beklagten zu 2) zu verurteilen, für den Kläger ab 1. Januar 1981 ein Arbeitsverhältnis mit sich oder einem dritten Unternehmen zu verschaffen, dessen Konditionen denjenigen des Klägers mit der Beklagten zu 1) entsprächen.

Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen.

Die Beklagte zu 1) hat vorgetragen, sie habe den Betriebsobmann umfassend schriftlich und mündlich vor Ausspruch der Kündigung unterrichtet. Für die Fortführung des Orchesters seien die Wirtschaftlichkeitsvoraussetzungen nicht mehr gegeben, nachdem der Beklagte zu 2) wegen Einsparungsmaßnahmen nur noch einen Vertrag mit ihr habe abschließen wollen, der ein finanzielles Volumen von weniger als der Hälfte des bisher gezahlten Geldbetrags aufgewiesen hätte. Die Weiterbeschäftigung einiger Musiker sei nur wegen der längeren Kündigungsfristen erfolgt. Sie könne das Orchester auch nicht mit halber Besetzung weiterführen, da zu einer Big-Band 16 bis 18 Musiker gehörten. Unzutreffend sei, daß sie kein wirtschaftliches Risiko getragen habe. Sie sei allerdings nur der verlängerte Arm des Beklagten zu 2) gewesen.

Der Beklagte zu 2) hat ausgeführt: Das Produktionsvolumen des Orchesters sei durch seine Aufträge lediglich zu ca. 50 % in Anspruch genommen worden. Die Beklagte zu 1) hätte daher theoretisch das Orchester noch einmal in demselben Umfang für andere Auftraggeber einsetzen können. Er sei gegenüber der Beklagten zu 1) verpflichtet gewesen, für Proben, Aufnahmen und Veranstaltungen die erforderlichen Räume mit der erforderlichen Ausstattung



zur Verfügung zu stellen. Zwar seien alle Produktionstermine zwischen ihm und der Beklagten zu 1) vereinbart worden, es sei jedoch unrichtig, daß alle Einsatz-, Dienst- und Urlaubspläne der Beklagten zu 1) ausschließlich auf seine Weisung festgelegt worden seien. Die Beklagte zu 1) habe lediglich die mit ihm getroffenen terminlichen Vereinbarungen berücksichtigen müssen. Die gesamte künstlerische Leitung habe bei Paul Kuhn gelegen. Weder seien durch den Beklagten zu 2) Einzelpersonalmaßnahmen entschieden worden noch habe er die Beklagte zu 1) in irgendeiner Weise in diesem Zusammenhang angewiesen. Er habe auch keine disziplinarische Gewalt gegenüber den Musikern ausgeübt. Unzutreffend sei, daß Nebentätigkeiten aller Orchestermusiker seiner Zustimmung bedurft hätten. Ebenfalls sei unrichtig, daß er bei Einstellung des Kraftfahrers U die bei der Beklagten zu 1) zurückgelegte Beschäftigungszeit angerechnet habe. Die Übernahme der ehemaligen Sekretärin der Beklagten zu 1) sei erfolgt, weil er dringend eine Sekretärin gesucht habe. Insgesamt hätten für die vorliegende Vertragskonstruktion vernünftige wirtschaftliche, organisatorische und künstlerische Gründe bestanden, so daß eine Umgehung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften zu verneinen sei. Er habe sich auch nicht wie ein Arbeitgeber gegenüber dem Kläger und den anderen Musikern des Orchesters verhalten.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Die vom Kläger eingelegte Berufung hat das Landesarbeitsgericht zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seine ursprünglichen Klaganträge weiter. Die Beklagten beantragen, die Revision zurückzuweisen.



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

Die Revision ist unbegründet.

A. Revision betreffend die Beklagte zu 1) (Klageantrag Ziff. 1).

I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Kündigung sei weder wegen Verstoßes gegen § 17 Abs. 1 i.V.m. § 18 Abs. 1 KSchG noch gemäß § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam. Sie sei wegen dringender betrieblicher Erfordernisse i.S. des § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt.

Zur Begründung hat es im wesentlichen ausgeführt, für eine Weiterbeschäftigung des Klägers bei der Beklagten zu 1) habe keine Möglichkeit bestanden, da die Beklagte zu 1) ihr Orchester aufgelöst und jede weitere Tätigkeit im musikalischen Bereich eingestellt habe. Die unternehmerische Entscheidung der Beklagten zu 1), ihr Orchester aufzulösen, sei gerichtlich nur in engen Grenzen überprüfbar, nämlich ob diese Maßnahme offensichtlich unsachlich, unvernünftig oder willkürlich sei. Hierfür seien keine Anhaltspunkte gegeben, da die Beklagte zu 1) für das Jahr 1981 vom Beklagten zu 2) nur noch erheblich weniger Aufträge erhalten habe, so daß das Orchester in der bisherigen Besetzung nicht mehr hätte fortgeführt werden können. Es sei weder unvernünftig noch willkürlich, wenn die Beklagte zu 1) davon abgesehen habe, das Orchester bzw. die Beschäftigung der Orchestermitglieder lediglich in zeitlicher und damit auch finanzieller Hinsicht zu reduzieren, statt insgesamt den Orchesterbetrieb einzu-



stellen. Die starke wirtschaftliche Abhängigkeit der Beklagten zu 1) vom Beklagten zu 2) könne nicht dazu führen, im Kündigungsschutzverfahren gegen die Beklagte zu 1) die Berechtigung der vom Beklagten zu 2) getroffenen Maßnahmen, nämlich die Kürzung des Auftragsvolumens, zu überprüfen. Denn die Beklagte zu 1) könne nicht gezwungen werden, ihren Betrieb fortzusetzen. Im übrigen unterliege die freie unternehmerische Entscheidung des Beklagten zu 2), Musikproduktionen nicht mehr im bisherigen Umfang herstellen zu lassen, nicht der gerichtlichen Überprüfung.

II. Diese Ausführungen des Landesarbeitsgerichts halten einer rechtlichen Nachprüfung stand.

1. Zutreffend ist die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die ordentliche Kündigung der Beklagten zu 1) sei durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt, da nach Auflösung des Orchesters und Änderung des Geschäftszwecks eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit des Klägers im Betrieb der Beklagten zu 1) nicht mehr bestanden hat. Ebenfalls rechtsfehlerfrei ist das Landesarbeitsgericht im Anschluß an die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. BAG 32, 150, 155 = AP Nr. 8 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung, m.w.N.) davon ausgegangen, die unternehmerische Entscheidung der Beklagten zu 1), das Orchester zum Ende des Jahres 1980 aufzulösen, sei nur dahin zu überprüfen, ob sie offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich sei. Wenn das Landesarbeitsgericht dies im Hinblick auf die von dem Beklagten zu 2) angekündigte Kürzung des Auftragsvolumens verneint hat, so ist diese Würdigung revisionsge-



richtlich nicht zu beanstanden.

2. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht im Rahmen der Kündigungsschutzklage gegen die Beklagte zu 1) nicht geprüft, ob die vom Beklagten zu 2) getroffenen Maßnahmen, nämlich die Kürzung der Ausgaben für Tanzmusik im Etat für das Jahr 1981 und die daraus resultierende Minderung der an die Beklagte zu 1) zu erteilenden Produktionsaufträge, berechtigt gewesen sind. Zwar hat es der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts in seinem Urteil vom 26. November 1975 - 5 AZR 337/74 - (BAG 27, 340, 348 = AP Nr. 19 zu § 611 BGB Abhängigkeit), dem ebenfalls ein Rechtsstreit eines Musikers der Beklagten zu 1) gegen den Beklagten zu 2) zugrunde lag, für möglich gehalten, daß die Berechtigung von Maßnahmen der Rundfunkanstalt mit Auswirkungen auf die Arbeitsplätze der Musiker bei ihrem unmittelbaren Arbeitgeber auch in einem gegen diesen geführten Kündigungsrechtsstreit überprüft werden könnte, soweit dies bei betriebsbedingten Kündigungen überhaupt zulässig sei (ähnlich auch das nicht veröffentlichte Urteil vom 25. August 1976 - 5 AZR 427/75 -, unter II 2 a der Gründe). Für eine solche Nachprüfung in dem Kündigungsschutzverfahren gegen den unmittelbaren Arbeitgeber ist jedoch allenfalls dann Raum, wenn dieser seinerseits rechtlich oder wirtschaftlich auf die von der Rundfunkanstalt getroffene Maßnahme Einfluß nehmen kann. Denn nur in diesem Fall kann die Maßnahme der Rundfunkanstalt dem unmittelbaren Arbeitgeber wie seine eigene unternehmerische Entscheidung zugerechnet und nach den oben (zu 1) dargestellten Grundsätzen vom Gericht (eingeschränkt) nachgeprüft werden. Liegen diese Voraussetzungen hingegen nicht vor, so kann



im Kündigungsschutzprozeß gegen den unmittelbaren Arbeitgeber eine Auftragskürzung seitens der Rundfunkanstalt nicht anders als ein durch die Marktverhältnisse bedingter und von ihm nicht beeinflussbarer Auftragsrückgang beurteilt werden.

Aus diesen Gründen kann die soziale Rechtfertigung der Kündigung der Beklagten zu 1) auch nicht davon abhängig gemacht werden, ob bei dem Beklagten zu 2) eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit für den Kläger bestanden hat. Eine solche Beschäftigungsmöglichkeit wäre im Kündigungsschutzprozeß gegen den unmittelbaren Arbeitgeber ebenfalls nur von Bedeutung, wenn er durch Einflußnahme auf den Auftraggeber diesen verpflichten könnte, den gekündigten Arbeitnehmer auf einem beim Auftraggeber vorhandenen freien Arbeitsplatz zu beschäftigen. Das Landesarbeitsgericht hat nicht festgestellt, daß im Streitfall für die Beklagte zu 1) solche Einflußmöglichkeiten auf den Beklagten zu 2) bestanden hätten.

B. Revision betreffend den Beklagten zu 2).

I. Das Landesarbeitsgericht ist zu Recht zu dem Ergebnis gelangt, zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 2) sei ein (unmittelbares) Arbeitsverhältnis nicht zustande gekommen (Klageantrag Ziff. 2).

1. Das Landesarbeitsgericht hat hierzu im wesentlichen ausgeführt, die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Beurteilung der Rechtsverhältnisse der sog. freien Mitarbeiter in



Rundfunkanstalten könnten auf den vorliegenden Fall nicht angewendet werden, da hierfür das Bestehen rechtlicher Beziehungen Voraussetzung sei. Hieran fehle es im Streitfall. Der Kläger sei Arbeitnehmer der Beklagten zu 1) gewesen und habe aufgrund seines mit ihr abgeschlossenen Arbeitsvertrags seine Leistungen erbracht. Die Beklagte zu 1) sei ihrerseits aufgrund ihres Vertrags mit dem Beklagten zu 2) verpflichtet gewesen, mit Hilfe der bei ihr angestellten Arbeitnehmer Musikproduktionen zu erstellen. Dies sei auch dem Kläger bekannt gewesen. Für die Begründung eines Arbeitsverhältnisses sei nicht ausreichend, daß der Kläger aufgrund eines Vertrags mit der Beklagten zu 1) in deren Auftrag für den Beklagten zu 2) tätig geworden sei. Dies zeige auch das Recht der Leiharbeitsverhältnisse. Ebenso wenig sei nach den Vorschriften des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 2) zustande gekommen, da im Streitfall eine Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des § 1 Abs. 1 AÜG nicht vorliege. Gegenstand der zwischen den Beklagten abgeschlossenen Produktionsverträge sei nämlich nicht nur die Überlassung der angestellten Musiker gewesen. Dagegen spreche auch, daß die Beklagte zu 1) Verträge mit Dritten über Auftritte bzw. Musikproduktionen abgeschlossen habe. Der Kläger könne sich auch nicht auf eine Durchgriffshaftung berufen. Hierbei sei zu berücksichtigen, daß es sich bei den Beklagten um rechtlich selbständige juristische Personen handle. Die Beklagte zu 1) sei eine juristische Person des privaten Rechts, während der Beklagte zu 2) eine Anstalt des öffentlichen Rechts sei. Diese Verschiedenheit schließe die Anwendbarkeit der Grundsätze über die Beherrschungsverträge bei Gesellschaften des privaten



Rechts aus. Auch die in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze für einen direkten Haftungsdurchgriff der Gläubiger einer Kapitalgesellschaft gegen dahinterstehende Gesellschafter bzw. juristische Personen seien auf den Streitfall nicht anwendbar. Zwischen den Beklagten habe nämlich kein gesellschaftsrechtliches Band bestanden, das aber Voraussetzung einer Durchgriffshaftung sei. Die bloße wirtschaftliche Abhängigkeit schaffe noch nicht die Möglichkeit eines Haftungsdurchgriffs. Eine Durchgriffshaftung des Beklagten zu 2) könne auch nicht damit begründet werden, zwischen ihm und dem Kläger habe ein mittelbares Arbeitsverhältnis bestanden. Die Voraussetzungen für das Vorliegen eines mittelbaren Arbeitsverhältnisses seien nämlich nicht erfüllt, da der Mittelsmann notwendigerweise Arbeitnehmer des mittelbaren Arbeitgebers sein müsse. Im Streitfall sei eine juristische Person Mittelsmann. Auch von einem Arbeitsverhältnis mit geteilter Arbeitgeberfunktion könne nicht ausgegangen werden. Die Beklagte zu 1) sei nämlich aufgrund der abgeschlossenen Produktionsverträge mit dem Beklagten zu 2) nicht verpflichtet gewesen, diesem bestimmte Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen. Die Annahme eines geteilten Arbeitsverhältnisses setze aber voraus, daß die Arbeitgeberfunktion individuell für jeden einzelnen Arbeitnehmer der Beklagten zu 1) hätte aufgeteilt sein müssen. Nicht ausreichend sei, daß dem Beklagten zu 2) bestimmte Einflußmöglichkeiten zugestanden hätten. Dies sei bei Werkverträgen, bei denen der Unternehmer überwiegend von den Aufträgen eines anderen Unternehmers abhängig sei, durchaus üblich und führe noch nicht zur Annahme eines Arbeitsverhältnisses mit dem Auftraggeber. Auch aus dem Gesichtspunkt der Vertrauenshaftung ergebe sich nichts an-



deres, da der Beklagte zu 2) keinen Vertrauensstatbestand dahingehend geschaffen habe, er werde die Gewährleistung für die Vertragsdurchführung übernehmen. Zudem sei zweifelhaft, ob eine Vertrauenshaftung schon zum Zustandekommen eines Arbeitsvertrages führen könne. Schließlich könne sich der Kläger nicht darauf berufen, durch die gewählte vertragliche Konstruktion seien wichtige arbeitsrechtliche Schutzgesetze außer Kraft gesetzt worden. Der Kläger könne gegenüber der Beklagten zu 1) die Rechte aus dem Kündigungsschutzgesetz und die Rechte aus sonstigen Arbeitsschutzgesetzen geltend machen. Keine Rolle könne hierbei spielen, daß der Kläger bei der Verfolgung seiner Rechte aus Arbeitsschutzgesetzen gegenüber dem Beklagten zu 2) möglicherweise erfolgreicher wäre. Auch eine vollständige wirtschaftliche Abhängigkeit der Beklagten zu 1) vom Beklagten zu 2) rechtfertige noch nicht eine Mißbrauchskontrolle der Gestaltung der Vertragsbeziehungen.

2. Es mag dahinstehen, ob diesen Ausführungen des Landesarbeitsgerichts in allen Einzelheiten gefolgt werden kann. Im Ergebnis hat das Landesarbeitsgericht zu Recht angenommen, zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 2) sei ein unmittelbares Arbeitsverhältnis nicht zustande gekommen. Auch unter Zugrundelegung des Sachvortrags des Klägers ist eine von der Entscheidung des Fünften Senats vom 26. November 1975 (BAG 27, 340 ff.) abweichende Würdigung der Beziehungen zwischen den von der Beklagten zu 1) angestellten Musikern und dem Beklagten zu 2) nicht gerechtfertigt.



a) Auszugehen ist von den ausdrücklichen Erklärungen der Parteien. Danach ist zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 1) ein Vertrag abgeschlossen worden, der alle Merkmale eines Arbeitsverhältnisses aufweist. Gemäß § 3 Ziff. 1 des schriftlichen Arbeitsvertrags war der Kläger verpflichtet, der Beklagten zu 1) für die im einzelnen aufgeführten Leistungen zur Verfügung zu stehen; eine Mitwirkung des Klägers außerhalb des Orchesters der Beklagten zu 1) bedurfte deren ausdrücklicher Genehmigung (vgl. § 4). Damit war die nach § 1 zur Zahlung der Vergütung verpflichtete Beklagte zu 1) berechtigt, über die Arbeitskraft des Klägers zu verfügen; der Kläger war demnach von ihr persönlich abhängig.

Nach dem zwischen den Beklagten abgeschlossenen "Produktionsvertrag" war die Beklagte zu 1) zur Herstellung von 300 Musiktiteln aufgrund von Einzelaufträgen des Beklagten zu 2) gegen die vertraglich vereinbarte Vergütung verpflichtet. Nach § 2 war die Beklagte zu 1) unter den näher genannten Voraussetzungen berechtigt, die Bezeichnung "SFB-Tanzorchester" zu benutzen. Gemäß § 4 war der Beklagte zu 2) verpflichtet, für Proben, Aufnahmen und Veranstaltungen Räume mit der erforderlichen Ausstattung zur Verfügung zu stellen. Die Produktionstermine waren in jedem Einzelfall zwischen den Beklagten abzusprechen.

b) Unter Zugrundelegung des Sachvortrags des Klägers ist eine von den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien abweichende praktische Durchführung ebenfalls nicht ersichtlich. Wenn die Revision meint, das Landesarbeitsgericht habe die im einzelnen



vorgetragenen Tatsachen nicht gewürdigt, aus denen hervorgehe, daß der Beklagte zu 2) alle Arbeitgeberfunktionen wahrgenommen habe, die gegenüber Orchestermitgliedern ausgeübt würden, während die Beklagte zu 1) nur Zahlstelle gewesen sei, so verkennt sie schon im rechtlichen Ausgangspunkt, daß diese Umstände noch nicht genügen, ein Arbeitsverhältnis mit dem Beklagten zu 2) zu begründen, sei es ein weiteres Arbeitsverhältnis neben dem mit der Beklagten zu 1) (Doppelarbeitsverhältnis), sei es anstelle des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten zu 1). Denn aufgrund des zwischen dem Beklagten abgeschlossenen Produktionsvertrags war der Beklagte zu 2) berechtigt und verpflichtet, einzelne Arbeitgeberfunktionen gegenüber dem Kläger und seinen Musikkollegen auszuüben (vgl. auch BAG 6, 232, 243 = AP Nr. 3 zu § 611 BGB Mittelbares Arbeitsverhältnis, zu III 1 der Gründe). So war der Beklagte zu 2) nach § 1 Ziff. 2 des Produktionsvertrags berechtigt, den Dirigenten für das Orchester zu benennen. Wenn dieser den Orchestermitgliedern im Rahmen seiner Aufgabe als Dirigent Weisungen erteilte, so war daher eine Ermächtigung zur Ausübung des Weisungsrechts vertraglich gegeben. Soweit die Musiker in den Räumlichkeiten des Beklagten zu 2) tätig waren, war dieser gemäß § 4 des Produktionsvertrags zur Verfügungstellung der erforderlichen Räume verpflichtet. Hieraus und aus der zwischen den Beklagten vereinbarten Absprache der Produktionstermine folgt weiter, daß die Aufstellung von Dienstplänen für das Orchester seitens des Beklagten zu 2) durch den Produktionsvertrag gedeckt war.

Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts ergibt die



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Vertragsgestaltung zwar eine Teilung der Arbeitgeberfunktionen. Eine Aufspaltung bzw. Teilung der Arbeitgeberstellung, deren Umfang und Reichweite im Einzelfall den vertraglichen Absprachen zwischen dem Vertragsarbeitgeber und dem Dritten sowie den zwischen den Arbeitsvertragsparteien getroffenen Vereinbarungen (vgl. auch § 613 Satz 2 BGB) zu entnehmen ist, begründet aber noch nicht ein unmittelbares Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers mit dem Dritten. Dies wird, worauf der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts bereits hingewiesen hat (vgl. BAG 27, 340, 351), auch durch die dem AÜG zugrunde liegende Wertung bestätigt. Denn das AÜG knüpft an die Verwertung der Arbeitskraft von Arbeitnehmern in fremden Betrieben nicht die Rechtsfolge, daß zwischen dem Arbeitnehmer und dem Dritten aufgrund der Ausübung von Arbeitgeberfunktionen ein Arbeitsverhältnis zustande kommt. Dem steht auch nicht Art. 1 § 10 AÜG entgegen. Diese Vorschrift fingiert für den Fall gewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung ohne die gemäß Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG erforderliche Erlaubnis, mithin nicht nur aus Gründen der faktischen Wahrnehmung von Arbeitgeberfunktionen, das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Entleiher (vgl. Becker/Wulfgramm, AÜG, 2. Aufl. Art. 1 § 10 Rz 8 ff; Konzen, ZfA 1982, 259, 274; ferner Martens in: 25 Jahre Bundesarbeitsgericht, München 1979, S. 367, 370).

c) Das Landesarbeitsgericht hat auch zutreffend die Voraussetzungen für eine Mißbrauchskontrolle der vertraglichen Gestaltungen verneint. Vergeblich beruft die Revision sich insoweit darauf, durch die "Zwischenschaltung" der Beklagten zu 1) hätten



der Kläger und seine Kollegen einen effektiven Kündigungsschutz nicht erlangt, so daß eine rechtlich zu mißbilligende Umgehung des Kündigungsschutzgesetzes gegeben sei.

In der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist ein Mißbrauch der vertraglichen Gestaltungsfreiheit bisher nur angenommen worden, wenn die gewählte Vertragsform zu einer gänzlichen Ausschaltung der Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes und damit zu einer Vereitelung des gesetzlich gewollten Bestandschutzes eines Arbeitsverhältnisses insgesamt geführt hätte. Dies wäre zum einen der Fall, wenn für den Abschluß eines befristeten Arbeitsverhältnisses ein sachlicher Grund fehlte (vgl. BAG 10, 65, 72 = AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, zu C 2 der Gründe; seitdem ständige Rechtsprechung des BAG), zum anderen wenn der Arbeitgeber freien Mitarbeitern ohne sachlichen Grund den Abschluß eines Arbeitsvertrages verweigerte und damit die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes ausschaltete, obwohl nach der praktischen Durchführung der vertraglichen Beziehungen alle Merkmale eines Arbeitsverhältnisses vorlagen (vgl. z.B. BAG 25, 505 = AP Nr. 12 zu § 611 BGB Abhängigkeit). Diese Voraussetzungen für eine Mißbrauchskontrolle liegen nicht vor, denn der Kläger und seine Kollegen konnten aufgrund ihrer mit der Beklagten zu 1) abgeschlossenen Arbeitsverträge die gesetzlichen Bestimmungen des Kündigungsschutzes in Anspruch nehmen. Wie bereits der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts in seiner Entscheidung vom 26. November 1975 (BAG 27, 340, 347 f.) ausgeführt hat, lassen sich daher die Grundsätze der Mißbrauchskontrolle, insbesondere die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts in den



Statusprozessen, auf die vorliegende Vertragsgestaltung nicht übertragen (zustimmend Konzen, ZfA 1982, 259, 298). Ebenfalls ist in dieser Entscheidung darauf hingewiesen worden (vgl. ferner das nicht veröffentlichte Urteil des BAG vom 22. Juli 1982 - 2 AZR 57/81 - unter III 3 der Gründe - Kurt-Edelhagen-Orchester -), eine Mißbrauchskontrolle könne nicht schon daraus hergeleitet werden, daß der Bestandsschutz des Klägers angesichts der wirtschaftlichen Abhängigkeit der Beklagten zu 1) von dem Beklagten zu 2) wesentlich weniger wert sei als in einem Arbeitsverhältnis mit dem Beklagten zu 2). Es besteht kein Anlaß, von dieser gefestigten Rechtsprechung abzuweichen.

Auch die vom Fünften Senat des Bundesarbeitsgerichts erwogene "Durchgriffshaftung" für den Fall einer betriebsbedingten Kündigung der Arbeitsverhältnisse der bei der Beklagten zu 1) angestellten Musiker wegen eines Auftragsentzugs oder -rückgangs hat nicht das Zustandekommen eines unmittelbaren Arbeitsverhältnisses zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 2) zur Folge. Auf die Voraussetzungen und Rechtsfolgen einer derartigen Durchgriffshaftung des Beklagten zu 2) kommt es deshalb erst im Rahmen der vom Kläger gestellten Hilfsanträge an.

d) Zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 2) ist auch nicht aufgrund gesetzlicher Fiktion des Art. 1 § 10 AÜG ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen. Denn die zwischen den Beklagten abgeschlossenen Produktionsverträge ergeben nicht, daß die Beklagte zu 1) den Kläger und seine Musikkollegen dem Beklagten zu 2) zur Arbeitsleistung überlassen hätte (vgl. Art. 1 § 9



Nr. 1 1.V.m. § 1 Abs. 1 AÜG).

Zur Abgrenzung von Dienst- oder Werkverträgen einerseits und Arbeitnehmerüberlassungsverträgen andererseits hat der Fünfte Senat in seinem Urteil vom 8. November 1978 - 5 AZR 261/77 - (BAG 31, 135 = AP Nr. 2 zu § 1 AÜG) im wesentlichen ausgeführt: Im ersteren Fall organisiere der Unternehmer die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Vorstellungen, während er bei der zweiten Vertragsgestaltung dem Dritten nur die Arbeitnehmer zur Verfügung stelle und dieser die Arbeitskräfte nach seinen Vorstellungen und Zielen in seinem Betrieb wie eigene Arbeitnehmer einsetze. Bei Dienst- oder Werkverträgen könne der zur Dienstleistung Verpflichtete oder Werkunternehmer sich anderer als Erfüllungsgehilfen bedienen. Als Erfüllungsgehilfen des zu einer Dienst- oder Werkleistung verpflichteten Unternehmers seien aber nur diejenigen Arbeitnehmer anzusehen, die nach Weisungen des Unternehmers handelten, nicht die in den Betrieb des Dritten eingegliederten und allein nach dessen Weisungen arbeitenden Arbeitnehmer. Während beim Dienst- oder Werkvertrag der Unternehmer für die Erfüllung der im Vertrag vorgesehenen Dienste oder die Herstellung des geschuldeten Werkes verantwortlich bleibe, ende beim Arbeitnehmerüberlassungsvertrag seine Vertragspflicht mit der Auswahl der Arbeitnehmer und ihrer Überlassung an den Dritten (zur Abgrenzung gegenüber dem Werkvertrag vgl. Becker/Wulfgramm, aaO, Art. 1 § 12, Rz 32 ff. m.w.N.).

Die Anwendung dieser Rechtsgrundsätze, die der erkennende



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Senat für zutreffend hält, ergibt, daß ein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag nicht vorliegt. Gemäß § 1 Ziff. 1 Satz 2 des Produktionsvertrags für das Jahr 1980 oblag der Beklagten zu 1) die unternehmerische und künstlerische Verantwortung für den Werkerfolg. Die Verpflichtung der Beklagten zu 1) beschränkte sich also nicht darauf, dem Beklagten zu 2) lediglich Musiker zur Verfügung zu stellen. Der Beklagte zu 2) konnte den Kläger und seine Kollegen auch nicht nach seinem Belieben für Musikaufnahmen oder -veranstaltungen einsetzen, sondern diese waren nur im Rahmen ihrer Orchestertätigkeit bei dem Beklagten zu 2) tätig. Hingegen konnte die Beklagte zu 1) über die Arbeitskraft des Klägers und seiner Kollegen verfügen, wie die mit Dritten abgeschlossenen Aufführungsverträge zeigen.

Schließlich folgt eine Arbeitnehmerüberlassung nicht schon daraus, daß der vom Beklagten zu 2) bestellte Dirigent im Rahmen seiner Tätigkeit den Orchestermitgliedern Weisungen erteilte. Denn hierdurch wurde nach § 1 Ziff. 2 Satz 2 des Produktionsvertrags die unternehmerische und künstlerische Verantwortung der Beklagten zu 1) nicht berührt. Es ist auch keineswegs ungewöhnlich, daß ein zu Dienst- oder Werkleistungen verpflichteter Unternehmer oder sein Erfüllungsgehilfe Weisungen des Bestellers bei der Erbringung der Dienste oder der Herstellung des Werkes unterliegt (vgl. statt aller Palandt/Thomas, BGB, 42. Aufl., Einführung vor § 631 Anm. 1 unter Hinweis auf § 645 Abs. 1 BGB). Auch aus der Entscheidung des Fünften Senats vom 4. Juli 1979 - 5 AZR 8/78 - (BAG 32, 47, 52 f. = AP Nr. 10 zu § 611 BGB Rotes Kreuz, unter 2 b der Gründe) folgt nicht, daß diese Wei-



sungen von einem Repräsentanten des Unternehmens zu erteilen seien, um eine Arbeitnehmerüberlassung auszuschließen. In jenem Falle war dieser Umstand nur ein weiteres Indiz, nicht aber unabdingbare Voraussetzung dafür, die Gestellungsverträge der DRK-Schwesternschaft nicht als Arbeitnehmerüberlassungsverträge zu qualifizieren. Zum Streitfall können aus jener Entscheidung auch deshalb keine Parallelen gezogen werden, weil hier eine der Funktion einer Oberschwester vergleichbare Zwischenebene fehlt.

Insgesamt erweist sich daher die schon vom Fünften Senat in seiner Entscheidung vom 26. November 1975 (BAG 27, 340, 350 f.) beiläufig erfolgte rechtliche Würdigung als zutreffend, zwischen den Musikern der Beklagten zu 1) und dem Beklagten zu 2) sei auch nach den Vorschriften des AÜG ein Arbeitsverhältnis nicht zustande gekommen.

e) Nicht zu beanstanden sind schließlich auch die Ausführungen, mit denen das Landesarbeitsgericht unter dem Gesichtspunkt der "Vertrauenshaftung" das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 2) verneint hat.

II. Auch die Hilfsanträge hat das Landesarbeitsgericht, jedenfalls im Ergebnis zu Recht abgewiesen.

1. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, diese Anträge seien zulässig, aber nicht begründet. Allein die wirtschaftliche Machtposition des Beklagten zu 2) gewähre noch nicht einen Anspruch auf Abschluß eines Arbeitsvertrags (Hilfsantrag Ziff. 3).



Dieser könne auch nicht auf § 823 Abs. 1 BGB gestützt werden. Zwar könne der Arbeitsplatz als absolutes Recht im Sinne dieser Vorschrift angesehen werden. Die Entscheidung des Beklagten zu 2), den Etat für die Musikproduktionen erheblich einzuschränken, sei jedoch nicht rechtswidrig gewesen. Aus den gleichen Gründen sei der Hilfsantrag Ziff. 4 unbegründet.

2. Rechtsfehlerfrei hat das Landesarbeitsgericht angenommen, der Hilfsantrag Ziff. 3 sei gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO hinreichend bestimmt. Denn es ist nicht allein auf den Wortlaut der Klaganträge abzustellen; sie sind vielmehr unter Berücksichtigung des Klagvorbringens entsprechend § 133 BGB auszulegen (vgl. BAG 9, 273, 275 f. = AP Nr. 2 zu § 253 ZPO).

3. Im Ergebnis halten die Ausführungen des Landesarbeitsgericht zur Unbegründetheit des Hilfsantrags Ziff. 3 der revisionsgerichtlichen Nachprüfung stand.

a) Der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat in seiner bereits mehrfach erwähnten Entscheidung vom 26. November 1975 (BAG 27, 340, 348 f.) die Möglichkeit einer "Durchgriffshaftung" erörtert. Mangels Streiterheblichkeit bestand damals zwar kein Anlaß, die rechtlichen Voraussetzungen und die Rechtsfolgen eines derartigen Durchgriffs auf ein hinter dem unmittelbaren Arbeitgeber stehendes Unternehmen im einzelnen aufzuzeigen. Der Fünfte Senat hat allerdings deutlich gemacht, daß eine solche "Durchgriffshaftung" bei einer betriebsbedingten Kündigung in Betracht käme, wenn durch Maßnahmen der Rundfunkanstalt der Bestand der



Orchestergesellschaft und damit die Arbeitsplätze der Orchester-
musiker gefährdet würden. Als eine mögliche Rechtsfolge hat der
Fünfte Senat, wie oben bereits dargestellt, die Überprüfung der
Maßnahme der Rundfunkanstalt im Rahmen des gegen die Orchester-
gesellschaft geführten Kündigungsschutzprozesses angesehen. In
der nicht veröffentlichten Entscheidung des Fünften Senats vom
25. August 1976 - 5 AZR 427/75 - ist als weitere Rechtsfolge für
möglich gehalten worden, daß die Rundfunkanstalt im Falle der
Auflösung des Orchesters verpflichtet sein könne, die betroffenen
Musiker in einem anderen Orchester zu beschäftigen (Umsetzungs-
pflicht) oder ihnen bei der Beschaffung eines Arbeitsplatzes bei
einer anderen Rundfunkanstalt behilflich zu sein (Vermittlungs-
pflicht). Auf diese Umsetzungspflicht zielt ersichtlich der
Hilfsantrag Ziff. 3.

Bereits in der Entscheidung des Dritten Senats vom 9. April
1957 - 3 AZR 435/54 - (BAG 4, 93, 98 f. = AP Nr. 2 zu § 611 BGB
Mittelbares Arbeitsverhältnis) ist für ein unmittelbares Ar-
beitsverhältnis eine subsidiäre Haftung des mittelbaren Arbeit-
gebers bejaht worden, wenn der Arbeitnehmer gegenüber seinem un-
mittelbaren Arbeitgeber nicht zu seinem Recht komme. Demgegenüber
einschränkend hat der Vierte Senat in seinem Urteil vom
8. August 1958 - 4 AZR 173/55 - (BAG 6, 232, 241 ff. = AP Nr. 3
zu § 611 BGB Mittelbares Arbeitsverhältnis, zu III 1 der Gründe)
das Hinzutreten eines besonderen rechtlichen Verpflichtungs-
grundes für erforderlich gehalten. In beiden Entscheidungen war
die Frage einer Haftung des mittelbaren Arbeitgebers letztlich
nicht streiterheblich.



In der nicht veröffentlichten Entscheidung des Zweiten Senates vom 22. Juli 1982 - 2 AZR 57/81 - ist aufgezeigt worden, daß zwei Fallgruppen der "Durchgriffshaftung" im mittelbaren Arbeitsverhältnis zu unterscheiden seien: Einmal die Fälle der personen- oder verhaltensbedingten Kündigung, bei denen eine Durchgriffshaftung des mittelbaren Arbeitgebers nur in Betracht komme, wenn sich der unmittelbare Arbeitgeber nach verlorenem Prozeß seiner Verpflichtung entzöge oder zu ihrer Erfüllung unfähig sei. Zum weiteren die Fälle der betriebsbedingten Kündigung, bei denen eine Durchgriffshaftung in dem vom Fünften Senat aufgezeigten Umfang möglich sei. Besonders betont hat der Zweite Senat, daß eine Durchgriffshaftung des mittelbaren Arbeitgebers nur als letztes Mittel zur Verfügung stehen dürfe, wenn der Arbeitnehmer gegenüber seinem unmittelbaren Arbeitgeber sein Recht nicht durchsetzen könne (vgl. IV 3 b der Gründe).

b) In der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist, wie aufgezeigt, die Frage der Durchgriffshaftung überwiegend im Hinblick auf mittelbare Arbeitsverhältnisse erörtert worden. In neuerer Zeit hat der Erste Senat in seinem Beschluß vom 17. Februar 1981(- 1 ABR 101/78 - AP Nr. 9 zu § 111 BetrVG 1972) im Zusammenhang mit der Aufspaltung eines Unternehmens in eine Besitz- und eine Produktionsgesellschaft die Möglichkeit einer Durchgriffshaftung erwähnt. Dies macht deutlich, daß die vor allem aus dem Gesellschaftsrecht geläufige Durchgriffshaftung im Arbeitsrecht ein typisches Problem des mittelbaren Arbeitsverhältnisses darstellt. Eine subsidiäre Mithaftung des Dritten für Entgeltansprüche findet sich in § 21 Abs. 2 Heimarbeitsge-



setz (HAG). Danach haftet der Arbeitgeber neben dem Zwischenmeister, der gemäß § 2 Abs. 3 HAG kein Arbeitnehmer des Auftraggebers sein darf, unter den gesetzlich näher bezeichneten Voraussetzungen für Entgeltansprüche der in Heimarbeit Beschäftigten. Von besonderer Bedeutung ist die Durchgriffshaftung im Falle des Arbeitsverhältnisses im Konzern, wenn durch Planungsmaßnahmen der Konzernmutter Arbeitsplätze bei einer von ihr rechtlich selbständigen Konzerntochter wegfallen (hierzu näher Martens, aaO, S. 376 ff.).

Die im Streitfall gegebene Fallgestaltung weist starke Parallelen zu der für das Konzernarbeitsverhältnis gegebenen Problemlage auf. Sie ist daher zutreffend als "konzernähnlicher Sachverhalt" (Martens, aaO, S. 370; zustimmend Konzen, aaO, S. 260) gekennzeichnet worden und wiederum nur Ausschnitt der sich bei "Arbeitsverhältnissen mit arbeitsrechtlichen Drittbeziehungen" (vgl. Zöllner, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 1979, S. 215 ff.; Konzen, aaO) ergebenden vielfältigen Rechtsfragen. Gemeinsamer Ausgangspunkt ist hierbei, daß der Dienstverpflichtete in der Regel auf der Grundlage eines Arbeitsvertrags mit dem Dienstberechtigten seine Dienstleistung einem Dritten gegenüber erbringt, mit dem er selbst nicht in vertraglichen Beziehungen steht, sondern lediglich der Dienstberechtigte. Aus der Vereinbarung des Dienstberechtigten mit dem Dritten kann eine Aufteilung der Arbeitgeberfunktionen folgen, aus der sich verschiedenartige Rechte und Pflichten des Dritten gegenüber dem Arbeitnehmer ergeben können (vgl. Konzen, aaO, S. 265 f.). Eine Durchgriffshaftung des Dritten ist dabei nur **e i n e** der sich aus



arbeitsrechtlichen Drittbeziehungen ergebenden Rechtsfolgen; für die vorliegende Fallgestaltung, in der es nicht um die Haftung des Dritten für bestimmte vermögensrechtliche Ansprüche geht, ist überdies der Ausdruck "Durchgriffshaftung" terminologisch nicht befriedigend.

Der arbeitsrechtliche Durchgriff auf einen anderen als den unmittelbaren Arbeitgeber erweist sich nach alledem als eine Folge der in der Rechtswirklichkeit anzutreffenden Arbeitsverhältnisse mit arbeitsrechtlichen Drittbeziehungen. Da diese gesetzlich nur unvollständig geregelt sind, liegt es auf der Hand, daß auch die sich aus ihnen ergebenden Rechtsfolgen nicht näher gesetzlich normiert sind. Für die Durchgriffshaftung hat der Gesetzgeber immerhin in § 21 Abs. 2 HAG erkennen lassen, daß eine subsidiäre Haftung des Dritten in Betracht kommt, obwohl dieser mit dem in Heimarbeit Beschäftigten selbst in keinen vertraglichen Beziehungen steht. Die Meinung, der vom Fünften Senat des Bundesarbeitsgerichts in seinen Entscheidungen vom 26. November 1975 und 25. August 1976 (aaO) für möglich gehaltene Durchgriff auf die Rundfunkanstalt stelle einen von Art. 20 Abs. 3 GG nicht mehr gedeckten und daher unzulässigen Akt richterlicher Rechtsfortbildung dar, verkennt daher einmal die für den Bereich des Arbeitsrechts übliche gesetzgeberische Zurückhaltung, die bei atypischen Erscheinungsformen des Arbeitslebens in besonderer Weise ausgeprägt ist. Auch das AÜG ist weniger aus arbeitsrechtlichen Gründen, sondern vor allem aufgrund der Notwendigkeit entstanden, zulässige Arbeitnehmerüberlassung und verbotene Arbeitsvermittlung abzugrenzen, nachdem das Bundesverfassungsge-



richt § 37 Abs. 3 AVAVG wegen Verstoßes gegen Art. 12 GG für verfassungswidrig erklärt hat (vgl. BVerfGE 21, 261 ff.). Zum weiteren zeigt § 21 Abs. 2 HAG, daß der Gesetzgeber auch für den Bereich des Arbeitsrechts eine Durchgriffshaftung für erforderlich hält. Die Bejahung eines arbeitsrechtlichen Durchgriffs ist daher in der Rechtsordnung bereits angelegt und deshalb kein unzulässiger Akt richterlicher Rechtsschöpfung. Ihre Erweiterung auf andere arbeitsvertragliche Drittbeziehungen muß allerdings hinsichtlich der rechtlichen Voraussetzungen und der Folgen die Grundgedanken und Wertungen des Arbeitsrechts beachten.

c) Deshalb kann ein Durchgriff auf den Beklagten zu 2) nicht davon abhängen, ob die begrifflichen Merkmale eines mittelbaren Arbeitsverhältnisses vorliegen, insbesondere ob der unmittelbare Arbeitgeber seinerseits Arbeitnehmer ist. Für den Durchgriff ist nicht entscheidend, ob zwischen dem mittelbaren und unmittelbaren Arbeitgeber ein Arbeitsverhältnis besteht und damit möglicherweise personenrechtliche Beziehungen gegeben sind. Bereits der Fünfte Senat hat in seiner Entscheidung vom 26. November 1975 (vgl. BAG 27, 340, 348 f.) ausgeführt, es sei nicht maßgeblich, ob der unmittelbare Arbeitgeber eine natürliche oder juristische Person sei, sondern entscheidend sei ein Arbeitsverhältnis mit geteilter Arbeitgeberfunktion. Auch dies allein rechtfertigt freilich noch nicht den Durchgriff. Zumindest muß hinzukommen, daß der unmittelbare Arbeitgeber von dem Dritten in einem Maße abhängig ist, daß für die Entfaltung eigener unternehmerischer Initiative praktisch kein Raum bleibt, sondern diese sich mehr oder weniger im Vollzug des mit dem Dritten abgeschlossenen Ver-



trags erschöpft. Dann ist die wirtschaftliche Existenz des unmittelbaren Arbeitgebers - ähnlich der eines Arbeitnehmers - so eng mit den Maßnahmen des mittelbaren Arbeitgebers verknüpft, daß das Fortbestehen seines Unternehmens bzw. seine wirtschaftliche Existenzfähigkeit und damit zugleich der Bestand der Arbeitsverhältnisse der bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer von den Maßnahmen des mittelbaren Arbeitgebers abhängt (vgl. auch Konzen, aaO, S. 296 f.).

d) Ein Durchgriff auf den Beklagten zu 2) hängt ferner nicht davon ab, ob der Kläger die Feststellung eines mittelbaren Arbeitsverhältnisses mit dem Beklagten zu 2) beantragt hat. Der Kläger hat nämlich mit seinen Hilfsanträgen weitergehend die sich aus einem solchen Durchgriff möglicherweise ergebenden Rechtsfolgen geltend gemacht, so daß im Rahmen dieser Anträge als Vorfrage zu prüfen ist, ob zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 2) ein mittelbares Arbeitsverhältnis oder ein vergleichbares Rechtsverhältnis bestanden hat. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob die Anträge des Klägers dahingehend auslegungsfähig sind, er begehre auch die Feststellung eines mittelbaren Arbeitsverhältnisses oder eines vergleichbaren Rechtsverhältnisses.

e) Im Streitfall sind die rechtlichen Voraussetzungen eines Durchgriffs auf den Beklagten zu 2) hinsichtlich der ersten Alternative des Hilfsantrags schon deshalb nicht gegeben, weil der Kläger nicht dargetan hat, der Beklagte zu 2) habe für ihn einen freien Arbeitsplatz als Orchestermusiker. Bei dieser Sachlage besteht kein Anspruch des Klägers gegen den Beklagten zu 2) auf



Abschluß eines Arbeitsvertrages als Orchestermusiker. Denn der Beklagte zu 2) ist unter Berücksichtigung seiner Programmverantwortung nicht verpflichtet, Arbeitsplätze zu schaffen, für die er keinen Bedarf hat. Auch unabhängig von der vorliegend zu beachtenden Rundfunkfreiheit des Beklagten zu 2) ist der Arbeitgeber grundsätzlich nicht verpflichtet, durch Einrichtung eines neuen Arbeitsplatzes eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit zu schaffen (vgl. BAG Urteil vom 3. Februar 1977 - 2 AZR 476/75 - AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung, unter III 2 der Gründe). Ebenfalls liegt es im Rahmen der unternehmerischen Freiheit des Beklagten zu 2), die von den Arbeitsgerichten nur eingeschränkt nachprüfbar ist (vgl. BAG 31, 158 und 32, 150 = AP Nr. 6 und 8 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung sowie BAG Urteil vom 7. März 1980 - 7 AZR 1093/77 - AP Nr. 9 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung), seinen möglicherweise gegebenen Bedarf an Orchestermusik nicht durch die Gründung eines eigenen Orchesters mit bei ihm angestellten Musikern zu decken, sondern durch Auftragsvergabe an Dritte.

4. Auch den Hilfsantrag Ziff. 4 (Verschaffung eines Arbeitsplatzes) hat das Landesarbeitsgericht als zulässig angesehen. Diese Ansicht kann der Senat nicht teilen. Zwar mag sein, daß der Antrag dahingehend ausgelegt werden kann, er ziele auf jede anderweitige Beschäftigung, sofern die sonstigen Arbeitsbedingungen denen des ursprünglich mit der Beklagten zu 1) abgeschlossenen Arbeitsvertrages entsprechen. Auch durch diese Auslegung erhielte jedoch ein dem Klageantrag stattgebendes Urteil keinen vollstreckbaren Inhalt. Denn schon durch die Einbeziehung der Ver-



mittlung eines Arbeitsplatzes bei einem Dritten wird deutlich, daß der Beklagte zu 2) nicht das Zustandekommen eines Arbeitsvertrages schulden kann, weil dies ohne Mitwirkung des Dritten nicht möglich wäre. Der Beklagte zu 2) kann deshalb auf der Grundlage des Klageantrags Ziff. 2 b nur Handlungen schulden, die auf den Abschluß eines Arbeitsvertrages abzielen. Diese Handlungen aber müßten konkret bezeichnet sein, weil sonst nicht feststellbar wäre, ob der Beklagte zu 2), sobald er in irgendeiner Weise tätig geworden ist, den ihm durch das Urteil auferlegten Verpflichtungen bereits nachgekommen ist oder nicht.

5. Hiervon abgesehen ist dieser Antrag jedenfalls unbegründet, weil der Kläger nicht konkret dargelegt hat, wie er sich eine - vom Hilfsantrag Ziff. 3 abweichende - Beschäftigung beim Beklagten zu 2) bzw. dessen Vermittlungsbemühungen bei einem Dritten vorstelle und aus welchen Tatsachen sich ergeben soll, der Beklagte schulde gerade diese Handlungen. Der Senat verkennt nicht, daß der Kläger diese Darlegung möglicherweise aufgrund der Formulierung der "Vermittlungspflicht" im bereits angeführten Urteil des Fünften Senats vom 25. August 1976 als entbehrlich angesehen hat. Indessen kam es für jenes Urteil auf den konkreten Inhalt einer "Vermittlungspflicht" nicht an. Im vorliegenden Fall ist jedoch entscheidungserheblich, ob dem Beklagten zu 2) trotz des Fehlens unmittelbarer vertraglicher Beziehungen derartige Verpflichtungen gegenüber dem Kläger obliegen. Ebenso wie der Fünfte Senat im Urteil vom 25. August 1976 ist auch der erkennende Senat bei der gegebenen Fallgestaltung der Meinung, daß der Beklagte zu 2) für den Kläger in irgendeiner Weise soziale Ver-



antwortung trägt und sich deshalb nicht auf den Standpunkt stellen darf, er habe mit der weiteren beruflichen Zukunft des Klägers nichts zu tun. Ob sich jedoch diese soziale Verantwortung nach den Wertmaßstäben der geltenden Arbeitsrechtsordnung bereits zu einer rechtlichen Verpflichtung verdichtet hat, erscheint zweifelhaft. Der Senat kann jedenfalls nur über ein konkretes Verhalten entscheiden, das der Kläger vom Beklagten fordert und für das er alle entscheidungserheblichen Tatsachen vorzutragen gehabt hätte.

Bichler

Roeper

Dr. Steckhan

Gossen

Straub



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)