Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Aktenzeichen: 7 AZR 403/81

Bundesarbeitsgericht 7. Senat		Urteil vom 24. August 1983
		- 7 AZR 403/81 -
I.	Arbeitsgericht Berlin	Urteil vom 23. Oktober 1980
		- 35 Ca 282/80 -
II.	Landesarbeitsgericht Berlin	Urteil vom 22. Juni 1981
		- 9 Sa 96/80 -

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

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

7 AZR 403/81
---
9 Sa 96/80 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.

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

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 22. Juni 1981 - 9 Sa 96/80 - 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 (Schlagzeuger) und war seit September 1974 bei der Beklagten zu 1) bzw. deren Rechtsvorgängerin gegen ein monatliches Bruttogehalt von zuletzt 5.000,-- 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 waren von dem Beklagten zu 2) am 31. März 1957 gelöst worden. Anschließend übernahm auf Vorschlag des Beklagten zu 2) der damalige Vertrauensmann des Orchesters Franz F , das Orchester als selbständiger Unternehmer und

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

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. 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 ähnliche auf den SFB hinweisende Bezeichnung zu verwenden.

2. Das Bezeichnungsrecht "SFB-Tanzorchester" oder eine

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

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 beigefügt.

.....

§ 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

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

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 würden, 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 war von der Beklagten zu 1) gekündigt worden. Mit Schreiben vom 20. Juni 1980 hatte der zuvor angehörte Betriebsobmann bei der Beklagten zu 1) den Kündigungen widersprochen. Im Hinblick auf die arbeitsvertraglich vereinbarte Kündigungsfrist wurde später zwischen den Parteien klargestellt, daß das Arbeitsverhältnis frühestens am 31. August 1981 enden werde.

Mit seiner Klage hat der Kläger in erster Linie die Feststellung der Unwirksamkeit der seitens der Beklagten zu 1) ausgesprochenen Kündigung und die Feststellung des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses zum Beklagten zu 2) begehrt. Zur Begründung seiner gegen den Beklagten zu 2) gerichteten Anträge hat der Kläger im wesentlichen vorgetragen, er und seine Kollegen seien fast ausschließlich für den Beklagten zu 2) tätig geworden. Drittaufträge hätten nur in begrenztem Umfang angenommen werden können, weil der Beklagte zu 2) die überwiegende Produktionszeit für sich in Anspruch genommen habe. Die Beklagte zu 1) habe

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

praktisch über keinerlei nennenswerte Betriebsmittel verfügt. In ihrem Eigentum stünden nur wenige Instrumente, die übrigen seien Eigentum der Musiker. Die gesamten technischen Anlagen stünden im Eigentum des Beklagten zu 2). Die Beklagte zu 1) verfüge auch nicht über eigene Büroräume. Vielmehr bestehe ein Büroraum in den Räumen des Beklagten zu 2). In einem Raum des Beklagten zu 2) werde auch für die Beklagte zu 1) eine Angestellte des Beklagten zu 2) tätig. Einsatz-, Dienst- und Urlaubspläne würden ausschließlich auf Weisung des Beklagten zu 2) festgelegt. Die gesamte künstlerische Leitung liege allein beim Beklagten zu 2). Dieser entscheide, welche Titel vom Orchester aufgenommen würden und lege den Sound des Orchesters fest. Einzelpersonalmaßnahmen würden letztlich vom Beklagten zu 2) entschieden. Auch Disziplinarmaßnahmen und die Zuweisung von Prämien würden durch den Beklagten zu 2) veranlaßt. Der Beklagte zu 2) untersage den Orchestermitgliedern auch, als Individualmusiker bei Produktionen eines Konkurrenzsenders mitzuwirken. Nebentätigkeiten der Musiker hätten der ausdrücklichen Zustimmung des Beklagten zu 2) bedurft. Die jährlichen Leistungen des Beklagten zu 2) an die Beklagte zu 1) seien darauf ausgerichtet gewesen, die von der Beklagten zu 1) geschuldeten Gehälter nebst Sozialabgaben abzudecken. Der Beklagte zu 2) erteile der Beklagten zu 1) auch Anweisungen, in welcher Weise die Musiker zu auswärtigen Spielorten anzureisen hätten. Die zu erbringende Leistung werde nicht nur vom Dirigenten, sondern auch von dem seitens des Beklagten zu 2) gestellten Regisseur inhaltlich bestimmt.

Der Kläger hat im ersten Rechtszuge beantragt

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

1. festzustellen, daß sein Arbeitsverhältnis bei der Beklagten zu 1) durch deren Kündigung vom 24. Juni 1980 nicht zum 31. August 1981 aufgelöst wird,

2. festzustellen, daß auch mit der Beklagten zu 2) ein Arbeitsverhältnis zu den gleichen Bedingungen wie mit der Beklagten zu 1) besteht und durch die Kündigung der Beklagten zu 1) ebenfalls nicht zum 31. August 1981 aufgelöst wird,

hilfsweise zu 2),

3. den Beklagten zu 2) zu verurteilen, mit ihm nach Beteiligung des Personalrats ein Arbeitsverhältnis als Orchestermusiker zu den mit der Beklagten zu 1) bestehenden Bedingungen einzugehen,

4. den Beklagten zu 2) zu verurteilen, einen adäquaten Arbeitsplatz für ihn bei sich oder einem Dritten zu vermitteln.

Die Beklagten zu 1) und 2) haben beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Beklagte zu 2) hat im wesentlichen vorgetragen, es sei bei Orchestern aller Art durchaus üblich, daß die Musiker selbst Eigentümer der Instrumente seien. Studios, Produktionsräume und technische Anlagen gehörten in aller Regel nicht zu den Betriebsmitteln eines Orchesters. Auch eine sonstige Abhängigkeit der Beklagten zu 1) habe nicht bestanden. Zwar seien die Produktionstermine mit der Beklagten zu 1) vereinbart worden; es sei jedoch unrichtig, daß alle Einsatz-, Dienst- und Urlaubspläne der Beklagten zu 1) ausschließlich auf Weisung des Beklagten zu 2) festgelegt worden seien. Die Beklagte zu 1) habe lediglich die terminlichen Vereinbarungen berücksichtigen müssen. Der Beklagte zu 2) habe weder Einzelpersonalmaßnahmen entschieden, noch die Beklagte zu 1) insoweit angewiesen. Er habe auch keine Disziplinargewalt über die Musiker ausgeübt. Es sei unzutreffend, daß die

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Nebentätigkeiten aller Orchestermusiker seiner Zustimmung bedurft hätten.

Das Arbeitsgericht hat die Klage gegenüber beiden Beklagten abgewiesen. Gegen dieses Urteil hat der Kläger Berufung eingelegt und im wesentlichen vorgetragen, in Wirklichkeit bestehe ein Arbeitsverhältnis zum Beklagten zu 2). Die Beklagte zu 1) habe zumindest zu 90 % Leistungen für den Beklagten zu 2) erbracht. Bei diesem handele es sich um ein Monopolunternehmen. Hieraus folge eine besondere Sozialverpflichtung. Im übrigen habe der Beklagte zu 2) wie ein Arbeitgeber gehandelt. Die Dienstzeiten seien vom Hauptabteilungsleiter Unterhaltung bzw. vom Aufnahmeleiter oder der Sekretärin des beim Beklagten zu 2) angestellten Dirigenten Paul Kuhn angesagt worden. Der Beklagte zu 2) habe Disziplinarmaßnahmen durchgeführt und eine ständige Dienstbereitschaft verlangt. Die zu spielenden Titel seien vom Beklagten zu 2) vorgegeben worden; Entscheidungsspielräume hätten nicht bestanden. Das Gleiche gelte für die arbeitstechnischen Weisungen. In der Werbung habe der Beklagte zu 2) auch "seine" SFB-Big-Band herausgestellt und diese als sein eigenes Orchester angesehen. Der Kläger habe seine Arbeitskraft nur mit dem Apparat und den technischen Hilfsmitteln des Beklagten zu 2) verwerten können. Die Beklagte zu 1) sei nur Strohmann, Herr F nur Sprachrohr des Beklagten zu 2) gewesen. Die Beklagte zu 1) habe kein Eigenkapital besessen; sie habe an ihre Arbeitnehmer nur das bezahlt, was sie vorher vom Beklagten zu 2) an Entgelt erhalten habe. Der angebliche Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten zu 1) sei nichts wert und die Beklagte zu 1) wirtschaftlich völlig vom

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Beklagten zu 2) abhängig gewesen. Dieser habe im Produktionsjahr auch mehr als die vereinbarte Summe gezahlt, nämlich mehr als 1,5 Millionen DM. Im Übrigen habe Herr F die Beklagte zu 1) nur auf Veranlassung des Beklagten zu 2) gegründet.

Der Kläger hat im Berufungsrechtszug beantragt,

> unter Abänderung des angefochtenen Urteils festzustellen, daß sein Arbeitsverhältnis bei der Beklagten zu 1) durch deren Kündigung vom 24. Juni 1980 nicht zum 31. August 1981 aufgelöst werden wird;
>
> hilfsweise
>
> festzustellen, daß er sich bei dem Beklagten zu 2) in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis befindet, das über den 31. August 1981 hinaus fortbesteht;
>
> hilfsweise
>
> den Beklagten zu 2) zu verurteilen, ihm einen adäquaten Dauerarbeitsplatz ab 1. September 1981 zu vermitteln.

Die Beklagten zu 1) und 2) haben beantragt,

> die Berufung zurückzuweisen.

Der Beklagte zu 2) hat im wesentlichen vorgetragen, eine Genehmigung von Nebentätigkeiten sei nur dann erforderlich gewesen, wenn sein Name verwendet werden sollte. Dies sei aber nicht der Regelfall gewesen. Im Übrigen besage die Verwendung des Namens nichts über die Arbeitgebereigenschaft. Der Dirigent Paul Kuhn sei für den Beklagten zu 2) freiberuflich und nicht als Arbeitnehmer tätig gewesen. Nur selten seien Proben für Drittveranstaltungen in den Räumen des Beklagten zu 2) durchgeführt worden. Hierzu habe es einer besonderen Genehmigung bedurft. Auch

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

habe gegenüber dem Beklagten zu 2) kein persönliches Abhängigkeitsverhältnis des Klägers bestanden.

Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung zurückgewiesen und die Revision zugelassen. Der Kläger hat nur hinsichtlich seiner Ansprüche gegen den Beklagten zu 2) Revision eingelegt; er wiederholt seine im Berufungsrechtszug gestellten Anträge. Der Beklagte zu 2) 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 unbegründet.

A. Die Verfahrensrügen greifen nicht durch. Insoweit beschränkt sich der Senat gemäß § 565 a ZPO auf einige Hinweise und sieht im übrigen von einer Begründung ab.

Die Revision rügt, in allen das vorliegende Orchester betreffenden Verfahren, die der Prozeßbevollmächtigte des Klägers geführt habe, hätten die Kammervorsitzenden des Landesarbeitsgerichts die jeweils einzige mündliche Verhandlung mit dem Bemerken eröffnet, die mit diesem und den Parallelverfahren befaßten Kammervorsitzenden hätten sich beraten und seien einheitlich zum Ergebnis gekommen, die Berufungen zurückzuweisen, aber die Revision zuzulassen. In dieser Prämisse hätten sich dann die mündlichen Verhandlungen erschöpft. Zwar sei auf Betreiben des Prozeßbevollmächtigten des Klägers versucht worden, verschiedene der hier anstehenden Streitfragen zu erörtern; dies sei jedoch einem "Schattenboxen" gleichgekommen, weil das Ergebnis bereits bekannt

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

gewesen sei. Deshalb rüge die Revision auch, daß das Ergebnis des angegriffenen Urteils nicht aufgrund der Beratung der jeweiligen Kammer zustandegekommen, sondern bereits vorher zwischen den Kammervorsitzenden abgesprochen gewesen sei. Die Beisitzer hätten sich zu diesen Eingangserklärungen der Vorsitzenden nicht geäußert, woraus geschlossen werden müsse, daß bereits in der Vorbesprechung die Klageabweisung im Sinne der "gemeinsam gefundenen Entscheidung" festgelegt gewesen sei.

Diese Rüge ist schon deshalb unzulässig, weil sie die Rechtsnorm nicht bezeichnet, auf deren angeblicher Verletzung das angefochtene Urteil beruhen soll (§ 554 Abs. 3 Nr. 3 a ZPO). Zwar ist nicht erforderlich, die verletzte Rechtsnorm etwa nach den Paragraphen genau anzuführen. Der Vortrag der Revision läßt jedoch nicht einmal annähernd erkennen, ob Bestimmungen über den gesetzlichen Richter, das rechtliche Gehör, den Ablauf der mündlichen Verhandlung oder das sonstige Verfahren verletzt sein sollen. Vieles deutet darauf hin, daß die Revision beanstandet, die Richter hätten den Eindruck erweckt, aufgrund der vorangegangenen Gespräche voreingenommen zu sein. Dies wäre allenfalls ein Ablehnungsgrund, auf den die Revision nicht mehr gestützt werden kann (§ 43 ZPO). Auch eine Rüge gemäß § 551 Nr. 7 ZPO kann in dem Vortrag der Revision nicht gesehen werden.

Die Rüge, das Landesarbeitsgericht habe den Sachvortrag des Klägers nicht berücksichtigt und die angetretenen Beweise nicht erhoben, ist jedenfalls unbegründet. Das angefochtene Urteil gibt keine Anhaltspunkte dafür, daß Teile des klägerischen Vortrags

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

übergangen worden seien. Vielmehr kommt es auf der Grundlage der Rechtsausführungen des Landesarbeitsgerichts und der im folgenden dargestellten Rechtsauffassung des Senats auf die Teile des Sachvortrags, mit denen sich das Urteil nicht ausdrücklich auseinandersetzt und auf die angetretenen Beweise nicht an.

B. Das Berufungsurteil verstößt auch nicht gegen sachliches Recht.

I. Das Landesarbeitsgericht ist rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis gelangt, zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 2) sei ein (unmittelbares) Arbeitsverhältnis nicht zustande gekommen (erster Hilfsantrag der Berufungsinstanz, der, nachdem sich die Revision nur noch gegen den Beklagten zu 2) richtet, nunmehr als Hauptantrag anzusehen ist).

1. Das Landesarbeitsgericht hat hierzu im wesentlichen ausgeführt, für die Frage, ob die Parteien arbeitsvertragliche Beziehungen vereinbart hätten, komme es auf die charakteristischen Umstände an, die dieses Rechtsverhältnis prägen. Hierfür seien die tatsächliche Handhabung und Durchführung des jeweiligen Rechtsverhältnisses entscheidend. Nach diesen Grundsätzen spreche gegen das Vorliegen arbeitsvertraglicher Beziehungen zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 2), daß der Arbeitsvertrag ausdrücklich von der Beklagten zu 1) im eigenen Namen abgeschlossen worden sei und daß auch diese allein die Kündigung erklärt habe. Sie habe mit dem Kläger die Höhe der Vergütung vereinbart und diese Vergütung gezahlt, die Dienst- und Einsatzpläne aufgestellt, den

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Erholungsurlaub bewilligt, Steuern und Sozialabgaben abgeführt und die Arbeitspapiere ausgefüllt. Aufgrund des Arbeitsvertrages habe auch nur die Beklagte zu 1) über die Arbeitskraft des Klägers verfügen können, so daß der Kläger allein von der Beklagten zu 1) persönlich abhängig gewesen sei. Etwas anderes ergebe sich auch nicht daraus, daß der Beklagte zu 2) möglicherweise dem Kläger gewisse Weisungen erteilt habe. Wenn ein Unternehmer überwiegend vom Abschluß von Werkverträgen mit einem anderen Unternehmer abhängig sei, so wirke sich dies zumeist auf die bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer dadurch aus, daß letztlich Ort, Zeit, Art und Umfang der Arbeitsleistung von den Vorgaben des betreffenden Auftrages abhängig seien. Hierdurch träten die Arbeitnehmer jedoch nicht in arbeitsrechtliche Beziehungen zu dem Auftraggeber. Unerheblich sei, ob der Beklagte zu 2) gegenüber den Musikern des Orchesters Disziplinarmaßnahmen ergriffen habe. Denn ein Dritter könne sich auch eine Disziplinargewalt anmaßen, die ihm möglicherweise nicht zustehe. Auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Status der freien Mitarbeiter könne sich der Kläger nicht berufen. Denn im vorliegenden Rechtsstreit stehe fest, daß der Kläger Arbeitnehmer sei; sein gesetzlicher Kündigungsschutz stehe mithin außer Frage. Streitig sei vielmehr, wer Arbeitgeber des Klägers sei. Nach alledem reiche die wirtschaftliche Abhängigkeit der Beklagten zu 1) vom Beklagten zu 2) und dessen künstlerischer Einflußnahme auf das Orchester nicht aus, um aus der praktischen Durchführung der Vertragsbeziehungen auf ein Arbeitsverhältnis zum Beklagten zu 2) zu schließen. Nichts anderes ergebe sich, wenn man vom Vorliegen eines (echten) Leiharbeitsverhältnisses gegenüber dem Beklagten zu 2) ausgehen

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

wollte. Denn der Verleiher bleibe selbst dann Arbeitgeber, wenn der Entleiher die Vergütung zahle und das Direktionsrecht ausübe. Der vorliegende Sachverhalt werde auch nicht vom Arbeitnehmerüberlassungsgesetz erfaßt, denn die Beklagte zu 1) habe dem Beklagten zu 2) die bei ihr angestellten Arbeitnehmer nicht gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen. Dies sei nicht Gegenstand der zwischen den Beklagten geschlossenen Produktionsverträge gewesen. Der Beklagten zu 1) sei es auf eine eigene Verwertung der Arbeitskraft der bei ihr angestellten Musiker angekommen, wie die mit Dritten abgeschlossenen Aufführungsverträge zeigten.

Der Kläger könne sich auch nicht darauf berufen, zum Beklagten zu 2) in einem mittelbaren Arbeitsverhältnis gestanden zu haben. Dieses liege nur vor, wenn der Mittelsmann seinerseits Arbeitnehmer sei; als Arbeitnehmer aber komme grundsätzlich nur eine natürliche Person in Betracht. Als Kommanditgesellschaft habe die Beklagte zu 1) eigene unternehmerische Zwecke verfolgt. Im übrigen habe der Kläger im Berufungsverfahren auch nicht beantragt, den Bestand eines mittelbaren Arbeitsverhältnisses festzustellen.

Auch unter dem Gesichtspunkt der Mißbrauchskontrolle seien keine zwingenden Umstände erkennbar, die den Schluß zuließen, daß durch die Vertragsgestaltung der allgemeine Kündigungsschutz oder andere wichtige arbeitsrechtliche Schutzgesetze umgangen werden sollten. Der kündigungsrechtliche Bestandsschutz des Klägers sei objektiv nicht in Frage gestellt worden. Dem Umstand, daß die

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

sonstigen Arbeitsbedingungen beim Beklagten zu 2) für den Kläger möglicherweise vorteilhafter wären, komme keine rechtserhebliche Bedeutung zu.

2. Es mag dahinstehen, ob diesen Ausführungen des Landesarbeitsgerichts in allen Einzelheiten beigetreten werden kann, jedenfalls im Ergebnis hat das Landesarbeitsgericht zutreffend angenommen, daß zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 2) ein unmittelbares Arbeitsverhältnis nicht zustande gekommen ist. Auch unter Zugrundelegung des Sachvortrags des Klägers ist eine von der Entscheidung des Fünften Senats vom 26. November 1975 - 5 AZR 337/74 - (BAG 27, 340 = AP Nr. 19 zu § 611 BGB Abhängigkeit) 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.

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

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) Auch unter Zugrundelegung des Sachvortrags des Klägers ist eine von den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien abweichende praktische Durchführung nicht ersichtlich. Soweit die Revision dem Landesarbeitsgericht vorwirft, es 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 den Beklagten abgeschlossenen Produktionsvertrags war der Beklagte zu 2) berechtigt und verpflichtet, einzelne Arbeitgeberfunktionen gegenüber dem Kläger und seinen Musikerkollegen auszuüben (vgl. auch BAG 6, 232, 243 = AP Nr. 3 zu § 611

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

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.

Die vorliegende Vertragsgestaltung ergibt zwar eine Teilung der Arbeitgeberfunktion. Eine Aufspaltung oder 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 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (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

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

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 Bestandsschutzes eines Arbeitsverhältnisses ingesamt geführt hätte. Dies war 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

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

anderen, wenn der Arbeitgeber freien Mitarbeitern ohne sachlichen Grund den Abschluß eines Arbeitsvertrages verweigerte und damit die Anwendbarkeit des Kündigungschutzgesetzes 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 hier 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

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

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 Musikerkollegen dem Beklagten zu 2) zur Arbeitsleistung überlassen hätte (vgl. Art. 1 § 9 Nr. 1 i.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 Erfüllungsge-

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

hilfen 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 auch der erkennende 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.

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

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 Weisungen 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 zu-

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

stande gekommen.

II. Den Hilfsantrag des Klägers (zweiter Hilfsantrag des Berufungsrechtszuges) hat das Landesarbeitsgericht zu Recht als unzulässig abgewiesen. Dieses Ergebnis wird bereits von der Begründung des Berufungsurteils getragen, mangels Bezugnahme auf die bisherigen Arbeitsbedingungen lasse sich weder aus der Formulierung des Antrags noch aus dem sonstigen Vorbringen des Klägers bestimmen, was unter einem "adäquaten Dauerarbeitsplatz" zu verstehen sei.

Aufgrund der Bezugnahme des Klägers auf das nicht veröffentlichte Urteil des Fünften Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 25. August 1976 - 5 AZR 427/75 - hält es der erkennende Senat allerdings für denkbar, daß der Kläger mit seinem Hilfsantrag beide in jenem Urteil im Wege einer "Durchgriffshaftung" für möglich gehaltenen Pflichten des Beklagten zu 2), nämlich die "Umsetzungspflicht" und die "Vermittlungspflicht", geltend machen will. Aber selbst im Falle seiner Zulässigkeit müßte der Hilfsantrag mit beiden Alternativen erfolglos bleiben.

1. Ein Antrag des Klägers auf "Umsetzung", d.h. auf Verurteilung des Beklagten zu 2) zum Abschluß eines Arbeitsvertrages mit dem Kläger zu den gleichen Bedingungen, wie sie mit der Beklagten zu 1) bestanden, wäre zulässig (vgl. z.B. unveröffentlichtes Senatsurteil vom 24. August 1983 - 7 AZR 437/81 -, zu B II 2 der Gründe). Er wäre jedoch unbegründet.

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

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 Orchestermusiker 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 Orchestergesellschaft 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 (Umsetzungspflicht) oder ihnen bei der Beschaffung eines Arbeitsplatzes bei einer anderen Rundfunkanstalt behilflich zu sein (Vermittlungspflicht). Auf diese Umsetzungspflicht zielt ersichtlich der zweite Hilfsantrag.

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-

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

beitsverhältnis eine subsidiäre Haftung des mittelbaren Arbeitgebers bejaht worden, wenn der Arbeitnehmer gegenüber seinem unmittelbaren 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 Verpflichtungsgrundes 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

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

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 Heimarbeitsgesetz (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,

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

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

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

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 Bundesverfassungsgericht § 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 möglicher-

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

weise 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 Vertrags 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

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

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,

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

sondern durch Auftragsvergabe an Dritte.

2. In seiner zweiten Alternative ("Vermittlungspflicht" in anderer Weise als durch Abschluß eines Arbeitsvertrages zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 2), insbesondere also Vermittlung eines Arbeitsplatzes bei einem Dritten) wäre der Hilfsantrag unzulässig. 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 Vermittlung 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 der zweiten Alternative des Hilfsantrags 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, sobald er in irgendeiner Weise tätig geworden ist, den ihm durch das Urteil auferlegten Verpflichtungen bereits nachgekommen ist oder nicht.

Hiervon abgesehen ist dieser Antrag jedenfalls unbegründet, weil der Kläger nicht konkret dargelegt hat, wie er sich eine - von der ersten Alternative des Hilfsantrags abweichende - Beschäftigung beim Beklagten zu 2) bzw. dessen Vermittlungsbemü-

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

hungen 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 ansah. 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 Verantwortung 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

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS