Aktenzeichen: 7 AZR 485/81

Bundesarbeitsgericht 7. Senat		Urteil vom 24. August 1983
		- 7 AZR 485/81 -
I.	Arbeitsgericht Berlin	Urteil vom 4. Dezember 1980 - 36 Ca 279/80 -
II.	Landesarbeitsgericht Berlin	Urteil vom 31. Juli 1981 - 10 Sa 12/81

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 485/81
---
10 Sa 12/81 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 31. Juli 1981 - 10 Sa 12/81 - 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 (Saxophonist) und war seit dem 1. März 1971 bei der Beklagten zu 1) bzw. deren Rechtsvorgängerin gegen ein monatliches Bruttogehalt von zuletzt 3.600,-- DM beschäftigt. Die Beklagte zu 1) betrieb bis Ende 1980 ein Orchester, das überwiegend für den Beklagten zu 2) spielte und fast ausschließlich unter der Bezeichnung "SFB-Tanzorchester" auftrat. 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 Orchester als selbständiger Unternehmer und schloß mit

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

den Musikern des Orchesters Arbeitsverträge ab. Im Jahre 1963 trat an die Stelle der bisherigen Einzelfirma die Franz F GmbH. 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.

Die Aufwendungen für Hörfunk- und Fernsehproduktionen des Orchesters in den Jahren 1979 und 1980 betrugen ca. 53 % des Gesamtetats der Hauptabteilung Unterhaltung des Beklagten zu 2). Mit Rücksicht auf das geringere Publikumsinteresse an "Big-Band-Musik" war vom Programmausschuß des Beklagten zu 2) dem Intendanten am 13. Juni 1980 empfohlen worden, mit der Beklagten zu 1) oder einer zu gründenden Nachfolgerin eine Reduzierung von 300 auf 150 Musiktitel zu vereinbaren. Mit Schreiben vom 20. Juni 1980 teilte daraufhin der Intendant des Beklagten zu 2) der Beklagten zu 1) mit, der Produktionsvertrag werde Ende 1980 auslaufen, und ein Neuabschluß in bisherigem Umfang werde nicht in Betracht kommen. Für das Jahr 1981 ist im Etat des Beklagten zu 2) für den Bereich der Tanzorchestermusik ein Betrag von 525.000,-- DM ausgewiesen.

Nach der Mitteilung des Intendanten des Beklagten zu 2) über das Auslaufen des Produktionsvertrags kündigte die Beklagte zu 1), nachdem sie den Kläger in seiner Eigenschaft als Betriebsobmann angehört hatte, die Arbeitsverhältnisse aller bei ihr beschäftigten Musiker, so auch das Arbeitsverhältnis des Klägers, zum nächstzulässigen Termin.

Mit seiner Klage hat der Kläger die Auffassung vertreten,

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

die von der Beklagten zu 1) ausgesprochene Kündigung des Arbeitsverhältnisses sei unwirksam. Wenn auch wegen der Nichtverlängerung des Produktionsvertrags seitens des Beklagten zu 2) die wirtschaftliche Basis für eine Fortführung des Orchesters durch die Beklagte zu 1) möglicherweise entfallen sei, so müsse doch schon im Rahmen des Kündigungsschutzverfahrens gegen die Beklagte zu 1) geprüft werden, ob die Maßnahme des Beklagten zu 2) berechtigt gewesen sei. Hinsichtlich seiner gegen den Beklagten zu 2) gerichteten Klageanträge hat der Kläger ausgeführt: Der Beklagte zu 2) habe die Zwischenschaltung der Beklagten zu 1) nur veranlaßt, um sich arbeitsrechtlichen Verpflichtungen zu entziehen. Zudem habe er bis zum Abschluß des schriftlichen Arbeitsvertrags nicht gewußt, daß die Beklagte zu 1) formell sein Arbeitgeber sei. Er sei seinerzeit von Herrn Fijal lediglich gefragt worden, ob er für die "SFB-Big-Band" spielen wolle. Mit der vom Beklagten zu 2) betriebenen Rechtskonstruktion sei ein effektiver Kündigungsschutz nicht gewährleistet. Zudem habe der Beklagte zu 2) alle Arbeitgeberrechte gegenüber den Musikern ausgeübt, während die Beklagte zu 1) lediglich Zahlstelle für die Gehälter der Musiker gewesen sei und keinerlei wirtschaftliches Risiko getragen habe. Der Beklagte zu 2) habe das Orchester als eigenes Markenzeichen benutzt und als "sein Orchester" bezeichnet. Die Produktionen für den Beklagten zu 2) sowie die Proben hätten an dem von ihm bestimmten Ort stattgefunden. Der Beklagte zu 2) habe praktisch alle Produktionsmittel zur Verfügung gestellt, die Musiktitel und die Arrangements bestimmt und habe ohne Rücksicht auf die Terminplanung der Beklagten zu 1) und der Musiker Dienstpläne aufgestellt sowie auf die wirtschaftlich er-

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

forderlichen Nebentätigkeiten der Musiker Einfluß genommen. Ferner habe der Beklagte zu 2) Weisungen für den Einsatz der Musiker erteilt. Schließlich habe die Beklagte zu 1) ihre Verwaltungstätigkeit in den Räumlichkeiten des Beklagten zu 2) ausgeübt. Unter Berücksichtigung dieser Umstände sei ein umittelbares Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 2) zustande gekommen. Jedenfalls sei der Beklagte zu 2) verpflichtet, mit ihm einen Arbeitsvertrag zu den bisherigen Bedingungen abzuschließen oder zumindest zu vermitteln. Da der Beklagte zu 2) auch im Jahre 1981 Orchestermusiker benötige und dafür Etatmittel bereitgestellt habe, bestehe auch eine Einsatzmöglichkeit für ihn bei dem Beklagten zu 2).

Der Kläger hat beantragt

1. festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis des Klägers bei der Beklagten zu 1) durch deren Kündigung vom 24. Juni 1980 nicht zum 28. Februar 1981 aufgelöst worden ist;

2. festzustellen, daß auch mit dem 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 28. Februar 1981 aufgelöst worden ist;

   hilfsweise,

   den Beklagten zu 2) zu verurteilen, mit dem Kläger nach Beteiligung des Personalrates ein Arbeitsverhältnis als Orchestermusiker zu den mit der Beklagten zu 1) bestehenden Bedingungen einzugehen bzw. den Beklagten zu 2) zu verurteilen, einen adäquaten Arbeitsplatz für den Kläger bei sich oder einem Dritten zu vermitteln.

Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen. 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

Beklagte zu 1) hat geltend gemacht, sie habe das Orchester auflösen müssen, nachdem der Produktionsvertrag von dem Beklagten zu 2) nicht mehr verlängert worden sei. Eine Reduzierung der Anzahl der Musiker sei nicht in Betracht gekommen, da eine Big-Band aus 17 bis 18 Musikern bestehen müsse. Der Beklagte zu 2) hat die Ansicht vertreten, für die vorliegende Vertragskonstruktion hätten vernünftige wirtschaftliche, organisatorische und künstlerische Gründe bestanden, so daß keine Umgehung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften vorliege. Er habe sich auch nicht wie ein Arbeitgeber gegenüber dem Kläger und den anderen Musikern des Orchesters verhalten.Das Orchester sei lediglich berechtigt gewesen, unter dem Namen des SFB aufzutreten und habe häufig unter dem Namen des Dirigenten Paul Kuhn gespielt, der in diesen Fällen von der Beklagten zu 1) engagiert worden sei. Bei den Vertragsverhandlungen sei immer nur von einem Engagement für die Beklagte zu 1) die Rede gewesen; dies habe der Kläger spätestens bei Vertragsunterzeichnung erkannt. Vor der Aufstellung der Dienstpläne sei im Hinblick auf anderweitige Termine des Orchesters mit Herrn F eine Abstimmung erfolgt. Lediglich die Produktionsdauer am jeweiligen Tag sei unvorhersehbar gewesen, so daß die Musiker für diesen Tag nicht anderweitig hätten disponieren können. Nebentätigkeit der Musiker sei in 90 % der Fälle von der Beklagten zu 1) genehmigt worden. Auf die personelle Besetzung des Orchesters habe er nur insoweit Einfluß genommen, als er und die Beklagte zu 1) darüber einig gewesen seien, die Grundvergütung der Produktionsverträge beruhe auf der Anstellung von 17 Musikern. Schließlich habe er selbst keinen Bedarf für den Einsatz einer Big-Band oder eines anderen Orchesters, da er bereits mit zwei anderen

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

Orchestern zusammenarbeite.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen 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 der Beklagten zu 1) vom 24. Juni 1980 sei aus dringenden betrieblichen Gründen gemäß § 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 er-

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

halten 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 einzustellen. - 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,

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

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 den Beklagten zu 2) angekündigte Kürzung des Auftragsvolumens verneint hat, so ist diese Würdigung revisionsgerichtlich 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 Kündigungssrechtstreit 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 umittelbaren Arbeitgeber ist jedoch allenfalls dann Raum, wenn dieser seinerseits rechtlich oder wirtschaftlich

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

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 (un-

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

mittelbares) Arbeitsverhältnis nicht zustande gekommen (Klageantrag Ziff. 2).

1. Das Landesarbeitsgericht hat hierzu im wesentlichen ausgeführt, der Kläger sei aufgrund schriftlicher Vereinbarung allein Arbeitnehmer der Beklagten zu 1) gewesen und habe seine Arbeit allein aufgrund dieses Arbeitsvertrags geleistet. Deshalb könne auch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Statusbeurteilung sogenannter freier Mitarbeiter nicht angewandt werden, da insoweit anders als im Streitfall vertragliche Beziehungen bestanden hätten und nur deren rechtliche Beurteilung im Streit gestanden habe. Hier fehle jedoch das erforderliche unmittelbare rechtliche Band zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 2).

2. Die gegen diese Ausführungen des Landesarbeitsgerichts gerichteten Angriffe der Revision sind unbegründet. Auch unter Zugrundelegung des im einzelnen unter den Parteien streitig gebliebenen Sachvortrags des Klägers ist eine von der Entscheidung des Fünften Senats vom 26. November 1975 (BAG 27, 340 ff.) abweichende Würdigung der rechtlichen Beziehungen zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 2) nicht gerechtfertigt.

a) Zutreffend ist das Landesarbeitsgericht von den ausdrücklichen Erklärungen der Parteien ausgegangen. 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

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

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) Eine von den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien abweichende praktische Durchführung ist vom Landesarbeitsgericht nicht festgestellt worden. Soweit die Revision rügt, das Landesarbeitsgericht habe den Vortrag des Klägers nicht hinreichend gewürdigt, er und seine Kollegen hätten ihre Arbeitsleistung gegenüber dem Beklagten zu 2) aufgrund der konkreten Weisungen des vom Beklagten zu 2) gestellten Dirigenten und im Rahmen der von ihm gestellten technischen Einrichtungen sowie zu dessen Nutzen erbracht, verkennt sie schon im rechtlichen Ausgangspunkt, daß diese Umstände noch nicht genügen, ein Arbeitsverhältnis mit dem

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) 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 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 über die Produktionstermine folgt weiter, daß die Aufstellung von Dienstplänen für das Orchester seitens des Beklagten zu 2) durch den Produktionsvertrag gedeckt war.

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 noch nicht ein unmittelbares Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers mit dem Dritten. Dies wird, worauf der Fünfte Senat des Bundesar-

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

beitsgerichts 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 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 zu Recht die zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen als wirksam angesehen. Vergeblich beruft sich die Revision 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

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

damit zu einer Vereitelung des gesetzlich gewollten Bestandsschutzes 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 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

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

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 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 eige-

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

nen betrieblichen Vorstellungen, während er bei der zweiten Vertragsgestaltung dem Dritten nur die Arbeitnehmer zur Verfügung stellt 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 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

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

-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 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.

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

Die Revision übersieht zudem, daß auch in dem von ihr herangezogenen Fall durch Vertreter des Dienstleistungsempfängers, nämlich seitens der von ihm angestellten Ärzte, unmittelbare Weisungen an die Schwestern erteilt werden konnten.

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) Der Revision kann schließlich schon aus rechtlichen Gründen nicht darin gefolgt werden, ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 2) sei dadurch zustande gekommen, daß Herr F bzw. später die Beklagte zu 1) in Stellvertretung sowohl für die Musiker als auch für den Beklagten zu 2) einen Arbeitsvertrag abgeschlossen habe. Abgesehen davon, daß der schriftliche Arbeitsvertrag keinerlei Anhaltspunkte für eine Bevollmächtigung der Beklagten zu 1) sowohl durch den Kläger als auch den Beklagten zu 2) aufweist, so daß gemäß § 164 Abs. 2 BGB ein den Beklagten zu 2) verpflichtender Vertragsabschluß durch einen Bevollmächtigten nicht in Betracht kommt, wäre ein in dieser Weise erfolgter Vertragsabschluß gemäß § 181 BGB nichtig.

II. Auch den Hilfsantrag hat das Landesarbeitsgericht jedenfalls im Ergebnis zu Recht abgewiesen.

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. Das Landesarbeitsgericht hat diesen Antrag für zulässig, aber unbegründet angesehen. Zum Abschluß eines Arbeitsvertrages sei der Beklagte zu 2) nicht verpflichtet. Denn seine wirtschaftliche Machtposition ergebe hierfür noch keine Rechtsgrundlage. Auch § 823 Abs. 1 BGB komme insoweit nicht in Betracht. Denn selbst wenn der Arbeitsplatz als absolutes Recht anzusehen sei, habe der Beklagte zu 2) doch nicht rechtswidrig gehandelt, als er der Beklagten zu 1) die Aufträge entzog. Aus den gleichen Gründen sei der Beklagte zu 2) auch nicht verpflichtet, dem Kläger einen Arbeitsplatz zu vermitteln.

2. Rechtsfehlerfrei hat das Landesarbeitsgericht die erste Alternative des vom Kläger gestellten Hilfsantrags als zulässig angesehen. Denn er ist gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO hinreichend bestimmt. Vollstreckungsrechtliche Probleme ergeben sich hier angesichts § 894 ZPO nicht.

3. Im Ergebnis halten die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts zur Unbegründetheit der ersten Alternative des Hilfsantrags 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

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

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 die erste Alternative des Hilfsantrags.

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 Arbeitsverhältnis 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 Verpflich-

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

tungsgrundes 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

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

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, 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 Auftei-

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

lung 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

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 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 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,

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

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 Rechtsverhältnis bestanden hat. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob die Anträge des Klägers dahin 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 Al-

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

ternative 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 die zweite Alternative des Hilfsantrags (Vermittlung 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 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

beitsbedingungen 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 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, 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 - von der ersten Alternative des Hilfsantrags 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 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 Bezie-

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 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