

LArbG Baden-Württemberg Urteil vom 1.8.2013, 2 Sa 6/13

Abgrenzung zwischen Dienst- oder Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung

Leitsätze

1. Für die rechtliche Abgrenzung des Werk- oder Dienstvertrags zur Arbeitnehmerüberlassung ist allein die tatsächliche Durchführung des Vertrages maßgebend.

2. Ein zwischen einem Werkunternehmen (hier: IT-Dienstleister) und dem Dritten vereinbartes Ticketsystem (EDV-spezifische Aufträge von Arbeitnehmern des Dritten werden nach Eröffnung eines Tickets vom Werkunternehmen bearbeitet) ist unproblematisch dem Werkvertragsrecht zuzuordnen.

Wenn allerdings Arbeitnehmer des Dritten außerhalb dieses Ticketsystems in größerem Umfang Beschäftigte des Werkunternehmens direkt beauftragen und unter zeitlich-örtlichen Vorgaben auch personenbezogene Anweisungen erteilen, spricht dies für Arbeitnehmerüberlassung.

3. Wenn es sich bei diesen Direktbeauftragungen nicht um untypische Einzelfälle, sondern um beispielhafte Erscheinungsformen einer durchgehend geübten Vertragspraxis handelt, ist von einem Scheinwerkvertrag auszugehen.

4. Will ein in einem Drittbetrieb eingesetzter Arbeitnehmer geltend machen, zwischen ihm und dem Inhaber des Drittbetriebes gelte gemäß § 10 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 9 Nr. 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis als zu Stande gekommen, und ist streitig, ob sein Einsatz in dem Drittbetrieb aufgrund eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrages oder eines Dienst- oder Werkvertrages erfolgt ist, so muss er diejenigen Umstände darlegen und beweisen, aus denen sich das Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung ergibt.

Der Arbeitnehmer kann sich nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungs- und Beweislast allerdings zunächst auf die Darlegung solcher Umstände beschränken, die seiner Wahrnehmung zugänglich sind und auf Arbeitnehmerüberlassung hindeuten (Eingliederung, Weisungsstruktur). Dann ist es Sache des Arbeitgebers die für das Gegenteil sprechenden Tatsachen darzulegen und zu beweisen, wonach die Abgrenzungskriterien Eingliederung und Weisungsstruktur auch in der gelebten Vertragsdurchführung werkvertragstypisch ausgestaltet sind.

Tenor

1. Auf die Berufung der Kläger wird das Urteil des Arbeitsgerichts Stuttgart vom 29. Oktober 2012 - 28 Ca 9536/11 - abgeändert.

Es wird festgestellt, dass zwischen den Klägern und der Beklagten jeweils ein Arbeitsverhältnis besteht.

2. Die Gerichtskosten 1. Instanz tragen die Beklagte zu 1 zu 50 % und die Kläger zu jeweils 25 %. Die Kläger tragen die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2 je zu 50 %, die Beklagte zu 1 die der Kläger zu jeweils 50 %. Im Übrigen tragen die Parteien ihre außergerichtlichen Kosten selbst.

Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Beklagte zu 1 zu tragen.

3. Die Revision zum Bundesarbeitsgericht wird zugelassen.

Tatbestand

1 Die Parteien streiten in der Berufungsinstanz noch darüber, ob die Kläger in einem Arbeitsverhältnis zur Beklagten stehen.

2 Der 1957 geborene Kläger zu 1 ist für die Beklagte zu 1 (im Folgenden: Beklagte) seit Oktober 2001 tätig, der 1960 geborene Kläger zu 2 seit März 2001. Beide Kläger arbeiteten bei der Beklagten im Rahmen von Werkverträgen als Fachkräfte für Informationstechnologie (im Folgenden: IT) in mehreren Projekten in S. und der näheren Umgebung. Seit 2006 bzw. 2007 wurden die Kläger bei der Beklagten in deren Betrieb S.-M. (Konzernzentrale) im Bereich ITI/EH eingesetzt. Der Geschäftsbereich ITI/EH unterstützt den gesamten Betrieb S.-M. im Bereich der Informationstechnologie. Dort arbeiten nach den nicht bestrittenen Angaben der Beklagten ca. 25 Arbeitnehmer der

Beklagten. Außerdem werden in dieser Abteilung nach den nicht bestrittenen Angaben der Kläger 30 bis 40 Beschäftigte von verschiedenen Subunternehmern im Rahmen von Werkverträgen eingesetzt.

3 Der Tätigkeit der Kläger bei der Beklagten liegen zuletzt folgende Vertragskonstellationen zu Grunde:

4 **Verträge zwischen der Beklagten und der Firma C. AG & Co. OHG** (im Folgenden: C.):

5 Die Beklagte schloss mit C. einen „Rahmenvertrag über die Erbringung von IT-Betriebsleistungen“ vom 27. April 2009, nachdem die Beklagte zuvor einen solchen Vertrag mit der Firma T. I. GmbH abgeschlossen hatte.

6 C. ist ein großer herstellerübergreifender Dienstleister für Informationstechnologie und beschäftigt in Deutschland mehrere tausend Mitarbeiter. In der Präambel dieses Vertrags mit C. heißt es, die Beklagte benötige Leistungen auf dem Gebiet der Informationstechnologie (IT) und C. sei auf die Erbringung von Leistungen auf diesem Gebiet spezialisiert; C. als Provider sei bereit und dazu in der Lage, die jeweils von der Beklagten beauftragten Leistungen zur Zufriedenheit der Beklagten auf der Grundlage der in diesem Rahmenvertrag beschriebenen Bedingungen zu erbringen. Gemäß Ziffer 2.2.1 dieses Rahmenvertrags werden zur Konkretisierung der wechselseitigen Rechte und Pflichten jeweils Einzelverträge nach einem vorgegebenen Muster mit dem Rahmenvertrag als integralen Bestandteil abgeschlossen (Ziffer 2.2.2) und es werden Leistungsverpflichtungen hinsichtlich der Services ausschließlich durch die Einzelverträge begründet.

7 Nummer 15 regelt Gewährleistungsrechte. In der Anlage 3 (Projektleistungen) des Projektrahmenvertrags heißt es unter Ziffer 2.1.2, dass C. die Gesamtverantwortung für die Durchführung des Projekts trägt, welches dem Werkvertragsrecht unterliegt (Ziffer 2.1.3). Gem. Ziffer 2.2.1 der Anlage 3 benennt jede Partei einen Projektleiter für jedes Projekt.

8 Auf der Basis dieses Rahmenvertrags schlossen die Beklagte und C. zuletzt unter dem 1. Oktober 2010 einen Einzelvertrag (EV) „Client IT-Services für den Standort S. H.“. Vertragsgegenstand dieses Einzelvertrages ist die Erbringung von bestimmten Leistungen auf dem Gebiet der Informationstechnologie (2.1). Die Beklagte stimmt der Einschaltung bestimmter Subunternehmer (EV Anhang 09) durch C. ausdrücklich zu (7.2). Bezüglich der Vergütung (6.) wird auf einen Anhang 06 verwiesen, der nicht eingereicht worden ist. Nach dem nicht bestrittenen Vorbringen der Beklagten bezahlte die Beklagte C. eine Pauschalvergütung für jeden betreuten Computerarbeitsplatz.

9 Im Anhang 4 Ziffer 3.3 (Zusammenarbeitsmodell) wird die allgemeine Servicezeit für den IT-Bereich auf Montag bis Freitag von 08.00 Uhr bis 17.00 Uhr bestimmt, soweit diese in den einzelnen Leistungsmodulen nicht anders definiert wird, und festgelegt, dass die Arbeitszeit bei Bedarf flexibel zu gestalten ist, was sowohl für eine Arbeitszeitverlängerung als auch für eine Arbeitszeitverkürzung gilt.

10 Ziffer 5.2 des Anhangs 4 (Zusammenarbeitsmodell) definiert das bei der Beklagten einzusetzende Ticketsystem, durch welches eine effektive und schnelle Bearbeitung der Aufträge erfolgen soll. Dort ist - auszugsweise - aufgeführt:

11 "Dieses System wird von allen Serviceeinheiten genutzt, die am Leistungserbringungsprozess beteiligt sind. Nach der Aufnahme von Incidents und Service Requests am Service Desk ist es somit möglich, alle weiteren Dienstleister (intern wie extern) direkt zu beauftragen. Über dieses System erfolgt dann auch die Beauftragung des Auftragnehmers (Anm.: C.). Für den Auftragnehmer ist dieses Tool bindend und für jegliche Art von Aufträgen zur vollständigen Arbeitsdokumentation (Aktivitäten und Statusmeldungen) zu nutzen."

12 **Verträge zwischen der C. und E. E. T. C. GmbH (Beklagte zu 2)**

13 C. wiederum beauftragte E. als Subunternehmer zur Erbringung des IT-Dienstleistungsbedarfs bei der Beklagten. E. ist ein mittelständisches Systemhaus für IT-Lösungen. Dies geschah für das Jahr 2012 betreffend die Einsätze der Kläger durch Abschluss von Projektverträgen vom 25./28. November 2011. In diesen wurde im Verhältnis der Beklagten zu C. eine Vergütung von 268,00 EUR zzgl. Umsatzsteuer als Tagessatz für 8 Arbeitsstunden und eine Zahlung nach Rechnungsstellung und Vorlage unterzeichneter Leistungsnachweise vereinbart. Der voraussichtliche Arbeitsaufwand wurde auf 220 Personentage zu mindestens 8 Arbeitsstunden geschätzt.

14 Mit Schreiben vom 23. Dezember 2011 kündigte C. gegenüber E. die Projektverträge mit sofortiger Wirkung.

15 Verträge zwischen den Klägern und E.

- 16 Zwischen E. und dem Kläger zu 1 wurde am 18. Dezember 2002 ein Projektrahmenvertrag geschlossen, in welchem vereinbart ist, dass der Kläger zu 1 als Auftragnehmer im Rahmen von Projekteinzelnverträgen für E. als Auftraggeber in einem selbstständigen, freien Mitarbeiterverhältnis tätig ist. Als Kündigungsfrist ist in diesem Projektrahmenvertrag eine Frist von zwei Monaten zum Monatsende vereinbart.
- 17 Nach dem nicht bestrittenen Vortrag des Klägers zu 2 war er zunächst ab 2001 Auftragnehmer für zwei EDV-Unternehmen, bevor auch er ein freies Mitarbeiterverhältnis mit der Firma E. einging.
- 18 Auf der Grundlage dieser Projektrahmenverträge wurden mit den Klägern in den Folgejahren jeweils Einzelbeauftragungen für bestimmte, unterschiedlich lange Zeiträume zur Ausführung von IT-Dienstleistungen bei der Beklagten abgeschlossen. Am 29. November 2011 erhielten beide Kläger jeweils eine Beauftragung von E. über ein Tätigwerden im Betrieb der Beklagten für das gesamte Jahr 2012 über maximal 220 Personentage zu einem Stundensatz von 29,00 EUR bzw. 30,00 EUR zur „Unterstützung im Client Betrieb D. H.“ mit dem Einsatzort „Projekt Onsite XL beim Kunden D. AG M. über die C.“. In Ziffer 3 dieses Vertrages ist geregelt, dass diese Beauftragung aus wichtigem Grund, insbesondere wichtigen wirtschaftlichen Gründen wie der Stornierung des Gesamtauftrags durch den Kunden der E., ohne Frist durch E. schriftlich gekündigt werden kann. Weiterhin ist bestimmt, dass E. diesen Vertrag mit einer Frist von 14 Tagen schriftlich kündigen kann. Ziffer 4 dieser Beauftragung legt fest, dass die Kläger der E. monatlich Rechnungen über ihren Aufwand unter gesonderter Ausweisung der Mehrwertsteuer und Beifügung der vom Auftraggeber oder dessen Kunden gegengezeichneten Leistungsnachweise stellen. Dementsprechend wurde dies auch in den vergangenen Jahren so gehandhabt.
- 19 Mit Schreiben vom 28. Dezember 2011 kündigte die E. die Beauftragungen gegenüber beiden Klägern außerordentlich fristlos und hilfsweise ordentlich zum 9. Januar 2012 bzw. zum nächst möglichen Termin. Zur Begründung für ihre Kündigungen führte E. in ihren Kündigungsschreiben an, C. habe die mit ihr bestehenden Projektverträge betreffend die Beauftragung der Kläger im Projekt Onsite XL beim Kunden (Beklagte) mit sofortiger Wirkung gekündigt. Die Projektrahmenverträge vom 18. Dezember 2002 wurden nicht gekündigt.
- 20 Die Kläger selbst erbrachten im gesamten Zeitraum für keine anderen Firmen IT-Leistungen und hatten keine anderen Auftraggeber.
- 21 Zuletzt waren die Kläger im Rahmen des zwischen der Beklagten und C. abgeschlossenen Werkvertrages zuständig für den IT-Support der Abteilung Treasury (Finanzorganisation). In dieser Abteilung betreuten sie die Computerarbeitsplätze der einzelnen Arbeitnehmer. Sie waren für die Funktionsfähigkeit der Rechner und Peripheriegeräte verantwortlich und verwalteten den EDV-Zugriff der Arbeitnehmer. Außerdem führten sie das Bestellwesen für Hard- und Software durch. Die Kläger waren auf dem Betriebsgelände der Beklagten in einem Bürogebäude in einem Zimmer zusammen mit 2 bis 4 weiteren EDV-Betreuern von C. untergebracht. Vor dem Zimmer war ein Türschild "Methods Business Administr., FAB Projektzimmer, Fremdfirm" angebracht. In den Nebenzimmern arbeiteten auch Arbeitnehmer der Beklagten. Das Inventar und die Computerarbeitsplätze der Arbeitskräfte von C. stellte die Beklagte zur Verfügung. Im Telefonverzeichnis der Beklagten sind die Kläger mit dem Hinweis "extern" aufgeführt. Der zuständige Ansprechpartner von C. vor Ort war für die Kläger und die Beklagte Herr H. (Incidentmanager), der außerhalb des Büros der Kläger arbeitete. Die Ansprechpartner der Kläger bei der Beklagten (IT/EH) war in den Jahren 2009 und 2010 Frau G., im Jahr 2011 Herr K..
- 22 Bei Arbeitsunfähigkeit meldeten sich die Kläger beim Incidentmanager von C. ab, der in der Regel erklärte, er leite dies weiter. Ansonsten meldeten sich die Kläger bei C. selbst ab und teilten dies telefonisch im Fachbereich Treasury mit. Hingegen informierten die Kläger E. nicht bei Arbeitsunfähigkeit.
- 23 Bei C. gab es für die Kläger und die anderen Mitarbeiter von Fremdfirmen eine Urlaubsdatenbank. C. genehmigte die Urlaube der Kläger. Die Beklagte war in das Urlaubsgenehmigungsverfahren nicht einbezogen.
- 24 In den Jahren 2003 bis 2006 arbeitete der Kläger zu 1 im "Global Treasury Projects". Damals wurde der Kläger zu 1 im Rahmen eines Werkvertrages über IT-Leistungen zwischen der Beklagten und T. in einem Großraumbüro in S. eingesetzt. Damals gab es noch kein Ticketsystem. Für ca. 100 Arbeitnehmer der Beklagten hatte der Kläger Einzelplatzrechner, Peripheriegeräte und das dazugehörige Serversystem zu installieren. Projektleiter auf Seiten der

Beklagten war Herr S.. Dessen Mitarbeiterin Frau B. musste der Kläger Krankheitsfälle und Urlaubszeiten mitteilen.

- 25 In den Jahren 2003 bis 2006 arbeitete der Kläger zu 2 im Projekt "MIF" Der Kläger wurde im Rahmen eines Werkvertrages über IT-Leistungen zwischen der Beklagten und T. in E. eingesetzt. Auch der Kläger zu 2 wurde außerhalb eines Ticketsystems eingesetzt. Der Kläger zu 2 war damit beauftragt, die komplette Hard- und Softwarebetreuung für alle ca. 200 Arbeitsplätze des Projektes zu übernehmen. Projektleiter war Herr L.. Dessen Assistentin Frau G. musste der Kläger zu 2 über Erkrankungen und Urlaubsplanungen informieren.
- 26 Die **Kläger** vertreten in ihrer beim Arbeitsgericht am 2. Dezember 2011 eingereichten Klage die Auffassung, zwischen ihnen und der Beklagten bestehe jeweils ein Arbeitsverhältnis. Sie seien als Arbeitnehmer der Beklagten anzusehen. Die Art der Eingliederung in den Betrieb der Beklagten und die weisungsgebundene Tätigkeit sprächen dafür. Die Kläger hätten weder ihre Arbeitszeit noch ihre Tätigkeit im Wesentlichen frei bestimmen können.
- 27 Beide Kläger hätten regelmäßig zu festen Arbeitszeiten an festen Arbeitstagen (Montag bis Freitag von 08.00 Uhr bis 17.00 Uhr) anwesend sein und tätig werden müssen. Ihnen habe die Zeitsouveränität gefehlt. Der von der Beklagten eingerichtete Arbeitsort sei den Klägern im Betrieb der Beklagten mit der Erbringung von Aufgaben für die Abteilung Treasury vorgegeben. Die Kläger hätten die von der Beklagten vorgegebene Hard- und Software verwenden müssen und keine Wahl beim Betriebssystem oder den Anwenderprogrammen gehabt. Die Kläger seien in das Weisungssystem der Beklagten eingegliedert gewesen und hätten keine Freiheiten bezüglich Art, Ort und Zeit der Arbeitsleistung gehabt. Sie hätten ihre Arbeitsleistung in der Arbeitsorganisation der Beklagten erbracht.
- 28 Wie verschiedene Mails belegten, seien die Kläger in den Geschäftsbereich ITI/EH der Beklagten eingebunden gewesen. Ihre Weisungen hätten die Kläger insbesondere im Jahr 2011 durch Herrn M. K. und in den Jahren 2009 und 2010 durch Frau S. G. erhalten. Diese Weisungen hätten in keinem Zusammenhang mit dem Ticketsystem gestanden, sondern seien klare Vorgaben der Beklagten an die Kläger gewesen, bestimmte Arbeiten zu leisten und für bestimmte Arbeiten zur Verfügung zu stehen.
- 29 Die Beklagte habe den Klägern nicht nur zu erledigende Aufträge gegeben, sondern habe ihnen Arbeit zugewiesen. Die Kläger hätten nicht frei entscheiden können, wer welchen Auftrag bearbeite. Frau G. habe den Klägern regelmäßig Aufgaben zugewiesen, für die keine Zeitdisposition bestanden habe.
- 30 Wichtiges Beispiel für eine Einflussnahme der Beklagten außerhalb des Auftragsystems sei ferner die Arbeitszeitverkürzung von Mai 2009 bis Juni 2010. Während der Laufzeit der Gesamtbetriebsvereinbarung „Vereinbarung zur Senkung der Arbeitskosten zur Beschäftigungssicherung“ bei der Beklagten, die eine Absenkung der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit um 8,75 % vorsah, arbeiteten beide Kläger nur 35 Stunden pro Woche. Die Beklagte und der Servicemanager H. der Firma C. hätten die Kläger analog zu der Arbeitszeitverkürzung bei der Beklagten angewiesen, während der Dauer der Gesamtbetriebsvereinbarung nur 35 Stunden pro Woche zu arbeiten. Die Beklagte habe auf das Arbeitszeitvolumen der Kläger Einfluss genommen und Herr H. von C. habe dies umgesetzt.
- 31 Frau G. habe den Kläger zu 2 ferner mit Mail vom 12. Januar 2009 angewiesen, Herrn H., der neu in das Team der IT-Fachkräfte (C.) gekommen sei, in seine Aufgaben einzuweisen. Dies habe der Kläger auch gemacht, was eigentlich Aufgabe der Firma C. gewesen sei.
- 32 Beide Kläger seien mehrfach von der Beklagten beauftragt worden, Praktikanten der Beklagten zu betreuen. Beide Kläger hätten ca. drei Mal Praktikanten im Rahmen eines Rundgangs erklärt, was in den Räumen der Beklagten passiere, ihnen die Abteilungen gezeigt, das Geschäft der Beklagten erläutert und sie einzelnen Mitarbeitern vorgestellt sowie dafür gesorgt, dass sich Mitarbeiter der Beklagten zusätzlich um sie kümmerten.
- 33 Die Festnetztelefone der Kläger seien regelmäßig so eingerichtet worden, dass eine automatische Rufweiterschaltung auf eines der Mobiltelefone der Kläger erfolgt sei und damit eine 24-Stunden-Erreichbarkeit gewährleistet gewesen sei. Die Kläger seien von Frau G. und Herrn H. von C. angewiesen worden, dafür zu sorgen, dass sie jederzeit für die Mitarbeiter der Beklagten erreichbar seien.
- 34 Wie ebenfalls verschiedene Mails zeigten, hätten die Kläger regelmäßig auch Direktaufträge durch Mitarbeiter der Beklagten erhalten, insbesondere der Abteilung Treasury. Bei Problemen mit Computern, Mobiltelefonen oder IT-Systemen hätten sich die Mitarbeiter der Beklagten direkt an einen der Kläger gewendet. Die Kläger seien häufig von Mitarbeitern angerufen bzw. auf dem Gang angesprochen und gefragt worden, ob sie bei bestimmten Problemen

helfen könnten; teilweise hätten sie die Tickets im Nachhinein selbst ausgestellt.

35 Zumindest über die rechtliche Fiktion gem. §§ 10 Abs. 1, 9 Nr. 1 AÜG sei ein Arbeitsverhältnis zwischen den Klägern und der Beklagten zustande gekommen. Die Beklagte spreche im Verhältnis zu den Klägern von Arbeitnehmern der Firma C.. Die Beklagte entleihe die Kläger von C., ohne dass eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung nach § 1 AÜG vorliege.

36 Die Beklagte sei darlegungsbelastet für die Ausnahmeregelung, dass die Beschäftigung der Kläger nicht im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses erfolgt sei und dafür, dass dieses beendet worden sei.

37 Der Kläger zu 1 hat erstinstanzlich beantragt:

38 **1. Es wird festgestellt, dass zwischen dem Kläger zu 1 und der Beklagten zu 1 ein Arbeitsverhältnis besteht.**

39 **2. Für den Fall, dass der Klage gemäß Antrag Ziffer 1) stattgegeben wird:**

Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger zu 1 und der Beklagten zu 1 durch die fristlose, vorsorglich ordentliche Kündigung im Schreiben vom 28. Dezember 2011 nicht beendet worden ist.

40 **3. Hilfsweise für den Fall, dass die Klage gegen die Beklagte zu 1 abgewiesen wird:**

41 **Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger zu 1 und der Beklagten zu 2 durch die fristlose, vorsorglich ordentliche Kündigung im Schreiben vom 28. Dezember 2011 der Beklagten zu 2 nicht beendet worden ist.**

42 Der Kläger zu 2 hat erstinstanzlich beantragt:

43 **1. Es wird festgestellt, dass zwischen dem Kläger zu 2 und der Beklagten zu 1 ein Arbeitsverhältnis besteht.**

44 **2. Für den Fall, dass der Klage gemäß Antrag Ziffer 1) stattgegeben wird:**

Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger zu 2 und der Beklagten zu 1 durch die fristlose, vorsorglich ordentliche Kündigung im Schreiben vom 28. Dezember 2011 nicht beendet worden ist.

45 **3. Hilfsweise für den Fall, dass die Klage gegen die Beklagte zu 1 abgewiesen wird:**

Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger zu 2 und der Beklagten zu 2 durch die fristlose, vorsorglich ordentliche Kündigung im Schreiben vom 28. Dezember 2011 der Beklagten zu 2 nicht beendet worden ist.

46 Die Beklagten zu 1 und 2 haben beantragt,

47 **die Klagen abzuweisen.**

48 Die **Beklagte** trägt vor, dass allein C., mit der ein wirksamer Werkvertrag über die Sicherstellung der IT-Struktur durch Rahmen- und Einzelvertrag geschlossen worden sei, Vertragspartner gewesen sei. Im Rahmen der Durchführung dieses Vertrags ergäben sich keine Elemente, die auf eine unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung schließen ließen. Anhand einzelner Vorgänge könnten die Kläger keine betriebliche Integration im Sinne einer Eingliederung von Leiharbeitnehmern darstellen. Das Ticketsystem habe garantiert, dass keine Rechtsbeziehung im Sinne unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung habe entstehen können.

- 49 Die Kläger seien nicht dem Geschäftsbereich ITI/EH der Beklagten zugeordnet gewesen und hätten nicht Weisungen und Arbeitsaufträge von einem Mitarbeiter dieser Abteilung erhalten. Der tatsächliche Einsatz der Kläger sei nicht durch die Abteilung ITI/EH der Beklagten gesteuert worden, sie seien dort nur eingesetzt gewesen.
- 50 Die Auftragserteilung sei nur zulässig und erfolge ausschließlich durch das Ticketsystem, bei welchem Tickets, die den Auftrag im Einzelnen beschreiben, elektronisch als Anforderungen an das von den Klägern genutzte Büro weitergeleitet würden. Ein Ticket, welches den Auftrag und die Auftragserteilung enthalte, könne jeder Beschäftigte von seinem Laptop über das System beantragen und erstellen oder werde von der EDV-Hotline-Stelle auf einen Anruf hin erstellt und versandt. Bei diesem Versand sei nicht bekannt, wer von den zuständigen Beschäftigten einer Fremdfirma den Auftrag bearbeite. Diese seien in der Frage der internen Zuständigkeit und Aufteilung der Arbeit vollständig frei.
- 51 Die Beklagte habe alle Beschäftigten des betroffenen Bereichs mehrfach und regelmäßig (zB. Schulungsunterlagen von Frau G. vom 29. Juli 2009, die dem gesamten betroffenen Bereich bekannt gemacht worden seien) darauf hingewiesen, dass eine Auftragserteilung nur unter Verwendung des Ticketsystems durchgeführt werden dürfe und „direkte Gespräche“ zur Erstauftragserteilung mit den Klägern grundsätzlich nicht zulässig seien. Die Beklagte habe ihr System auch dadurch kontrolliert, dass jeweils freitags zwischen den Verantwortlichen von C. und den zuständigen Beschäftigten der Beklagten die Tätigkeiten der Kläger und der anderen Beschäftigten von Werkvertragspartnern erörtert worden seien und Einigkeit bestanden habe, dass für die Abrechnung ausschließlich über Tickets erteilte Aufträge maßgebend seien.
- 52 Direkte Kontakte mit bestimmten Mitarbeitern der Fremdfirma gebe es nur, wenn ein Auftrag zumindest begonnen worden sei. Nur in dem absoluten Ausnahmefall - wenn sofortiges Handeln erforderlich sei - entstehe ohne vorherigen Erstauftrag ein direkter Kontakt zwischen den Beschäftigten der Beklagten und den Fremdfirmenbeschäftigten. In solchen Fällen könne - formal fehlerhaft - aus Zeitgründen vorab kein Ticket ausgestellt worden sein.
- 53 Bei den von den Klägern durch Mails aufgezeigten Fällen handele es sich nahezu sämtlich um Vorfälle, bei denen eine Auftragserteilung unter Beachtung des Ticketsystems vorgenommen worden sei und um die „Nachbehandlung“ und Abwicklung eines begonnenen Themas, wenn beispielsweise im Rahmen eines ordnungsgemäß erteilten Auftrags durch eine unvollständige oder nicht korrekte Durchführung Folgeprobleme oder Fragen - auch im Rahmen der Kontrolle - aufgetreten seien. Im Zusammenhang mit bereits begonnenen Aufgabenerledigungen hätten die jeweiligen Bereiche auf erforderliche Veränderungs- oder Verbesserungsarbeiten hingewiesen; dies seien Maßnahmen der Fortschrittskontrolle, die im Rahmen des Werkvertragsrechts zulässig seien. Im Übrigen seien Fallkonstellationen gegeben, bei denen Sondertatbestände vorgelegen hätten.
- 54 Gemessen an der Gesamtzahl der Ticketaufträge (über 9.000 ab dem Jahr 2009) bewegten sich die sehr wenigen Direktbeauftragungen, die entgegen den ausdrücklichen Anweisungen der Beklagten erfolgt sein könnten - falls man in den vorgelegten knapp 20 Mails eine abweichende Gestaltung sehen wollte -, im Promillebereich. Im Übrigen hätten die Kläger nicht vorgetragen, dass die ihrer Ansicht nach vorliegenden Fehlentwicklungen außerhalb des betroffenen Bereichs bekannt geworden seien; es sei daher nicht ersichtlich, inwieweit eine Verantwortlichkeit der Beklagten gegeben sein solle.
- 55 Bei der im Rahmenvertrag zwischen der Beklagten zu 1 und C. definierten allgemeinen Servicezeit für den IT-Betrieb mit Montag bis Freitag von 08.00 Uhr bis 17.00 Uhr (Zeitfenster) handele es sich nicht um die individuelle, den Klägern zugewiesene Arbeitszeit, sondern um den zeitlichen Rahmen, innerhalb dessen die erforderlichen IT-Leistungen zu erbringen seien. Die Dauer der Tätigkeit der Kläger liege innerhalb des im Rahmenvertrag vereinbarten Zeitraums. Auch der Ort der Tätigkeit und die abzudeckenden Arbeitszeiten seien zwischen der Beklagten und C. vereinbart. C. erstelle die Dienstpläne, teile diese der Beklagten mit, ohne dass diese Einfluss darauf habe, und sage die Bereitstellung der erforderlichen Kapazitäten zu. Die Kläger verfügten über die erforderliche Zeitsouveränität innerhalb dieses Rahmens. Sie hätten innerhalb der zwischen der Beklagten und C. vereinbarten Servicezeiten die Möglichkeit, die Reihenfolge der Auftragsbearbeitung gemäß dem Ticketsystem selbst zu steuern und sich die Zeit entsprechend einzuteilen.
- 56 Die Beklagte könne nicht über die Arbeitsleistung der Kläger verfügen. Die Beklagte vergebe im Rahmen des mit C. geschlossenen Vertrags zu erledigende Aufträge an die Kläger („Pool“ externe IT-Fachkräfte), die dann ihren Einsatz selbst bestimmen könnten. Die Kläger seien frei darin, wer welchen Auftrag bearbeite und wann dies geschehe. Wenn ein Auftrag mindestens teilweise durchgeführt worden sei, könne sich - auch im Sinne der Arbeitsvereinfachung - ein zuständiger Mitarbeiter der Beklagten direkt an einen der beiden Kläger wenden. Dies sei keine Neugestaltung eines

Auftrags, sondern es gehe um Fragen im Rahmen der Durchführung eines Auftrags.

- 57 Die Beklagte habe auf das Arbeitszeitvolumen der Kläger keinen Einfluss genommen und mit ihnen keine direkte Vereinbarung über eine Verkürzung von Arbeitszeiten getroffen. Nachdem die Beklagte C. mitgeteilt habe, dass wegen der Arbeitszeitverkürzung bei ihr während der Wirtschaftskrise vorübergehend der Umfang der Werkvertragsleistungen angepasst werden müsse, habe C. durch Anweisung von Herrn H. bei den Klägern die Einsatzzeiten reduziert und später wieder erhöht.
- 58 Die Kläger seien nicht von Frau G. beauftragt worden, Praktikanten während des einwöchigen Schülerpraktikums zu betreuen, sondern sie hätten den Praktikanten der Einfachheit halber nur die Räume gezeigt, in denen diese tätig werden sollten. Nur in einem Fall sei einer der Kläger gebeten worden, einem Praktikanten den Handelsraum, in dem ein umfassender Einblick in die Arbeit des IT-Bereichs möglich sei, zu zeigen. Die Kläger seien jedoch nicht gebeten worden, Praktikanten durch verschiedene Räume zu führen und Erklärungen abzugeben.
- 59 Eine Umstellung von Telefonaten vom Festnetzapparat auf private Handy-Geräte sei bei der Beklagten nicht zulässig. Die Kläger seien weder angewiesen noch gebeten worden, für eine jederzeitige Erreichbarkeit zu sorgen. Wenn dies erfolgt sei, sei dies von Seiten der Kläger freiwillig geschehen und hätte nicht erfolgen dürfen.
- 60 Eine Einweisung von Herrn H. sei aufgrund früherer Einsätze und vorhandener Grundkenntnisse nicht notwendig gewesen. Der Kläger zu 2 habe als einziger über Spezialkenntnisse verfügt, die er trotz mehrfacher Aufforderung durch C. nicht an Dritte weitergegeben und nicht dokumentiert habe. Durch die Information an Herrn H. habe erreicht werden sollen, dass jedenfalls eine zweite Person über die erforderlichen Spezialkenntnisse verfüge.
- 61 Die Beklagte bestreite den Vortrag der Kläger zu Projekten aus den Jahren 2003 bis 2006 und eine Eingliederung im Rahmen von Arbeitsverhältnissen ab dem Jahr 2001. Im Rahmen dieser Projekte sei es in erster Linie um Problemerkörterungen und nicht um die Beseitigung von Störungen gegangen. Eine Auftragsvergabe oder arbeitsrechtlich relevante Anweisungen durch Vertreter der Beklagten seien nicht erfolgt. Das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten sei von den Klägern, die hierfür darlegungs- und beweisbelastet seien, im Übrigen auch für diesen Zeitraum nicht dargelegt worden.
- 62 Zur Erlaubnis auf Arbeitnehmerüberlassung gem. § 1 Abs. 1 AÜG von C. hat die Beklagte vorgetragen, dass es für sie ohne Bedeutung gewesen sei, ob C. eine solche Erlaubnis gehabt habe.
- 63 Die **Beklagte zu 2** hat erstinstanzlich vorgetragen, dass zwischen ihr und den Klägern kein Arbeitsverhältnis zu Stande gekommen sei. Die Kläger seien im Rahmen einer entgeltlichen Geschäftsbesorgung, welche mittels Einzelbeauftragungen erfolgt sei, mit der Erbringung von Dienst- bzw. Werkleistungen beauftragt worden.
- 64 Mit **Urteil** vom 29. Oktober 2012 hat das Arbeitsgericht die Klage abgewiesen. Das angefochtene Urteil ist der Ansicht, dass zwischen den Klägern und der Beklagten kein Arbeitsverhältnis begründet worden sei. Die Personalbefugnisse bezüglich der Kläger hätten nicht bei der Beklagten gelegen. Die Kläger seien auch nicht so in den Betrieb der Beklagten eingegliedert gewesen, dass dies auf Arbeitsverhältnisse hindeute. So habe die Beklagte gegenüber den Klägern keine festen zeitlichen Vorgaben zur Arbeitszeit gemacht, insbesondere nicht eine Anwesenheit der Kläger von Montag bis Freitag von 08.00 Uhr bis 17.00 Uhr angeordnet. Auch auf das Arbeitszeitvolumen in der Zeit, in der bei der Beklagten die Arbeitszeit auf 35 Stunden pro Woche reduziert worden sei, habe die Beklagte nicht eingewirkt. Gegen die Personalhoheit der Beklagten spreche, dass sie kein Bestimmungsrecht gehabt habe, welche IT-Fachkraft welchen Auftrag übernehme. Vielmehr hätten die Arbeitskräfte von C. selbst die Reihenfolge der Auftragsbearbeitung im Rahmen des Ticketsystems bestimmen können. Die in den E-Mails der Abteilung ITI/EH (insbesondere von Frau G.) enthaltenen Weisungen seien als werkvertragliche Anweisungen zu verstehen. Zwar hätten die Kläger durchaus einzelne E-Mails vorgelegt, die auf eine direkte Beauftragung der Kläger durch Arbeitnehmer der Beklagten hindeuteten. Angesichts der ca. 20 vorgelegten E-Mails bei über 9.000 Ticketaufträgen in 3 Jahren bewegten sich diese Direktbeauftragungen jedoch im Promillebereich. Außerdem seien diese Direktbeauftragungen nicht der Beklagten anzulasten, die mehrfach darauf hingewiesen und auch bekannt gemacht habe, dass eine Auftragserteilung nur über das Ticketsystem erfolgen dürfe.
- 65 Die Klagen gegen die Beklagte zu 2 seien unzulässig. Hier liege eine unzulässige eventuelle subjektive Klagehäufung vor.

- 66 Gegen dieses den Klägern am 23. Januar 2013 zugestellte Urteil richtet sich die am 20. Februar 2013 eingelegte und am 25. April 2013 innerhalb der verlängerten Begründungsfrist ausgeführte **Berufung der Kläger**, die sich nur gegen die Beklagte zu 1 richtet. Die Kläger vertiefen das erstinstanzliche Vorbringen. Sie legen Zuordnungspläne der Beklagten vor, wonach die von C. eingesetzten Arbeitskräfte, so auch die Kläger, bestimmten Abteilungen der Beklagten zugeordnet gewesen seien. Von dort hätten die Kläger viele Direktbeauftragungen von Arbeitnehmern der Beklagten erhalten, die nicht über das Ticketsystem oder nachträglich über dieses erfasst worden seien. In diesem Zusammenhang legen die Kläger viele weitere E-Mails von Arbeitnehmern der Beklagten bezüglich von Beauftragungen außerhalb des Ticketsystems vor. Die Kläger sind der Ansicht, dass das Ticketsystem bei der Beklagten reine Theorie gewesen sei. Es sei völlig anders gehandhabt worden. Fast alle Aufträge seien auf Zuruf oder Telefonat erfolgt. Des Öfteren habe man erst nachträglich Tickets eröffnet, weil es eine Vorgabe von C. gegeben habe, ca. 6 Tickets am Tag zu erledigen.
- 67 Im Übrigen hätten beide Kläger in den Jahren 2003 bis 2006 in Projekten der Beklagten mitgearbeitet, in denen es überhaupt kein Ticketsystem gegeben habe. Dort seien die Kläger die ständigen Ansprechpartner der Arbeitnehmer der Beklagten in allen Hardware- und Softwarefragen gewesen. Arbeitsunfähigkeitszeiten und Urlaub hätten den Ansprechpartnern der Beklagten mitgeteilt werden müssen. Verantwortliche der Firma T. seien nicht vor Ort gewesen.
- 68 Die Kläger haben, nachdem sie im Berufungstermin die unechten Hilfsanträge gegen die Kündigung von E. vom 28. Dezember 2011 zurückgenommen haben, zuletzt sinngemäß beantragt,
- 69 **das angefochtene Urteil abzuändern und festzustellen, dass zwischen den Klägern und der Beklagten ein Arbeitsverhältnis besteht.**
- 70 Die Beklagte beantragt,
- 71 **die Berufung zurückzuweisen.**
- 72 Die **Beklagte** verteidigt das angefochtene Urteil und vertieft ebenfalls ihr erstinstanzliches Vorbringen. Zu den von den Klägern vorgelegten Zuordnungsplänen trägt die Beklagte vor, dass diese Zuordnungen intern von C. vorgenommen worden seien und diese Pläne deshalb nur eine Beschreibung der Ist-Situation darstellten. Die Beklagte bestreite, dass das von ihr vertraglich vorgegebene Ticketsystem nicht gelebt worden sei und Arbeitnehmer der Beklagten, jedenfalls in einer größeren Anzahl, am Ticketsystem vorbei Direktanweisungen den Klägern gegeben hätten. Auch die Nichteinhaltung von Formerfordernissen führe jedoch nicht dazu, dass die Beklagte den Klägern arbeitsvertragliche Weisungen erteilt habe.
- 73 Die Beklagte bestreite auch, dass die Kläger in den Projekten der Jahre 2003 bis 2006 von der Beklagten und nicht von T. Anweisungen erhalten hätten. Auch insoweit habe die Beklagte keine Personalhoheit gehabt. Bei einer vorzunehmenden Gesamtbetrachtung sei festzustellen, dass beide Kläger im Rahmen eines Werkvertrages bei der Beklagten tätig geworden seien.

Entscheidungsgründe

A.

- 74 Die gem. § 64 Abs. 1 und 2 ArbGG statthafte Berufung der Kläger ist fristgerecht eingelegt und ausgeführt worden. Im Übrigen sind Bedenken an der Zulässigkeit der Berufung nicht veranlasst.

B.

- 75 In der Sache hat die Berufung der Kläger Erfolg. Entgegen dem angefochtenen Urteil sind die auf Feststellung des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten gerichteten Klageanträge begründet. Zwischen den Klägern und der Beklagten haben jedenfalls im Zeitpunkt der Klageeinreichung jeweils ein Arbeitsverhältnis bestanden. Diese Arbeitsverhältnisse sind kraft gesetzlicher Fiktion gem. §§ 10 Abs. 1 Satz 1, 9 Nr. 1 AÜG begründet worden. Die Kläger sind bei der Beklagten nicht aufgrund eines Werkvertrages, sondern aufgrund einer gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung tätig geworden.

I.

- 76 Die Anträge sind zulässig. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann ein Arbeitnehmer mit der allgemeinen Feststellungsklage das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zu einem Entleiher auf Grundlage der Vorschriften des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes geltend machen (BAG 18. Januar 2012 - 7 AZR 723/10 - AP Nr. 10 zu § 9 AÜG Rn. 14). Das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse ist dafür gegeben, weil die Parteien über das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses und damit über ein gegenwärtiges Rechtsverhältnis streiten.

II.

- 77 Die Klagen sind auch begründet. Gem. § 9 Nr. 1 AÜG sind Verträge zwischen Verleihern und Entleihern sowie zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern unwirksam, wenn der Verleiher nicht die für eine gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung nach § 1 AÜG erforderliche behördliche Erlaubnis besitzt. Für diesen Fall der Unwirksamkeit eines Arbeitsvertrages zwischen einem Verleiher und einem Leiharbeitnehmer gilt nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer als zu Stande gekommen.
- 78 1. Dabei geht die erkennende Kammer von folgenden Rechtsgrundsätzen aus.
- 79 a) Eine Überlassung zur Arbeitsleistung iSd. § 1 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 AÜG liegt vor, wenn einem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt werden, die in dessen Betrieb eingegliedert sind und ihre Arbeit allein nach Weisungen des Entleihers in dessen Interesse ausführen (BAG 18. Januar 2012 - 7 AZR 723/10 - AP Nr. 10 zu § 9 AÜG Rn. 26, 6. August 2003 - 7 AZR 180/02 - AP Nr. 6 zu § 9 AÜG Rn. 38; 13. August 2008 - 7 AZR 269/07 - AP Nr. 19 zu § 10 AÜG Rn. 14).
- 80 b) Notwendiger Inhalt eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags ist die Verpflichtung des Verleihers gegenüber dem Entleiher, diesem zur Förderung von dessen Betriebszwecken Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen. Die Vertragspflicht des Verleihers gegenüber dem Entleiher endet, wenn er den Arbeitnehmer ausgewählt und ihn dem Entleiher zur Verfügung gestellt hat. Dabei unterfällt nicht jeder in diesem Sinne drittbezogene Arbeitseinsatz dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. Arbeitnehmerüberlassung ist vielmehr durch eine spezifische Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen zwischen Verleiher und Entleiher einerseits (dem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag) und zwischen Verleiher und Arbeitnehmer andererseits (dem Leiharbeitsvertrag) sowie durch das Fehlen einer arbeitsvertraglichen Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Entleiher gekennzeichnet.
- 81 Von der Arbeitnehmerüberlassung zu unterscheiden ist die Tätigkeit eines Arbeitnehmers bei einem Dritten aufgrund eines Werk- oder Dienstvertrags. In diesen Fällen wird der Unternehmer (der Arbeitgeber des Arbeitnehmers) für einen anderen tätig. Er organisiert die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen und bleibt für die Erfüllung der in dem Vertrag vorgesehenen Dienste oder für die Herstellung des geschuldeten Werks gegenüber dem Drittunternehmen verantwortlich (BAG 18. Januar 2012 - 7 AZR 793/10 - aaO Rn. 27; 13. August 2008 - 7 AZR 269/07 - aaO Rn. 14).
- 82 c) Über die rechtliche Einordnung des Vertrags zwischen dem Dritten und dem Arbeitgeber entscheidet der Geschäftsinhalt und nicht die von den Parteien gewünschte Rechtsfolge oder eine Bezeichnung, die dem tatsächlichen Geschäftsinhalt nicht entspricht. Die Vertragsschließenden können das Eingreifen zwingender Schutzvorschriften des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes nicht dadurch vermeiden, dass sie einen vom Geschäftsinhalt abweichenden Vertragstyp wählen. Der Geschäftsinhalt kann sich sowohl aus den ausdrücklichen Vereinbarungen der Vertragsparteien als auch aus der praktischen Durchführung des Vertrags ergeben. Widersprechen sich beide, so ist die tatsächliche Durchführung des Vertrags maßgebend, weil sich aus der praktischen Handhabung der Vertragsbeziehungen am ehesten Rückschlüsse darauf ziehen lassen, von welchen Rechten und Pflichten die Vertragsparteien ausgegangen sind, was sie also wirklich gewollt haben. Der so ermittelte wirkliche Wille der Vertragsparteien bestimmt den Geschäftsinhalt und damit den Vertragstyp (BAG 18. Januar 2012 - 7 AZR 793/10 - aaO Rn. 28; 13. August 2008 - 7 AZR 269/07 - aaO Rn. 15).
- 83 d) Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts unterscheidet bei den erteilten Weisungen zwischen arbeitsrechtlichen/personenbezogenen Weisungen (im Rahmen der so genannten Personalhoheit) und werkbezogenen/objektbezogenen Anweisungen im Sinne des § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB (BAG 30. Januar 1991 - 7 AZR 497/89 - AP Nr. 8 zu § 10 AÜG Rn. 55). Nach dieser Rechtsprechung wird die Grenze zur arbeitsvertraglichen Anweisung insbesondere dann überschritten, wenn der Dritte erst durch seine Anweisungen den Gegenstand der

von den Erfüllungsgehilfen des Werkherstellers zu erbringenden Leistung bestimmt. Weisungen des Dritten, die die Art und Weise der Arbeitsleistung (Inhalt, Zeit, Ort, Tempo, Ausführung) betreffen, indizieren Arbeitnehmerüberlassung, werkbezogene Anweisungen (zB. bestimmte Fertigungsmethoden, Qualitätsanforderungen, Reihenfolge, Stückzahl) dagegen nicht (vgl. dazu Schüren/Hamann AÜG § 1 Rn. 126). Die Abgrenzung dieser beiden Leistungsarten ist insbesondere dann schwierig, wenn mit einer fachlich-methodischen Vorgabe implizit auch eine zeitlich-örtliche Vorgabe verbunden ist (Weisungen mit Doppelnatur). Dann ist infolge des implizit mit ausgeübten formalen Weisungsrechts eine Zuordnung nach den für das formale arbeitsvertragliche Weisungsrecht maßgeblichen Kriterien vorzunehmen (Greiner NZA 2013, 697, 700 mwN).

- 84 e) Neben dem Weisungsrecht ist auch die Verantwortungsstruktur im Hinblick auf die zu verrichtende Aufgabe, die bei einem Werkvertrag grundlegend anders ausgestaltet ist als bei Arbeitnehmerüberlassung, von Bedeutung. Schüren (Festschrift für Däubler, 1999 Seite 90 ff.) sieht in der tatsächlichen Inanspruchnahme von Gewährleistungsrechten ein deutliches Merkmal eines echten Werkvertrages, in der unterbliebenen Geltendmachung von Gewährleistungsrechten trotz aufgetretener Mängel ein deutliches Indiz für einen Schein-Werkvertrag (vgl. Schüren/Hamann AÜG 4. Aufl. § 1 Rn. 141; Greiner aaO Seite 699; so auch BAG 18. Januar 2012 - 7 AZR 723/10 - aaO Rn. 37).
- 85 f) Vom Werkvertrag (§ 631 BGB) ist der freie Dienstvertrag (§ 611 BGB) zu unterscheiden. Der Einsatz von Drittpersonal kann auch im Rahmen eines Dienstvertrages erfolgen. Vereinbaren Auftraggeber und externer Dienstleister das Tätigwerden im Rahmen eines freien Dienstvertrages, hängt die Frage, ob es sich bei der Aufgabenerfüllung durch Arbeitnehmer/freie Mitarbeiter des externen Dienstleisters um einen dienstvertraglichen Einsatz von Erfüllungsgehilfen oder um verkappte Arbeitnehmerüberlassung handelt, phänomenologisch allein davon ab, wer (offen oder verdeckt) die arbeitsvertragstypischen Weisungen erteilt. Das Gelingensrisiko, die wirtschaftliche Verantwortlichkeit für den Eintritt des angestrebten Erfolgs, liegt in beiden Fällen beim Auftraggeber, da auch der freie Dienstverpflichtete allein das "Bemühen" schuldet, ebenso wie der Verleiher keine Gewähr für den Erfolg der überlassenen Arbeitnehmer trägt. Der Dienstvertrag mit Einsatz von Erfüllungsgehilfen weist deshalb eine große Nähe zur Arbeitnehmerüberlassung auf (vgl. Greiner aaO Seite 698/699).
- 86 g) Zur Würdigung der praktischen Durchführung der zwischen der Beklagten und C. abgeschlossenen Verträge bedarf es einer Gesamtbetrachtung aller für die rechtliche Einordnung der Vertragsbeziehungen wesentlichen Umstände. Da es sich hier um langfristige Vertragsbeziehungen handelt, kann auch nur eine Betrachtung der über einen längeren Zeitraum hinweg geübten Vertragspraxis zuverlässigen Aufschluss darüber geben, ob die Vertragspartner in Wahrheit von anderen als in den schriftlichen Verträgen niedergelegten Rechten und Pflichten ausgegangen sind. Einzelne Vorgänge der Vertragsabwicklung sind daher zur Feststellung eines vom Vertragswortlaut abweichenden Geschäftsinhalts nur geeignet, wenn es sich dabei nicht um untypische Einzelfälle, sondern um beispielhafte Erscheinungsformen einer durchgehend geübten Vertragspraxis handelt. Dabei muss diese abweichende Vertragspraxis den auf Seiten der Vertragspartner zum Vertragsabschluss berechtigten Personen bekannt gewesen und von ihnen zumindest geduldet worden sein; denn sonst kann eine solche, den schriftlichen Vereinbarungen widersprechende Vertragsdurchführung nicht als Ausdruck des wirklichen Geschäftswillens der Vertragspartner angesehen werden (BAG 30. Januar 1991 - 7 AZR 497/89 - aaO Rn. 56).
- 87 h) Die Darlegungs- und Beweislast für die Umstände, aus denen sich ergeben soll, dass es sich bei einem drittbezogenen Personaleinsatz um Arbeitnehmerüberlassung handelt, trägt diejenige Partei, die daraus für sich günstige Rechtsfolgen herleiten will. Das sind hier die Kläger.
- 88 Da viele auf eine Arbeitnehmerüberlassung hindeutende Tatsachen (vertragliche Vereinbarungen zwischen Drittem und vermeintlichem Werkunternehmer, Weisungsstruktur: auf wen gehen Weisungen letztlich zurück?, faktische Geltendmachung von Gewährleistungsrechten) außerhalb des Wahrnehmungsbereichs des Arbeitnehmers liegen, droht ihm eine eklatante Darlegungs- und Beweisnot. Deshalb ist dem Arbeitnehmer nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungs- und Beweislast die Möglichkeit einzuräumen, sich zunächst auf die Darlegung und den Beweis solcher Umstände zu beschränken, die seiner Wahrnehmung zugänglich sind und die auf eine Zuordnung zum Arbeitnehmerüberlassungsrecht sprechen. Sache des beklagten Arbeitgebers ist es dann die für das Gegenteil sprechenden Tatsachen darzulegen und zu beweisen, wonach die Abgrenzungskriterien Weisungsstruktur und Risikotragung auch in der gelebten Vertragsdurchführung werkvertragstypisch ausgestaltet sind (vgl. Greiner aaO Seite 702/703).

- 89 2. Bei Anwendung der vorgenannten Rechtsgrundsätze steht für die erkennende Kammer fest, dass der drittbezogene Personaleinsatz der Kläger bei der Beklagten im Wege der Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des § 1 Abs. 1 AÜG erfolgt ist. Die dem Fremdpersonaleinsatz zu Grunde liegenden vertraglichen Vereinbarungen (a) sind tatsächlich nicht so durchgeführt worden (b), so dass bei einer wertenden Gesamtbetrachtung (c) von einem Scheinwerkvertrag/-dienstvertrag auszugehen ist. Da die Arbeitnehmerüberlassung von C. gewerbsmäßig betrieben worden ist und sie über keine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung verfügt hat, ist aufgrund der gesetzlichen Fiktion des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ein Arbeitsvertrag zwischen der Beklagten und jeweils den Klägern zu Stande gekommen (d).
- 90 a) Zu den Vertragsgrundlagen:
- 91 aa) Schon nach den Vertragsgrundlagen zwischen der Beklagten und C. steht fest, dass die Kläger bei der Beklagten nicht als freie Mitarbeiter, sondern als Arbeitnehmer eingesetzt worden sind. Es stellt sich dann nur die Frage, ob sie als Arbeitnehmer von C. im Rahmen eines Werk-/Dienstvertrages beschäftigt worden sind oder Arbeitnehmer der Beklagten geworden sind.
- 92 Zwar haben beide Kläger mit E. Rahmenverträge abgeschlossen, nach denen sie als freie Mitarbeiter tätig geworden sind. Bereits die Einzelbeauftragungen der Kläger durch E. sehen jedoch einen bestimmten Einsatzort bei der Beklagten in einem bestimmten Projekt mit max. 220 Personentagen im Jahr vor. Die Projektverträge zwischen E. und C. vereinbaren dann für beide Kläger den Einsatz in einem bestimmten Projekt (Onsite XL, dh. vor Ort) bei der Beklagten und einen voraussichtlichen Arbeitsaufwand mit jeweils 220 Personentagen à mindestens 8 Arbeitsstunden. Auf dieser Vertragsgrundlage sind dann beide Kläger aufgrund des letzten Einzelvertrages zwischen C. und der Beklagten vom 1. Oktober 2010 für die bei der Beklagten geltenden Servicezeiten Montag bis Freitag von 08.00 Uhr bis 17.00 Uhr eingesetzt worden.
- 93 Die Rechtsprechung macht die Unterscheidung zwischen Arbeits- und freiem Dienstvertrag davon abhängig, ob derjenige, der die Dienste erbringt, von seinem Vertragspartner persönlich abhängig ist. Persönlich abhängig ist derjenige Mitarbeiter, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Die persönliche Abhängigkeit - und mit ihr die Arbeitnehmereigenschaft - ist anzunehmen, wenn statt der freien Tätigkeitsbestimmung die Einbindung in eine fremde Arbeitsorganisation vorliegt, die sich im Weisungsrecht des Arbeitgebers bezüglich Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit zeigt (BAG 30. November 1994 - 5 AZR 704/93 - AP Nr. 74 zu § 611 BGB Abhängigkeit).
- 94 Gemessen daran steht für die erkennende Kammer fest, dass beide Kläger bei der Beklagten nicht als freie Mitarbeiter tätig geworden sind. Gleichgültig wer die Personalhoheit über die Kläger gehabt hat (su.): Für die Kläger hat jedenfalls innerhalb der Servicezeiten Anwesenheitspflicht in den Räumen der Beklagten für bestimmte Servicetätigkeiten bestanden; es steht außer Zweifel, dass die Kläger die Arbeitszeit und ihre Tätigkeit nicht frei bestimmen konnten.
- 95 bb) Nach den Vertragsbezeichnungen und dem Willen der Vertragspartner C. und Beklagte sollten die Projekte im Rahmen eines Werkvertrages durchgeführt werden. Vertragsgegenstand dieses Vertrages ist die Erbringung von bestimmten IT-Dienstleistungen durch C. gewesen. Diese Dienstleistungen sollten dazu führen, dass die Funktionsfähigkeit der Computerarbeitsplätze der einzelnen Arbeitnehmer jederzeit gewährleistet gewesen ist. Kernstück dieses Vertrages ist das Ticketsystem CISM. Ausschließlich innerhalb dieses Ticketsystems sollte C. mit der Bearbeitung aller Arten von Incidents (Störungen) und Aufträgen betraut werden. Idealtypisch sollten deshalb alle IT-Aufträge der einzelnen Arbeitnehmer der Beklagten, für die C. zuständig gewesen ist, auf elektronischem Wege zu C. gelangen und dort den einzelnen Beschäftigten von C. zugeleitet werden, damit sie sich um die Bearbeitung dieser Aufträge kümmern konnten. Nach diesem vorgegebenen Ticketsystem ist die Bearbeitung des IT-Auftrags an die Eröffnung einer Ticketnummer gebunden gewesen. Nach erfolgreicher Erledigung des Auftrags sollte dann das Ticket wieder geschlossen werden. Die Direktbeauftragung von einzelnen Mitarbeitern der C. durch Arbeitnehmer der Beklagten ist idealtypisch ausgeschlossen gewesen.
- 96 Ohne dass es für den Ausgang des vorliegenden Verfahrens von entscheidender Bedeutung ist, möchte die Berufungskammer gleichwohl betonen, dass es sich bei den als Werkvertrag bezeichneten Verträgen zwischen der Beklagten und C. eher um freie Dienstverträge handelt. Das entscheidende Abgrenzungskriterium zwischen Werkvertrag und Dienstvertrag liegt darin, dass beim Dienstvertrag das bloße Wirken, die Arbeitsleistung als solche,

beim Werkvertrag dagegen die Herbeiführung eines vereinbarten Arbeitsergebnisses geschuldet wird (vgl. Palandt/Sprau BGB, Einführung vor § 631 Rn. 8). Dienst- und Werkvertrag unterscheiden sich deshalb in der Gefahrtragungsregelung für das Entgelt. Beim Dienstvertrag wird für die Arbeit als solche, beim Werkvertrag für das Arbeitsprodukt die Vergütung versprochen (vgl. Münchener Handbuch-Richardi, § 6 Rn. 7). Bei Betrachtung der vorliegenden Verträge schuldet C. der Beklagten das ordnungsgemäße Funktionieren der EDV-Arbeitsplätze der einzelnen Arbeitnehmer der Beklagten. Die Pauschalvergütung bemisst sich anhand der betreuten Computerarbeitsplätze. Der Vertragsgegenstand "ordnungsgemäßes Funktionieren der Computerarbeitsplätze" wird durch viele Einzelaufträge der Arbeitnehmer der Beklagten an C. ausgefüllt. Sie gehen von der Bestellung bestimmter Geräte durch C. über Störungsbeseitigungen bis hin zur unterschiedlichsten Aufträgen (zB. Installation eines Druckertreibers, Einrichtung von Passwörtern, Einrichtung von bestimmten Software-Produkten). So sind in den letzten 3 Jahren von beiden Klägern viele Tickets bearbeitet worden, nach dem Vortrag der Beklagten über 9.000 Tickets. Die Beklagte vertritt die Rechtsansicht, dass jeder dieser Einzelaufträge einen Werkvertrag darstelle und es sich deshalb auch bei der Summe um einen Werkvertrag handeln müsse. Allerdings soll auch beim Dienstvertrag der Dienstverpflichtete durch seine Arbeit einen bestimmten Erfolg herbeiführen. Im Gegensatz zum Werkvertrag fällt aber das Risiko, dass der Erfolg eintritt, nicht in seinen Gefahren- und Verantwortungsbereich. Nach der tatsächlichen Handhabung kann allerdings nicht davon ausgegangen werden, dass der Dienstverpflichtete (C.) einen über die Dienstleistung hinausgehenden Erfolg geschuldet hat. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass die Beklagte gegenüber C. immer die Vergütung vollständig bezahlt und keine Gewährleistungsrechte geltend gemacht hat. Wenn man, wie die Beklagte, den vorliegenden Dienstleistungsvertrag in so viele Werkverträge segmentiert, müsste man bei lebensnaher Betrachtung davon ausgehen, dass nicht alle Werkverträge ordnungsgemäß erfüllt worden sind und deshalb Gewährleistungsrechte hätten geltend gemacht werden können. Auch dass dies nicht geschehen ist, spricht gegen die Annahme eines Werkvertrages.

- 97 Es bleibt allerdings festzuhalten, dass nach den vorliegenden Verträgen zwischen der Beklagten und C., unabhängig ob man sie als Werkverträge oder freie Dienstverträge qualifiziert, alle Weisungsrechte gegenüber den Beschäftigten von C. bei C. geblieben sind und nicht von der Beklagten ausgeübt werden sollten. Von der Papierform her spricht bei dem vermeintlichen Werkvertrag nichts dafür, dass es sich um einen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag handelt.
- 98 b) Das Gericht ist davon überzeugt (§ 286 Abs. 1 ZPO), dass die vorgenannten Vertragsverhältnisse tatsächlich so nicht gelebt worden sind. Selbst wenn man nur den zwischen den Parteien unstreitigen Lebenssachverhalt heranzieht, steht für die erkennende Kammer fest, dass die Kläger in den Betrieb der Beklagten eingegliedert gewesen sind (aa) und von Arbeitnehmern der Beklagter in größerem Umfang Weisungen erhalten haben (bb). Es bleibt auch festzuhalten, dass die Beklagte zu keiner Zeit werkvertragliche Gewährleistungsrechte in Anspruch genommen hat (cc).
- 99 aa) Die Kläger sind seit Aufnahme der Tätigkeiten bei der Beklagten in ihren Betrieb eingegliedert gewesen, zuletzt in den Betrieb S.. Die für die Annahme einer tatsächlichen Eingliederung zu berücksichtigenden Kriterien sind sämtlich erfüllt.
- 100 Jedenfalls seit Beschäftigungsbeginn im Geschäftsbereich ITI/EH in den Jahren 2006 bzw. 2007 sind den Klägern ein bestimmter Ort, bestimmte Arbeitszeiten und ein bestimmter vertraglicher Inhalt vorgegeben gewesen. Die Kläger haben während dieser Zeit aus dem ihnen zugewiesenen Büro auf dem Betriebsgelände der Beklagten die Computerarbeitsplätze von Arbeitnehmern des Geschäftsbereiches Treasury betreut. Ihnen sind die gesamten Mittel für die Bearbeitung der Aufträge von der Beklagten gestellt worden (insbesondere die eigenen Computerarbeitsplätze und Kommunikationsmöglichkeiten).
- 101 Sie haben mit Arbeitnehmern der Beklagten zusammengearbeitet, indem sie auch arbeitsvertragliche Weisungen dieser Arbeitnehmer ausgeführt haben (su.). Sie haben innerhalb festgelegter Servicezeiten (Montag bis Freitag 08.00 Uhr bis 17.00 Uhr) ihre Tätigkeit verrichtet; regelmäßige Abweichungen von diesen vorgegebenen Arbeitszeiten sind angesichts von fest zugewiesenen Geschäftsbereichen (su.) nicht möglich gewesen. Es hat grundsätzlich Anwesenheitspflicht bestanden. Die auszuführenden Arbeitsaufgaben sind von der Beklagten schon durch den technischen Rahmen (bei der Beklagten installierte Hardware und Software) vorgegeben gewesen.
- 102 bb) Entgegen den vertraglichen Vereinbarungen haben die Kläger regelmäßig von Arbeitnehmern der Beklagten

auch arbeitsvertragliche Weisungen erhalten.

- 103 (1) Dass die Kläger regelmäßig arbeitsvertragliche Weisungen von Arbeitnehmern der Beklagten erhalten haben, beruht vor allem auf dem Inhalt der von den Klägern in beiden Instanzen vorgelegten vielen E-Mails in den letzten 3 Jahren ihrer Tätigkeit für die Beklagte. Der Inhalt dieser E-Mails ist Parteivortrag der Kläger, der von der Beklagten nicht bestritten, sondern nur anders bewertet worden ist. Die von den Klägern vorgelegten mehr als 70 E-Mails, in denen behauptete Weisungen enthalten sind, haben ganz unterschiedliche Inhalte. Nachfolgend sollen typische und repräsentative Weisungen dargestellt werden.
- 104 (a) Beide Kläger haben insbesondere von der Ansprechpartnerin der Beklagten (ITI/EH), Frau G., sehr viele direkt an die Kläger gerichtete E-Mails erhalten. In fast allen E-Mails ist keine Ticketnummer aufgeführt (K 4 bis 17, K 22, K 47, K 48, K 50). Zwar sind die in diesen E-Mails enthaltenen Weisungen von Frau G. als werkbezogene Weisungen zu qualifizieren. Alle diese vorstehend benannten Weisungen sind jedoch nicht an C. gerichtet, mit der Aufforderung die jeweilige Weisung an einen Beschäftigten weiterzuleiten, sondern direkt an einen der Kläger. In mehreren E-Mails sind auch Zeitvorgaben enthalten (Priorität 1, Priorität A, "gleich", "es eilt"). Diese Direktbeauftragungen der Kläger widersprechen zum einen dem vertraglich festgelegten Ticketsystem, zum anderen aber auch der Tatsache, dass die Beklagte nicht mit den Klägern (als Solounternehmern) Werkverträge geschlossen gehabt hat, sondern mit C.. Richtigerweise hätte deshalb C. an sie gerichtete Aufträge an ihre Erfüllungsgehilfen im Rahmen ihrer Organisationsfreiheit weiterleiten müssen.
- 105 (b) Frau G. hat im beschriebenen Zeitraum jedoch nicht nur als werkvertraglich zu wertende Weisungen an die Kläger gerichtet, sondern auch in E-Mails direkte Weisungen arbeitsvertraglicher Natur erteilt. Dabei kommt es nicht darauf an, ob diese arbeitsvertraglichen Weisungen eine Ticketnummer gehabt haben, was bei den meisten E-Mails jedoch nicht der Fall war.
- 106 - So soll ein Kläger prüfen, ob bei der Beklagten (Treasury) ein Raum frei ist (K 28).
- 107 - In der E-Mail K 30 wird ein Kläger gebeten, einen Mitarbeiter von C. in neue Aufgaben einzuweisen. Entgegen der Rechtsansicht der Beklagten spielt es keine Rolle, ob diese Aufforderung im Auftrag von C. erfolgt ist.
- 108 - In der E-Mail K 31 wird ein Kläger aufgefordert, sich bei einem Test "Failover-Test Treasury Fileserver" an einem bestimmten Tag von 17.00 Uhr bis 19.00 Uhr bereitzuhalten, falls die vielen Anwender der Beklagten seine Hilfe brauchen. Dabei spielt es keine Rolle, dass dieser Test von T. vorgegeben worden ist.
- 109 - In der E-Mail K 33 wird ein Kläger gebeten, zu einer Besprechung zu einer bestimmten Uhrzeit zu kommen. Auch wenn die Beklagte vorträgt, dass es sich dabei nur um eine Anfrage gehandelt hat, hat der Kläger diese E-Mail als Weisung verstehen müssen.
- 110 - In der E-Mail K 51 werden alle Beschäftigten von C., also auch die Kläger, um eine Unterstützung außerhalb der Servicezeit an einem bestimmten Tag von 18.00 Uhr bis 20.00 Uhr gebeten. Die Beschäftigten von C. sollten sich untereinander absprechen. Dabei könne der Zeitausgleich über Freizeit erfolgen. Dabei kommt es nicht auf den Vortrag der Beklagten an, dass die Frage des Zeitausgleichs zwischen der Beklagten und C. abgesprochen gewesen sei.
- 111 (c) Die Kläger haben auch von vielen Arbeitnehmern der Beklagten aus verschiedenen Abteilungen, insbesondere Treasury, aber auch aus sich im Ausland befindlichen Abteilungen ganz unterschiedliche Anfragen und Anliegen erhalten, die als werkvertragliche Weisungen zu werten sind. Auch diese Weisungen sind direkt an einen der Kläger gerichtet, ganz überwiegend außerhalb des Ticketsystems (K 6, K 23 bis 27, K 29, K 33 bis 46, K 58 bis 76, K 78 bis 79, K 81 bis 86). In vielen dieser E-Mails sind Zeitvorgaben enthalten ("schnellstmöglich", "dringend", "um... Uhr"). Zum Teil sind diese E-Mails von Frau G. an einen der Kläger weitergeleitet worden. Jedenfalls in einem Fall hat ein Kläger Frau G. eine solche Direktanfrage weitergeleitet, die dann von ihr beantwortet worden ist. Daraus ergibt sich, dass Frau G. von solchen Direktanfragen von Arbeitnehmern der Beklagten außerhalb des Ticketsystems Kenntnis gehabt hat.
- 112 (d) Es gibt E-Mails von Arbeitnehmern der Beklagten, die arbeitsvertraglich Weisungen beinhalten.
- 113 In der E-Mail K 20 werden den Klägern von der Beklagten ihre Anwesenheitszeiten während der Betriebsruhe vom 27. Dezember 2011 bis zum 5. Januar 2012 mitgeteilt.

- 114 In der E-Mail K 77 geht es um die Betreuung einer Videokonferenz durch einen der Kläger. Dieser Kläger wird als Ansprechpartner für die Technik benannt. In der E-Mail ist die (private) Mobilnummer des Klägers benannt. Er soll an einem bestimmten Ort zu einer bestimmten Uhrzeit anwesend sein.
- 115 Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Kläger über einen längeren Zeitraum von vielen Arbeitnehmern der Beklagten ganz überwiegend außerhalb des Ticketsystems direkte Anfragen und Direktbeauftragungen erhalten haben, überwiegend werkbezogener (zum Teil mit zeitlich-örtlichen Vorgaben), aber auch arbeitsrechtlicher Natur.
- 116 (2) Die Kläger haben behauptet, dass sie die "Liste derartiger E-Mails nahezu unendlich fortschreiben könnten". In diesem Zusammenhang haben sie auch vorgetragen, dass sie nicht nur per E-Mail, sondern regelmäßig und in großem Umfang auch telefonisch und persönlich direkt von Arbeitnehmern der Beklagten beauftragt worden seien. Diese Beauftragungen seien außerhalb des Ticketsystems erfolgt. Wenn es Ticketnummern gegeben habe, seien diese überwiegend nachträglich erstellt worden. C. habe gewollt, dass sie täglich mindestens 6 Tickets erledigten. Dieser Vortrag ist von der Beklagten bestritten worden. Im Rahmen ihrer Darlegungslast hätten die Kläger deshalb ihre Behauptungen substantiiert, vor allem nach (ungefähren) Zeitpunkten, darlegen und unter Beweisantwort stellen müssen. Dies haben sie nicht getan.
- 117 (3) Dadurch, dass die Beklagte zumindest damit einverstanden gewesen ist, dass die Kläger für bestimmte Bereiche innerhalb der Abteilung Treasury der Beklagten (die dann einzigen) Ansprechpartner gewesen sind, hat sie selbst das vertraglich vereinbarte Ticketsystem außer Kraft gesetzt.
- 118 Für den Zeitraum ab 2007 (die Anlage K 56 trägt wohl ein falsches Datum) sind den Klägern unterschiedliche Abteilungen der Beklagten zur Betreuung zugeordnet worden (vgl. K 56 und 57). Zwar ist zwischen den Parteien streitig, ob diese Zuordnungslisten von C. oder der Beklagten erstellt worden sind. Es steht jedoch außer Streit, dass die Beklagte diese Zuordnungslisten akzeptiert und von der Verbreitung bei der Beklagten Kenntnis gehabt hat. Die Arbeitnehmer der Beklagten haben danach gewusst, wer der jeweilige Ansprechpartner von C. ist. So ist der Kläger zu 2 der zuständige Ansprechpartner für den so genannten Handelsraum der Beklagten gewesen. In diesem Handelsraum werden weltweit bedeutende Finanztransaktionen der Beklagten innerhalb kürzester Frist abgewickelt. Die Zuordnung der Kläger zu bestimmten Bereichen hat deshalb dazu geführt, dass ausschließlich sie für das reibungslose Funktionieren der Computerarbeitsplätze verantwortlich gewesen sind. Bei jeder Störung ist auf den jeweiligen Kläger zugegriffen worden. Die Kläger haben in der Berufungsverhandlung anschaulich geschildert, dass sie mit ihren Mobiltelefonen dafür gesorgt haben, auch in der Mittagspause in der Kantine der Beklagten erreichbar zu sein. In diesem Zusammenhang kann es dahingestellt bleiben, ob die Kläger mit ihren Mobiltelefonen "rund um die Uhr" (so ihr bestrittener Vortrag) für die Beklagte erreichbar gewesen sind.
- 119 (4) Die erkennende Kammer ist der Ansicht, dass es sich bei den vielen Direktbeauftragungen der Kläger durch Arbeitnehmer der Beklagten außerhalb des vertraglichen Ticketsystems nicht um untypische Einzelfälle, sondern um die Spitze eines Eisbergs gehandelt hat. Zwar geht das Gericht davon aus, dass beide Kläger in den letzten 3 Jahren mehrere tausend Tickets bearbeitet haben. Die Beklagte beziffert die Anzahl für beide Kläger in den letzten 3 Jahren auf ca. 9.200 Tickets. Die Kläger bestreiten zwar die Höhe, nicht jedoch eine sehr große Anzahl von Tickets. Die Beklagte hat deshalb recht, wenn sie die vorgelegten E-Mails, die außerhalb des Ticketsystems erfolgt sind, im Promillebereich ansiedelt.
- 120 Bei den vorgelegten E-Mails handelte es sich aber - entgegen der Rechtsansicht der Beklagten - deshalb um keine untypischen Einzelfälle eines ansonsten gelebten Ticketsystems, weil dieses vertraglich vereinbarte Ticketsystem nicht konsequent umgesetzt worden ist. So ist die Beklagte selbst der Rechtsauffassung, dass in Notfällen und bei Nachfragen direkt auf die Kläger zugegangen werden durfte. Dies sieht 5.2 des Anhangs 04 zum Einzelvertrag zwischen der Beklagten und C. jedoch nicht vor. Auch in diesen Fällen hätte es kein direktes Zugehen auf einen der Kläger geben dürfen. Nach dem Vertrag hätte auch in Notfällen ein Ticket eröffnet und in Nachbearbeitungsfällen das geöffnete Ticket verwendet werden müssen. Auch die Akzeptanz von Zuständigkeitsgebieten der einzelnen Kläger durch die Beklagte unterläuft das Ticketsystem. Es liegt dann nahe, dass einzelnen Arbeitnehmer in Kenntnis der Zuständigkeit der Kläger auf diese direkt zugehen werden und nicht - wie vertraglich vorgesehen - ein Ticket eröffnen. Schließlich spricht schon die Eingliederung der Kläger in den Betrieb der Beklagten für eine große Fehleranfälligkeit des Ticketsystems. Durch die jahrelange Tätigkeit der Kläger im Betrieb der Beklagten, die räumliche Nähe zu den betreuten Arbeitnehmern und die gemeinsamen Feste hat man sich gut gekannt. Darauf

deuten auch das "Du" und die lockere Sprache in den vielen E-Mails hin. Es ist deshalb mehr als lebensnah anzunehmen, dass viele Arbeitnehmer der Beklagten - gerade in eiligen Fällen (und diese sind bei EDV-Störungen besonders häufig) - unter Umgehung des Ticketsystems "auf kurzem Dienstweg" direkt auf die Kläger zugegangen sind, sei es per E-Mail oder auf sonstigen Wegen.

- 121 (5) Es ist weder dargetan noch ersichtlich, dass die Beklagte ihre Arbeitnehmer (jedenfalls im Bereich Treasury) deutlich und nachhaltig darauf hingewiesen hat, dass das Ticketsystem strikt einzuhalten ist, Direktbeauftragungen der Beschäftigten von C. untersagt und bei Verstößen gegen das Ticketsystem Sanktionen zu befürchten sind. Zwar hat die Beklagte behauptet, dass alle Arbeitnehmer des betroffenen Bereiches mehrfach und regelmäßig darauf hingewiesen worden seien, wonach eine Auftragserteilung nur unter Verwendung des Ticketsystems durchgeführt werden dürfe und hat insoweit auf Schulungsunterlagen von Frau G. vom 29. Juli 2009 hingewiesen. Als Beweis hat die Beklagte ein zusammenhangloses Blatt aus einer angeblichen Schulungsunterlage vorgelegt (Anl. 1). Auf dieser Seite steht, dass eine Beauftragung außerhalb des Ticketsystems und Gespräche mit den Beschäftigten von C. nicht zulässig sind. Die Beklagte hat im Rahmen ihrer Darlegungslast jedoch nicht substantiiert vorgetragen und unter Beweisantritt gestellt, wer, wen und wann über dieses Ticketsystem instruiert hat, dass irgendwelche Verpflichtungsermächtigungen unterschrieben worden sind, dass Konsequenzen bei Verstößen angedroht worden sind und es überhaupt Sanktionen gegeben hat.
- 122 (6) Die Personalverantwortlichen der Beklagten haben auch Kenntnis von den vielen Direktbeauftragungen der Kläger gehabt und diese zumindest geduldet. Die Ansprechpartnerin der Beklagten für C., Frau G., ist in vielen Fällen (so.) selbst auf die Kläger zugegangen und hat ihnen auch arbeitsvertragliche Weisungen erteilt. Die Personalverantwortlichen haben auch von der Einteilung der Kläger für bestimmte Zuständigkeitsbereiche bei der Beklagten Kenntnis gehabt.
- 123 (7) Auch die Reduzierung der Arbeitszeit der Kläger während der Wirtschaftskrise von Mai 2009 bis Juni 2010 von 40 auf 35 Wochenstunden beruht auf einer arbeitsvertraglichen Weisung der Beklagten. Zwar ist es C. gewesen, die den Klägern zu Beginn dieses Zeitraums die Reduzierung der Arbeitszeit und am Ende des Zeitraums die ursprüngliche Arbeitszeit mitgeteilt und vorgegeben hat. Allerdings hat C. zu den Klägern in keiner Vertragsbeziehung gestanden. Die Kläger hatten nur mit E. einen freien Mitarbeitervertrag abgeschlossen. Nur E. hätte deshalb mit den Klägern Abweichungen vom vereinbarten Arbeitsvolumen vereinbaren können.
- 124 Die Reduzierung der Arbeitszeiten im oben genannten Zeitraum ist deshalb auf eine Weisung der Beklagten zurückzuführen. Nach den unbestrittenen Angaben der Beklagten im Berufungstermin hatte diese mit C. im oben genannten Zeitraum entsprechend der Arbeitszeitverkürzung bei ihren Arbeitnehmern eine Reduzierung der Vergütung vereinbart. Diese Vergütungsreduzierung ist nach der Vertragslage zwischen der Beklagten und C. nicht zwingend gewesen. Sowohl die betreuten Computerarbeitsplätze als auch die allgemeinen Servicezeiten sind ja nicht verändert worden.
- 125 (8) Arbeitsvertragliche Weisungen der Beklagten an die Kläger sind auch darin zu sehen, dass die Kläger mehrmals im Rahmen eines einwöchigen Schülerpraktikums Praktikanten ihre Räume gezeigt haben. Es ist unstreitig, dass ein Kläger auf Weisung der Beklagten auch den Handelsraum der Beklagten gezeigt hat. Nur die weiteren Führungen zwischen den Parteien sind streitig.
- 126 (9) Vorliegend kann es dahingestellt bleiben, ob die Beklagte beiden Klägern schon in den Jahren 2003 bis 2006 in den oben beschriebenen Projekten arbeitsvertragliche Weisungen erteilt hat und sie schon zu dieser Zeit Arbeitnehmer der Beklagten geworden sind. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass es beim damaligen Vertragspartner der Beklagten (T.) kein Ticketsystem gegeben hat und die Beauftragungen der Kläger deshalb außerhalb eines solchen Systems erfolgt sind. Zwischen den Parteien steht auch außer Streit, dass beide Kläger in diesem Projekten ihre krankheitsbedingten Fehlzeiten und Urlaubsplanungen gegenüber den Ansprechpartnern der Beklagten mitgeteilt haben. Allerdings haben die Kläger auf das Bestreiten der Beklagten substantiiert keine arbeitsvertraglichen Weisungen der Beklagten unter Beweisantritt dargetan. Sie haben auch nicht behauptet, dass T. im damaligen Zeitraum keine Erlaubnis gem. § 1 AÜG gehabt hat.
- 127 cc) Die Beklagte hat zu keiner Zeit werkvertragliche Gewährleistungsrechte in Anspruch genommen.
- 128 Wenn man - wie oben ausgeführt - den zwischen der Beklagten und C. geschlossenen Vertrag als freien

Dienstvertrag wertet, spielt es keine Rolle, dass die Beklagte während der gesamten Vertragsdauer nie werkvertragliche Gewährleistungsrechte (§§ 633 ff. BGB) gegenüber C. geltend gemacht hat. Wenn man jedoch - wie die Beklagte - von einem Werkvertrag ausgeht, ist die faktische Inanspruchnahme von Gewährleistungsrechten ein wichtiges Abgrenzungsmerkmal zwischen einem echten Werkvertrag und einem Schein-Werkvertrag (Greiner aaO Seite 699 mwN). Bei der Arbeitnehmerüberlassung treffen den Verleiher nämlich keine Gewährleistungspflichten, wenn seine Erfüllungsgehilfen die Arbeit schlecht ausführen oder das Werk misslingt. Die unterbliebene Geltendmachung von Gewährleistungsrechten trotz aufgetretener Mängel ist deshalb ein deutliches Indiz für Arbeitnehmerüberlassung und einen Schein-Werkvertrag. Die Beklagte hat in diesem Zusammenhang vorgetragen, dass es in der gesamten Zeit keine Mängel gegeben habe und sie deshalb auch keine Gewährleistungsrechte gehabt habe. Es ist allerdings schwerlich anzunehmen, dass es bei über 9.000 Aufträgen (Tickets) in 3 Jahren, die die Beklagte rechtlich als Einzel-Werkverträge im Rahmen eines Gesamtwerkvertrages bewertet, keine Schlechtleistungen gegeben hat.

- 129 c) Bei einer wertenden Gesamtbetrachtung ist von einem Scheinwerkvertrag/-dienstvertrag auszugehen.
- 130 Zur Würdigung der praktischen Durchführung des zwischen der Beklagten und C. abgeschlossenen Vertrages bedarf es einer wertenden Gesamtbetrachtung aller für die rechtliche Einordnung der Vertragsbeziehungen wesentlichen Umstände.
- 131 Die Kläger sind jahrelang im Betrieb der Beklagten in bestimmten Räumlichkeiten, zu vorgegebenen Arbeitszeiten und für von der Beklagten festgelegte Servicetätigkeiten eingesetzt worden. Sie sind deshalb im Betrieb der Beklagten eingegliedert gewesen. Das zwischen der Beklagten und C. vereinbarte Ticketsystem ist in großem Umfang nicht gelebt worden. Ein Grund für die abweichende Handhabung des Vertrages liegt darin, dass die Kläger für bestimmte Bereiche der Beklagten allein zuständig gewesen sind. Anstatt innerhalb geöffneter Tickets von C. Arbeitsaufträge zugeteilt zu bekommen, haben Arbeitnehmer der Beklagten in vielen Fällen den Klägern direkte Weisungen erteilt, in den meisten Fällen ohne Ticketnummer. Diese Weisungen haben sich nicht nur auf die Ausführung der Dienstleistung als solche beschränkt, sondern sind in größerer Anzahl auch als arbeitsvertragliche Weisungen zu werten. Nach der hier vertretenen Rechtsauffassung kommt es nicht darauf an, dass die Kläger ihre Arbeit allein nach Weisungen der Beklagten ausgeführt haben.
- 132 Allerdings soll an dieser Stelle betont werden, dass diese Wertung nur für die hier streitgegenständlichen IT-Dienstleistungen für die Abteilung Treasury gilt und nicht für den gesamten Betrieb der Beklagten in S..
- 133 d) Aufgrund der gesetzlichen Fiktion des § 10 Abs. 1 Satz 1 iVm. § 9 Nr. 1 AÜG ist jeweils ein Arbeitsverhältnis zwischen der Beklagten und den Klägern zu Stande gekommen.
- 134 Wie oben ausgeführt, ist der zwischen der Beklagten und C. abgeschlossene Vertrag entgegen seiner Bezeichnung kein Werk- oder Dienstvertrag. Vielmehr sind der Beklagten unter dem Deckmantel eines Werkvertrages die Kläger als Arbeitnehmer überlassen worden (sog. Scheinwerk- oder Scheindienstvertrag).
- 135 Die Kläger sind der Beklagten von C. gewerbsmäßig überlassen worden. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist gewerbsmäßig im Sinne des AÜG jede nicht nur gelegentliche, sondern auf eine gewisse Dauer angelegte und auf die Erzielung unmittelbarer oder mittelbarer wirtschaftlicher Vorteile gerichtete selbstständige Tätigkeit (zB. BAG 18. Februar 2003 - 3 AZR 160/02 - AP Nr. 5 zu § 13 AÜG).
- 136 Es ist auch davon auszugehen, dass C. im Zeitpunkt der Klageerhebung keine Überlassungserlaubnis gem. § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG gehabt hat. Die Kläger haben behauptet, dass für C. eine entsprechende Erlaubnis nicht vorliege. Diese Behauptung ist von der Beklagten nicht bestritten worden. In diesem Zusammenhang hat die Beklagte lediglich vorgetragen, dass es für sie ohne Bedeutung sei, ob C. im Besitz einer entsprechenden Erlaubnis gewesen sei. In diesem Zusammenhang kann dahinstehen, ob die seit Jahren durchgeführte Arbeitnehmerüberlassung nicht mehr nur vorübergehend (§ 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG), sondern auf Dauer angelegt und somit nicht mehr von der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis von C. gedeckt gewesen ist.
- 137 C. Nebenentscheidungen
- 138 Die Kostenentscheidung für die 1. Instanz beruht auf § 64 Abs. 6 ArbGG iVm. §§ 92 Abs. 1 Satz 1, 100 Abs. 1 ZPO, wonach die Kosten im Verhältnis des Obsiegens und Unterliegens verhältnismäßig zu teilen sind.

- 139 Die Kosten der Berufung hat die Beklagte gemäß § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO zu tragen, nachdem die Kläger die unechten Hilfsanträge vor Eintritt der Bedingung zurückgenommen haben.
- 140 Die Zulassung der Revision beruht auf § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG.