

Für das Nachschlagewerk! Ja
Für die Fachpresse! Ja
Für die Amtliche Sammlung! Ja

Gesetz: AÜG Art. 1 § 10 Abs. 1 Satz 1, Art. 1 § 1 Abs. 1 und Abs. 2
§ 3 Abs. 1 Nr. 3 - 6, § 9 Nr. 1, § 10 Abs. 1 Sätze 2
und 4, § 12 Abs. 1 Satz 2, § 17; AFG § 13; BGB § 278
Satz 1, § 631 Abs. 2, § 640 Abs. 1; GewO § 34 a; Ver-
ordnung für das Bewachungsgewerbe vom 1. Juni 1976 -
BGBl. I, 1342 - § 2 Abs. 1

- Leitsätze: 1. Dienst- oder Werkverträge und Arbeitnehmerüberlassungsverträge im Sinne von § 1 Abs. 1 AÜG unterscheiden sich wie folgt: Im ersten Fall organisiert der Unternehmer die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolges notwendigen Handlungen selbst, wobei er sich eines Erfüllungsgehilfen bedienen kann; er bleibt für die Erfüllung der im Vertrag vorgesehenen Dienste oder die Herstellung des geschuldeten Werks verantwortlich. Bei der Arbeitnehmerüberlassung überläßt er dem Vertragspartner geeignete Arbeitskräfte, die dieser nach eigenen betrieblichen Erfordernissen in seinem Betrieb einsetzt.
2. Arbeitnehmer, die Arbeitsleistungen in einem fremden Betrieb erbringen, sind Erfüllungsgehilfen des Dienstverpflichteten oder Werkunternehmers, wenn sie nach dessen Weisungen handeln. Leisten sie Arbeit nur nach Weisungen des Dritten, sind sie regelmäßig zur Arbeitsleistung überlassene Arbeitnehmer (im Anschluß an BAG AP Nr. 9 zu § 103 BetrVG 1972).
3. Gewerbsmäßig im Sinne von § 1 Abs. 1 AÜG handelt derjenige Unternehmer, der Arbeitnehmerüberlassung nicht nur gelegentlich, sondern auf Dauer betreiben und damit wirtschaftliche Vorteile erzielen will. Es ist nicht erforderlich, daß der Unternehmer die Arbeitnehmerüberlassung überwiegend - etwa im Vergleich zu den insgesamt in seinem Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmern - betreibt.
4. Die einem Unternehmer des Bewachungsgewerbes erteilte Erlaubnis nach § 34 a GewO kann die für eine gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung erforderliche Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 AÜG nicht ersetzen.

Aktenzeichen: 5 AZR 261/77

Urteil des BAG vom 8. November 1978

LAG Düsseldorf



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

5 AZR 261/77

4 Sa 1699/76 Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
8. November 1978

gez. Schartel,
Angestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

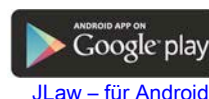
Urteil

In Sachen

pp.

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 8. November 1978 durch die Vorsitzende Richterin Professorin Dr. Hilger, die Richter Dr. Heither und Dr. Fenge sowie die ehrenamtlichen Richter Krebs und Nitsche für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 28. Januar 1977 - 4 Sa 1699/76 - aufgehoben.
2. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 13. Oktober 1976 - 9 Ca 2980/76 - abgeändert:



- 2 -

Es wird festgestellt, daß zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis besteht.

3. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

V o n R e c h t s w e g e n !

Tatbestand:

Der Kläger will festgestellt wissen, daß er Arbeitnehmer der Beklagten ist.

Der Kläger schloß am 15. November 1974 mit der Firma "Westdeutscher Wach- und Schutzdienst, F K " in Essen (nachfolgend: WWSD) einen Arbeitsvertrag. Der WWSD betreibt ein Bewachungsgewerbe, in dem er u.a. "Werkschutz, Wach- und Pförtnerdienst, Patrouilledienst, Kurierdienst, Geld- und Werttransporte" u.ä. anbietet. Hierzu besitzt er die Erlaubnis des Oberstadtdirektors der Stadt Essen vom 14. Oktober 1966. Am 15./26. März 1973 hatten der WWSD und die Beklagte einen "Rahmenvertrag" über "die Bewachung von Baustellen der Deutschen Bundesbahn im Bereich der Bundesbahndirektion Wuppertal durch Sicherungsposten" geschlossen, in dem u.a. folgendes bestimmt ist:

"§ 1 Gegenstand des Vertrages

Die Firma übernimmt die Bewachung von Personen und Sachen auf Baustellen der Bundesbahn durch Sicherungsposten gegen die Gefahren des Eisenbahnbetriebes. Die Aufgaben der Sicherungsposten ergeben sich im einzelnen aus der Anlage 1 zu diesem Vertrag.

- 3 -



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



§ 2 Abstimmung des Bedarfs

Die Bundesbahn wird ihren Bedarf an Sicherungsposten (Anzahl, Bedarfsort und -zeit) nach Möglichkeit frühzeitig laufend mit der Firma abstimmen.

§ 3 Bestellung

- (1) Bei Bedarf werden die Leistungen im Einzelfall mit Bestellschein von Ämtern oder Dienststellen der Bundesbahn angefordert. Die auf der Rückseite des Bestellscheines abgedruckten Bedingungen über VOB und VOL gelten nicht.
- (2) Der Rahmenvertrag verpflichtet die Bundesbahn nicht zur Anforderung von Leistungen.

§ 4 Eignung und Zuverlässigkeit der Wachmänner

- (1) Die Firma darf nur volljährige geeignete Wachmänner als Sicherungsposten einsetzen. Diese müssen körperlich und geistig tauglich, zuverlässig, für ihre Aufgaben ausgebildet und mit Erfolg geprüft sein.
- (2) Von einer Bundesbahnstelle als ungeeignet oder unzuverlässig bezeichnete Wachmänner dürfen bei der Bewachung nicht eingesetzt werden.

§ 5 Untersuchung, Ausbildung, Ausweis

- (1) Die körperliche Tauglichkeit der Wachmänner stellt die Bundesbahn durch ihren Bahnarzt fest.
- (2) Die Bundesbahn bildet die für tauglich befundenen Wachmänner für ihren Einsatz als Sicherungsposten aus und prüft sie (Verwendungsprüfung).



- 4 -

.....

- (4)
Die Ausbildungszeit gilt als
Arbeitszeit.

§ 6 Ausrüstung

- (1) Die Ausrüstung der Sicherungs-
posten ist Sache der Bundes-
bahn.

§ 7 Einsatz und Weisung

- (1) Die Bundesbahn regelt den ört-
lichen Einsatz der Sicherungs-
posten nach Zahl und Standort
sowie der Sicherungszeit. Die
Sicherungsstellen haben die Wei-
sungen der ihnen bei der Ar-
beitsaufnahme von der Bundes-
bahn benannten Weisungsberech-
tigten zu befolgen.
- (2) Die Bundesbahn ist berechtigt,
die sofortige, befristete oder
dauernde Zurückziehung von Si-
cherungsstellen unter Rückgabe
des Ausweises und der Ausrü-
stung und deren geeigneten Er-
satz zu verlangen, wenn sie
dies zur Gewährleistung der
Sicherheit ihres Betriebes für
erforderlich hält. Die Zurück-
ziehung teilt sie der Firma un-
ter Angabe der Gründe schrift-
lich mit; die Firma benennt als-
bald nach Maßgabe des § 4 Abs.
1 geeignete Ersatzpersonen und
setzt diese ein.

§ 8 Bewachungszeit

Die Bewachungszeit richtet sich nach
der Arbeitszeit des bauausführenden
Unternehmers oder der bauausführen-
den Bundesbahndienststelle.

§ 9 Vergütung

Die Bewachung wird nach Einsatzstun-
den vergütet.

- 5 -

.....

§ 12 Haftung und Versicherung

- (1) Die Vertragsparteien haften einander nach den gesetzlichen Bestimmungen.
- (2) Für fahrlässig verursachte Schäden aus der unmittelbaren Bewachung haftet die Firma bis zur Höhe der mit ihrer Haftpflichtversicherung vereinbarten Deckungssummen,
mindestens jedoch
bei Personenschäden bis zu 250.000 DM,
bei sonstigen Schäden bis zu 25.000 DM.

Diese Haftpflichtbeschränkung gilt auch für etwaige Ansprüche der Bundesbahn gegen die Sicherungsposten selbst.

- (3) Die Firma hat bei Abschluß des Rahmenvertrages die Deckung ihres Haftpflichtrisikos bei einem im Inland zum Geschäftsbetrieb zugelassenen Versicherer nachzuweisen.

.....

§ 14 Ergänzende Bestimmungen

Die gesetzlichen Bestimmungen über den Werkvertrag finden ergänzende Anwendung."

Der Dienst der Sicherungsposten ist in der in § 1 erwähnten Anlage 1) näher geregelt. Aufgrund dieses "Rahmenvertrages" beschäftigte der WWSd etwa 176 Arbeitnehmer, die bei der Beklagten als Sicherungsposten eingesetzt waren. Die Gesamtzahl der bei der WWSd beschäftigten Arbeitnehmer ist nicht festgestellt, die Beklagte hat behauptet, der WWSd habe etwa 1500 Arbeitnehmer beschäftigt.

- 6 -



- 6 -

Der Kläger wurde seit seinem Eintritt beim WWS auf verschiedenen Baustellen der Beklagten eingesetzt. Grundlage hierfür war sein mit dem WWS abgeschlossener Arbeitsvertrag mit folgenden Vereinbarungen:

"1. Einstellung:

Der Vorgenannte wird von der Vertragsfirma ab 18. November 1974 als Sicherungsposten - vorbehaltlich der Abnahmeprüfung durch die Ausbildungsbahnmeisterei und der Zustimmung des Ordnungsamtes - eingestellt.

.....

4. Arbeitszeit

.....

.....

6. Kündigung:

Eine sofortige Lösung des Vertrages - ohne vorherige Kündigung - ist gegeben:

- a) wenn während der Ausbildungszeit Untauglichkeit festgestellt wird oder die Abnahmeprüfung nicht bestanden wird,
- b) das Ordnungsamt die Zustimmung versagt,
- c) wenn sonstige Gründe vorliegen, die eine fristlose Entlassung rechtfertigen.

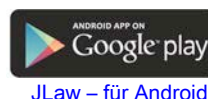
.....

Fristlose Entlassung ist u.a. zulässig bei Fahrlässigkeit und groben Verstößen während der Arbeitszeit, Trunkenheit, Ablehnung durch die Dienststellen der Bundesbahn, Bummeleien und Arbeitsverweigerung.

- 7 -



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



- 7 -

7. Krankmeldung:

Im Krankheitsfalle ist der Sicherungsposten verpflichtet, die Dienststelle sofort und dem Arbeitgeber innerhalb drei Tagen schriftlich Meldung zu erstatten. Arbeitsfähigkeit muß dem Arbeitgeber rechtzeitig gemeldet werden, um über den weiteren Einsatz entscheiden zu können.

.....

9. Allgemeines:

a) Arbeitsplatz:

Die Sicherungsposten sind Betriebsangehörige des WWSB. Alle Fragen arbeitsrechtlicher Art werden zwischen den Vertragspartnern geregelt. Die Aufgabe der Sicherungsposten besteht darin, Personen- und Sachschaden zu verhüten. Diese gewissenhafte und verantwortungsvolle Aufgabe verlangt eine strenge Auslese, Einhaltung der Dienstanweisung, Beachtung der Unfallverhütungsvorschriften, Pünktlichkeit und Dienstbeflissenheit. Der Arbeitsplatz ist wechselhaft. Die Bestimmung des Einsatzortes und die Dienstzeit erfolgen durch den WWSB in Verbindung mit den Dienststellen der Deutschen Bundesbahn.

b) Dienstausbildung: Vorgesetzte:

Nach den Bestimmungen der Deutschen Bundesbahn ist der Sicherungsposten während der Dienstzeit dem Aufsichtsführenden der Bundesbahn unterstellt. Anordnungen und Weisungen des Aufsichtsführenden sind unbedingt Folge zu leisten. Sicherungsposten, die durch wiederholtes Zuspätkommen die Sicherheit gefährden, durch Unachtsamkeit, Fahrlässigkeit, grobe Pflichtverletzung, Trunkenheit im Dienst und sonstige Verstöße den Unfallverhütungsvorschriften zuwiderhandeln und von der Bundesbahn als ungeeignet abgelehnt werden, müssen vom WWSB sofort entlassen werden.

....."



- 8 -

Im Juni 1975, im Januar 1976 und zuletzt mit Schreiben vom 5. Oktober 1976 kündigte der WWSd das Arbeitsverhältnis wegen fehlender Aufträge der Beklagten. Die zunächst ausgesprochenen Kündigungen nahm der WWSd später zurück; gegen die zuletzt genannte Kündigung erhob der Kläger Kündigungsschutzklage. Noch vor Ausspruch der letzten Kündigung, nämlich mit der am 8. Juli 1976 beim Arbeitsgericht Düsseldorf eingegangenen Klage hat der Kläger geltend gemacht, daß er Arbeitnehmer der Beklagten sei; ein Arbeitsverhältnis sei zumindest nach Art. 1 § 10 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes - AÜG - zustande gekommen. Soweit es für die Revisionsinstanz noch von Bedeutung ist hat der Kläger beantragt,

festzustellen, daß zwischen ihm und der Beklagten ein Arbeitsverhältnis bestehe.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat sich auf den Standpunkt gestellt, der Kläger sei Arbeitnehmer des WWSd gewesen. Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz sei nicht anwendbar, da sie mit dem WWSd einen Werkvertrag abgeschlossen habe.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist ohne Erfolg geblieben. Mit der Revision verfolgt er seinen Antrag weiter, während die Beklagte um Zurückweisung der Revision bitet.

Entscheidungsgründe:

Zwischen den Parteien besteht ein nach Art. 1 § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG fingiertes Arbeitsverhältnis.

- 9 -



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



I. Durch Vertrag haben die Parteien kein Arbeitsverhältnis begründet. Weder ausdrückliche Erklärungen noch schlüssiges Verhalten lassen den Schluß zu, daß sie ein Arbeitsverhältnis eingehen wollten. Die Klage kann deshalb nur Erfolg haben, wenn trotz des entgegenstehenden Parteiwillens ein Arbeitsverhältnis als zustande gekommen gilt. Das ist der Fall, wenn die Voraussetzungen des Art. 1 § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG vorliegen.

II. Nach Art. 1 § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG gilt ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeiternehmer als zustande gekommen, wenn der (Arbeits-) Vertrag zwischen einem Verleiher und einem Leiharbeiternehmer nach Art. 1 § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam ist. Das wiederum ist der Fall, wenn der Arbeitgeber als Verleiher einem Dritten, dem Entleiher, Arbeitnehmer gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen hat, ohne die dazu erforderliche Erlaubnis zu besitzen. Diese Voraussetzungen sind gegeben.

1. Der WWSO hat der Beklagten den Kläger als Leiharbeiter zur Arbeitsleistung überlassen; der Rahmenvertrag hat eine Arbeitnehmerüberlassung im Sinne von Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG zum Gegenstand.

a) Das Berufungsgericht sieht den Rahmenvertrag als Werkvertrag an. Es begründet seine Auffassung im wesentlichen damit, daß der WWSO als Unternehmer der Beklagten für eine fehlerhafte Arbeitsleistung des Klägers - wenn auch begrenzt - Gewähr leisten müsse. Auch trage der WWSO als Unternehmer bis zur Abnahme des Werkes die Vergütungsgefahr. Daß der Beklagten ein weitgehendes Weisungsrecht eingeräumt worden sei, sei allein mit dem besonderen Betriebsablauf zu erklären. Der WWSO könne jedenfalls die einzelnen Sicherungsposten abziehen und durch andere Arbeitnehmer ersetzen.



b) Diese Auffassung überzeugt nicht.

Gegenstand des Rahmenvertrages war weder die Herstellung oder Veränderung einer Sache noch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg (§ 631 Abs. 2 BGB). Das zeigt sich schon daran, daß die von der Beklagten zu zahlende Vergütung nicht am "Erfolg" orientiert war sondern einzig nach dem Umfang der Dienstleistungen des jeweils zur Verfügung gestellten Sicherungsposten berechnet wurde. Es gab auch nichts, was die Beklagte als Besteller hätte abnehmen können (§ 640 Abs. 1 BGB). Der WWSO trug danach keine "Vergütungsgefahr". Seine Haftung war nicht die eines Werkunternehmers; die Regeln über die Gewährleistung eines solchen Werkunternehmers passen für den vorliegenden Fall insgesamt nicht.

Es hätte nähergelegen, im Rahmenvertrag zwischen der Beklagten und dem WWSO einen Dienstvertrag zu sehen. "Bewachung" (vgl. § 1 des Rahmenvertrages) ist eine typische Dienstleistung. Bewachungsverträge könnten daher Dienstverträge sein wie Wartungsverträge oder Verträge, die auf Buchprüfung, Unternehmensberatung u.ä. gerichtet sind. Im Rahmen eines solchen Dienstvertrages könnte auch ein Erfüllungsgehilfe (§ 278 Satz 1 BGB) tätig werden.

c) Die Annahme eines Dienstvertrages scheitert jedoch daran, daß der WWSO keine Dienste zusagte, für deren Erfüllung mittels Erfüllungsgehilfen er einzustehen hätte. Vielmehr überließ er die Sicherungsposten der Beklagten, damit diese sich die Arbeitsleistung dieser Arbeitnehmer für ihre Betriebszwecke nutzbar machen konnte. Das ist Arbeitnehmerüberlassung.

Dienst- oder Werkverträge einerseits und Arbeitnehmerüberlassungsverträge andererseits unterscheiden

sich dadurch, daß der Unternehmer im ersten Fall die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolges notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Vorstellungen organisiert, während er bei der zweiten Vertragsgestaltung dem Dritten (= Besteller) nur die Arbeitnehmer zur Verfügung stellt, wobei dieser die Arbeitskräfte nach seinen Vorstellungen und Zielen in seinem Betrieb einsetzt und seine Betriebszwecke mit den überlassenen Arbeitnehmern wie mit eigenen Arbeitnehmern verfolgt. Bei Dienst- oder Werkverträgen kann der zur Dienstleistung Verpflichtete oder Werkunternehmer sich anderer als Erfüllungsgehilfen bedienen. Das sind Arbeitnehmer, die Arbeitsleistungen in einem fremden Betrieb erbringen, aber nur dann, wenn sie nach Weisungen des Unternehmers - Dienstverpflichteten oder Werkunternehmers - handeln. Sind sie voll in den Betrieb des Dritten eingegliedert, leisten sie ihre Arbeit allein nach Weisungen dieses Betriebsinhabers, sind sie zur Arbeitsleistung überlassene Arbeitnehmer im Sinne von Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG (vgl. BAG, Beschluß vom 10. Februar 1977 - AP Nr. 9 zu § 103 BetrVG [zu II 1 b der Gründel], auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt; Becker, AÜG, Einl. RdNr. 30 S. 37; Becker-Kreikebaum, Schriften zur AR-Blattei, Bd. 1 Zeitarbeit, S. 44 f.; Sandmann-Vielhaber, AÜG, Art. 1 § 1 Anm. 10; Schubel-Engelbrecht, AÜG, Art. 1 § 1 RdNr. 28 [zu b]; vgl. dazu auch den Zweiten Bericht der Bundesregierung über die Erfahrungen bei der Anwendung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes vom 21. Juli 1976 - BT-Drucks. 7/5631, S. 7). Während bei einem Dienst- oder Werkvertrag der Unternehmer für die Erfüllung der im Vertrag vorgesehenen Dienste oder die Herstellung des geschuldeten Werks verantwortlich bleibt, endet beim Arbeitnehmerüberlassungsvertrag seine Vertragspflicht dann, wenn er den Arbeitnehmer ausgewählt und dem Dritten zur Arbeitsleistung zur Verfügung gestellt hat.



- 12 -

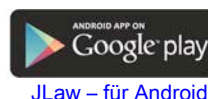
Betrachtet man unter diesem Gesichtspunkt die Vereinbarungen zwischen der Beklagten und dem WWSd, liegt Arbeitnehmerüberlassung vor. Die Beklagte wollte geeignete Arbeitskräfte für ihren Betrieb und für ihre Betriebszwecke so einsetzen, daß sie über die Arbeitsleistung dieser Sicherungsposten wie über die eigenen Arbeitnehmer verfügen konnte. Dazu hatte sie sich das alleinige Weisungsrecht gegenüber den Sicherungsposten vorbehalten (vgl. §§ 6 - 8 des Rahmenvertrages). Die Arbeitsweise der Sicherungsposten wird auch dadurch gekennzeichnet, daß sie von der Beklagten im innerdienstlichen Betrieb ebenso behandelt werden wie die von der Beklagten selbst eingestellten Sicherungsposten. Die Verpflichtung des WWSd nach dem Rahmenvertrag beschränkt sich darauf, die von der Beklagten bereits ausgebildeten Sicherungsposten nach Bedarf abzustellen; damit erfüllt der WWSd seine Schuldnerpflicht gegenüber der Beklagten. Organe oder Beauftragte des WWSd können und sollen den Sicherungsdienst nicht selbst organisieren; der WWSd kann die Bewachung nicht als eigene Leistung erbringen, solange sich die Beklagte das Weisungsrecht gegenüber den Sicherungsposten vorbehalten hat. Ob dieser Vorbehalt sachlich notwendig ist, hat auf die rechtliche Beurteilung dieser Vertragsgestaltung keinen Einfluß.

Auch die im Vertrag geregelte Haftung (§ 12 des Rahmenvertrages) spricht nicht entscheidend gegen einen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag. An sich haftet ein Verleiher im Sinne von Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG nur für eigenes Auswahlverschulden bei der Überlassung der Arbeitnehmer, nicht für (fremdes) Verschulden dieser Arbeitnehmer, weil diese nicht als Erfüllungshelfen eingesetzt werden (vgl. BGH AP Nr. 1 zu § 12 AÜG [zu II 1 der Gründe]). Doch dürfen Verträge nicht allein danach beurteilt werden, wie die Haftung ge-

- 13 -



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



regelt wird. Im vorliegenden Fall wollte der WWSd damit nur eine - zu Unrecht angenommene - gesetzliche Verpflichtung erfüllen: Wer ein Bewachungsgewerbe betreibt, hat für sich und die in seinem Gewerbebetrieb beschäftigten Personen zur Deckung der Schäden, die den Auftraggebern oder Dritten bei der Durchführung eines Bewachungsvertrages entstehen, eine Haftpflichtversicherung abzuschließen (§ 2 Abs. 1 der Verordnung für das Bewachungsgewerbe vom 1. Juni 1976 - BGBl. I, 1342, ergangen auf der Grundlage von § 34 a Abs. 2 Nr. 3 GewO). Nach Auffassung des WWSd war die Überlassung von Sicherungsposten Teil des Bewachungsgewerbes.

Außerdem liegt das Schwergewicht dieser Regelung in der Einbeziehung der Arbeitnehmer in den Versicherungsschutz. So wie die Haftung des WWSd auf die vereinbarte Haftpflichtsumme beschränkt ist, wird auch die Haftung der Arbeitnehmer begrenzt. Das ist bei verständiger Beurteilung ein wesentlicher Grund für diese Regelung. Die als Sicherungsposten beschäftigten Arbeitnehmer mußten befürchten, der Beklagten gegenüber unbeschränkt nach den Regeln über unerlaubte Handlungen zu haften. Hier mußte im Hinblick auf die gefahren-geneigte Tätigkeit der Sicherungsposten eine befriedigende Regelung für alle Beteiligten gefunden werden. Der Abschluß einer Haftpflichtversicherung, wie sie im eigentlichen Bewachungsgewerbe erforderlich ist, bot sich auch für Vertragsgestaltungen der vorliegenden Art an. Allein deshalb ist das Argument des Berufungsgerichts, die Haftungsregelung spreche gegen Arbeitnehmerüberlassung, nicht überzeugend. Die übrigen Umstände sprechen - wie bereits dargelegt - eindeutig gegen einen Dienst- oder Werkvertrag, so daß die Haftungsregelung ohnehin nicht den Ausschlag für die rechtliche Beurteilung geben könnte.



2. Für diese Arbeitnehmerüberlassung bedurfte der WWSO einer Erlaubnis nach Art. 1 § 1 Abs. 1 ArbZG.

a) Der Erlaubnis bedarf derjenige Arbeitgeber, der Dritten Arbeitnehmer gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen will. Gewerbsmäßig im Sinne dieser Bestimmung handelt der Arbeitgeber, der die Arbeitnehmerüberlassung auf gewisse Dauer anlegt oder mit ihr unmittelbare oder mittelbare wirtschaftliche Vorteile erzielen will. Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung soll damit abgegrenzt werden gegenüber dem nur gelegentlichen Verleih von Arbeitnehmern (BayObLG AP Nr. 1 zu § 1 ArbZG [Bl. 1 R]; vgl. auch den Beschluß des OLG Düsseldorf über eine Vorlage an den BGH vom 1. Juni 1978, NJW 1978, 1944). Deshalb kommt es nicht darauf an, ob ein Unternehmer neben der Arbeitnehmerüberlassung noch andere gewerbliche Zwecke verfolgt und in welchem Verhältnis zahlenmäßig die übrigen Arbeitnehmer des Betriebes zu den Leiharbeitnehmern stehen (Sandmann-Vielhaber, ArbZG, Art. 1 § 1 Anm. 8; Schubel-Engelbrecht, ArbZG, Art. 1 § 1 RdNr. 17 bis 19). Es ist unerheblich, ob der Hauptzweck oder der überwiegende Zweck des WWSO auf Arbeitnehmerüberlassung gerichtet war. Eine solche Einschränkung der Erlaubnispflicht (dafür allerdings Becker, ArbZG, Art. 1 § 1 RdNr. 27; Moritz, BB 1972, 1569 [1571 r. Sp.]) wäre mit dem Schutzzweck des Gesetzes nicht zu vereinbaren. Die Erlaubnispflicht soll Arbeitnehmer vor unseriösen Verleihern schützen; sie soll zugleich verhindern, daß Dauerarbeitsplätze von Zeitarbeitnehmern eingenommen werden. Dieser Schutzzweck wäre in Frage gestellt, wenn nur Betriebe erfaßt würden, deren überwiegender Zweck auf Arbeitnehmerüberlassung gerichtet wäre. Auch wenn Arbeitnehmerüberlassung im einzelnen Betrieb nicht überwiegt, kann sie wirtschaftlich bedeutend sein und zu einer erhebli-



chen Störung des Arbeitsmarktes führen. Leiharbeitnehmer solcher Betriebe müssen ebenfalls sicher sein, daß ihre Arbeitsbedingungen mit dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz vereinbar sind.

Daß ein Unternehmer nur dann gewerbsmäßig im Sinne von Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG handelt, wenn der überwiegende Betriebszweck auf die Arbeitnehmerüberlassung gerichtet ist, kann auch nicht aus der Amtlichen Begründung entnommen werden. Dort heißt es zwar, die Gewerbsmäßigkeit erfordere, daß der "Hauptzweck" des Betriebes oder eines Betriebsteiles darauf gerichtet sein müsse, aus der Arbeitnehmerüberlassung einen wirtschaftlichen Gewinn zu erzielen (BT-Drucks. 6/2303, S. 10 zu Art. 1 § 1). Das ist in diesem Zusammenhang mißverständlich. "Hauptzweck" ist nicht ohne weiteres gleichbedeutend mit "überwiegendem Betriebszweck". Mit der Beschränkung auf den "Hauptzweck" kann auch gemeint sein, daß nur gelegentliche Arbeitnehmerüberlassung außer Betracht bleiben soll. Im übrigen hat die Bundesregierung im Dritten Bericht über die Erfahrungen bei der Anwendung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes vom 1. August 1978 (BT-Drucks. 8/2025 S. 15, r. Sp.) ihre frühere Auffassung erläutert. Sie will abwarten, ob vom Gesetzgeber klargestellt werden müsse, "daß gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des AÜG unabhängig vom sonstigen Betriebszweck immer dann vorliegt, wenn ein Arbeitnehmer des Betriebes in Gewinnerzielungsabsicht an einen Entleiher überlassen wird". Sie tritt damit für eine möglichst weitgehende Anwendung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes ein.

b) Die Erlaubnispflicht entfällt nicht etwa deshalb, weil der WWSD Arbeitsvermittlung nach § 13 des Arbeitsförderungsgesetzes betrieben hätte (Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG). Für eine solche Arbeitsvermittlung gibt



- 16 -

es keine Anhaltspunkte. Der WWSO hat nicht das Zustandekommen eines Arbeitsvertrages zwischen den Parteien dieses Rechtsstreits gefördert. Er wollte Einkünfte aus der Überlassung von Arbeitnehmern erzielen. Im übrigen kann offenbleiben, ob die Vermutung des Art. 1 § 1 Abs. 2 AÜG in den Fällen eingreifen kann, in denen unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung nach Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG vorliegt; sofern sie eingreifen sollte, wäre sie widerlegt.

3. Der WWSO besaß nicht die nach Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG erforderliche Erlaubnis. Die dem WWSO nach § 34 a GewO erteilte Erlaubnis ist keine solche Erlaubnis im Sinne des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes.

Der WWSO betrieb zumindest zwei Gewerbebezüge, nämlich Arbeitnehmerüberlassung einerseits und ein Bewachungsgewerbe andererseits. Die Ausübung beider Gewerbebezüge ist jeweils von einer besonderen Erlaubnis abhängig. Die eine Erlaubnis kann die andere nicht ersetzen. Die Erlaubnisse sind schon von den Voraussetzungen her verschieden; für ihre Erteilung sind auch verschiedene Behörden zuständig. So prüft die Bundesanstalt für Arbeit (Art. 1 § 17 AÜG), ob der Verleiher mit seinen Arbeitnehmern keine inhaltlich zu mißbilligenden Vertragsgestaltungen gewählt hat (vgl. Art. 1 § 3 Abs. 1 Nr. 3 - 6 AÜG). Die Erlaubnis nach Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG soll Mißbrauch in diesem Teilbereich der Wirtschaft verhindern. Dazu ist allein von der Aufgabenstellung und den Überwachungsmöglichkeiten her die Bundesanstalt für Arbeit in der Lage. Demgegenüber besteht für die Ausübung des Bewachungsgewerbes die Erlaubnispflicht zum Schutze der Allgemeinheit und der Auftraggeber (§ 34 a Abs. 1 Satz 2 GewO). Hier geht es um eine gewerbe-polizeiliche Aufgabe. Es ist daher nicht richtig, wenn die Bundesanstalt für Arbeit auf eine Erlaubnis

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



nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz in den Fällen verzichten will, in denen der Gewerbetreibende die Erlaubnis nach § 34 a GewO besitzt. Wenn diese Auffassung richtig wäre, würde die Bundesanstalt weitgehend auf die Kontrolle der Verträge zwischen Verleihern und Entleihern sowie zwischen Verleihern und Arbeitnehmern verzichten. Das wäre weder mit dem Wortlaut noch mit Sinn und Zweck des Gesetzes zu vereinbaren.

4. Damit sind alle Voraussetzungen für ein - fingiertes - Arbeitsverhältnis erfüllt. Das Zustandekommen eines solchen Arbeitsverhältnisses ist die vom Gesetzgeber gewollte Sanktion für das gesetzwidrige Verhalten der Beteiligten. Dafür trifft auch die Beklagte als Entleiher eine Verantwortung. Sie hätte wissen müssen, daß Gegenstand des Rahmenvertrages eine Arbeitnehmerüberlassung war. Sie hätte deshalb vom WWS eine Erklärung darüber verlangen müssen, daß der WWS im Besitz der nach Art. 1 § 1 AÜG erforderlichen Erlaubnis ist (Art. 1 § 12 Abs. 1 Satz 2 AÜG). Bei Zweifeln an der Richtigkeit dieser Erklärung hätte sie auf einem Nachweis bestehen müssen.

Die Fiktion des Art. 1 § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG wirkt sich zu Ungunsten der Beklagten auch dann aus, wenn sich die Beklagte über die Erlaubnispflicht geirrt haben sollte. Ein solcher Irrtum könnte ihr nicht helfen. Das Zustandekommen eines fingierten Arbeitsvertrages ist nicht vom Verschulden des Entleihers abhängig. Art. 1 § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ist eine Schutzvorschrift zugunsten der betroffenen Arbeitnehmer, die immer dann eingreift, wenn objektiv unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung betrieben wird. Der überlassene Arbeitnehmer braucht diesen Schutz; denn sein Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher ist unwirksam (Art. 1 § 9 Nr. 1 AÜG). So war es auch hier. Deshalb gilt ein Arbeitsverhältnis zu dem für den Beginn der



- 18 -

Tätigkeit vorgesehenen Zeitpunkt als zustande gekommen. Das war Ende 1974 der Fall, als der Kläger nach seiner Ausbildung seine Tätigkeit der Beklagten aufnahm.

III. Inhalt und Dauer dieses Arbeitsverhältnisses bestimmen sich nach den für den Betrieb der Beklagten geltenden Vorschriften (Art. 1 § 10 Abs. 1 Satz 4 AÜG). Es bestand als unbefristetes Arbeitsverhältnis noch im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht. Nur dann hätte es als befristetes Arbeitsverhältnis gegolten, wenn die Tätigkeit des Klägers bei der Beklagten befristet vorgesehen war, und wenn für die Befristung des Arbeitsverhältnisses ein sachlich rechtfertigender Grund vorlag (Art. 1 § 10 Abs. 1 Satz 2 AÜG). Zumindest an dieser zuletzt genannten Voraussetzung fehlt es im vorliegenden Fall.

Bei dem Erfordernis der sachlichen Rechtfertigung hat der Gesetzgeber ersichtlich an die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Zulässigkeit befristeter Verträge angeknüpft (vgl. BAG GS 10, 65 [70 ff.] = AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag [zu C der Gründel]). Danach ist die Befristung unzulässig, wenn sie objektiv funktionswidrig verwendet wird. Gibt es für die Befristung des Arbeitsvertrages keine verständigen sachlichen Gründe, kann sich der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer gegenüber nicht auf die Befristung berufen.

Die Beklagte hat nichts vorgetragen, was für die Wirksamkeit einer Befristung hätte sprechen können. Im Gegenteil: Die Leistungen, die sie vom Kläger erwartete, benötigte sie auf Dauer. Die Sicherung von Baustellen ist eine Daueraufgabe der Beklagten. Deshalb wäre der Abschluß eines befristeten Arbeitsvertrages auch dann sachlich nicht zu rechtfertigen ge-

- 19 -



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



wesen, wenn die Beklagte den Kläger unmittelbar eingestellt hätte.

Daß es sich bei der Sicherung der Baustellen um eine Daueraufgabe der Beklagten handelte, und daß die Beklagte sich die Beschäftigung des Klägers auf Dauer sichern wollte, ergibt sich aus dem unstreitigen Sachverhalt. Der Senat kann deshalb hierüber abschließend befinden. Die Beklagte legte Wert darauf, daß die von ihr eingesetzten Sicherungsposten genügend ausgebildet waren. Arbeitnehmer, die ihre Arbeitsleistung nur aufgrund einer betrieblichen Ausbildung erbringen können, werden erfahrungsgemäß nicht nur befristet auf kurze Zeit sondern wenn möglich auf Dauer beschäftigt. Daß die Beklagte den Kläger auf verschiedenen Baustellen eingesetzt hat, steht der Annahme, es handele sich um eine Daueraufgabe, nicht entgegen. Eine Befristung wäre unter diesen Umständen nur zu rechtfertigen, wenn die Beklagte den Spitzenbedarf an Sicherungsposten in einem überschaubaren Zeitraum hätte abdecken wollen. So war es hier nicht. Der WWSd stellte der Beklagten unstreitig etwa 176 Sicherungsposten laufend zur Verfügung.

IV. Da zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen ist und im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht noch bestand, mußte dem Feststellungsantrag des Klägers entsprochen werden.

gez.: Dr. Hilger

Dr. Heither

Dr. Fenge

Krebs

Nitsche

