

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

8. MRZ. 1972

34

Gesetz: BGB §§ 134, 139, 305, 611, 616; HGB § 63; AFG §§ 4, 13;
ZPO § 256

Leitsatz:

Auch wenn der "Rahmen-Vertrag" zwischen einem Unternehmer, der gewerblich Arbeitnehmerüberlassung betreibt, und seinen Vertragspartnern ("Leiharbeitnehmern") als verbotene Arbeitsvermittlung nichtig ist, können gleichwohl arbeitsvertragliche Rechte und Pflichten auch zwischen "Verleiher" und "Leiharbeitnehmer" entstehen (in Ergänzung zu BSG AP Nr. 9 zu § 37 AVAVG).

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

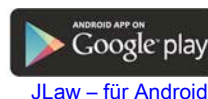
Aktenzeichen: 5 AZR 378/70

Urteil des BAG vom 8. März 1972

LAG Düsseldorf (Köln)



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



Im Namen des Volkes!

Urteilstenor zugestellt
am 8. März 1972

gez. Weinrich,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

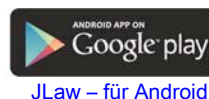
hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 27. Januar 1972 durch den Senatspräsidenten Dr. Schröder, die Bundesrichter Dr. Auffarth und Bichler sowie die Bundesarbeitsrichterin Kempe und den Bundesarbeitsrichter Dr. Hirt für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 23. September 1970 – 2 Sa 212/70 – unter Zurückweisung der Revision im übrigen aufgehoben, soweit es über den Zahlungsanspruch (Klageantrag zu Ziffer 1) entschieden hat.

– 2 –



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



Insoweit wird der Rechtsstreit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

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

Tatbestand:

Die Beklagte schloß mit einer Reihe von weiblichen Schreibkräften Verträge ab, die als "Vereinbarung über freie Mitarbeit" bezeichnet waren und folgenden Inhalt hatten:

1. Frau/Fräulein
wird durch Abschluß dieser Vereinbarung freier Mitarbeiter der V . Die V übernimmt gegenüber ihren Kunden im Rahmen einzelner Geschäftsbesorgungsverträge die Erledigung kaufmännischer, bürotechnischer und verwaltungstechnischer Sonderaufgaben. Diese bestehen vornehmlich in der Ausführung von Schreibarbeiten (deutsch und Fremdsprachen), Übersetzungen, Fotokopierungen und allgemein in Sonderarbeiten für Kunden in dringenden Bedarfsfällen. Die Erledigung dieser Arbeiten erfolgt vornehmlich in den Geschäftsräumen der Kunden. Der freie Mitarbeiter wird hierbei als Erfüllungsgehilfe der V tätig.
2. Die V gibt dem freien Mitarbeiter Gelegenheit, ihr bei der Erledigung der in Ziff. 1 genannten Aufgaben in einer seinen Wünschen und Fähigkeiten entsprechenden Weise zu helfen. Der freie Mitarbeiter kann die Ausführung eines Kundenauftrages, die die V vorschlägt, im Auftrage der V übernehmen, ist dazu aber nicht verpflichtet.

Die V ist ihrerseits nicht verpflichtet, den freien Mitarbeiter ununterbrochen oder für eine Mindestzeit tätig sein zu lassen.
3. Diese Vereinbarung ist ein Rahmenvertrag, der für sich allein keine Verpflichtungen erzeugt. Er gibt nur allgemeine Regeln für den Fall, daß der freie Mitarbeiter für die V tätig wird.

Ein Vertragsverhältnis zwischen der V und dem freien Mitarbeiter besteht immer nur befristet - vorbehaltlich Ziffer 7 dieser Vereinbarung - für die verein-

barte Zeit eines übernommenen Auftrages.

4. Der freie Mitarbeiter ist berechtigt, den Umfang seines Einsatzes und seine Arbeitszeit frei zu wählen.
5. Der freie Mitarbeiter erhält sein Honorar nach Zeit berechnet. Berechnungsgrundlage ist grundsätzlich die Zeit, die der freie Mitarbeiter am Einsatzort (beim Kunden oder in den Geschäftsräumen der V) für die V tätig war. Als Honorar ist DM pro Stunde (einschl. 10 % Zuschlag für Ausfall von Urlaubs- und Feiertagsvergütung) vereinbart.
6. Steuerlich und sozialversicherungsrechtlich werden die freien Mitarbeiter wie Arbeitnehmer behandelt. Wird eine Gewerbeanmeldung durch den freien Mitarbeiter getätigt, so entfällt Steuer- und Sozialversicherungspflicht.
7. Die V ist jederzeit berechtigt, den freien Mitarbeiter von einem Einsatzort abzurufen, in solchen Fällen wird sich die V bemühen, dem freien Mitarbeiter eine seiner Qualifikation entsprechende Ersatz-tätigkeit zu ermöglichen.

Der freie Mitarbeiter ist berechtigt, die Ausführung einer übernommenen Aufgabe einzustellen.
8. Der freie Mitarbeiter ist durch seine Tätigkeit für die V nicht gehindert, eine andere selbständige oder unselbständige Berufstätigkeit auszuüben.
9. Der freie Mitarbeiter untersteht bei der Durchführung der ihm übertragenen Aufgaben, auch wenn er sich in den Geschäftsräumen der Kunden befindet, keinerlei Weisungsrecht des Kunden. Die Art und die wesentlichen Merkmale seiner Tätigkeit bestimmt ausschließlich der freie Mitarbeiter.
10. Der freie Mitarbeiter hat die Interessen der V wahrzunehmen und seine Aufgaben gewissenhaft zu erfüllen.
11. Hat der freie Mitarbeiter eine Aufgabe übernommen, so hat er täglich auf den hierfür vorgesehenen Formularen einen Tätigkeitsnachweis aufzustellen und diesen vom Kunden abzeichnen zu lassen. Der Tätigkeitsnachweis ist der V nach Beendigung der Aufgabe, mindestens aber an jedem Wochenende, auszuhändigen.
12. Der freie Mitarbeiter verpflichtet sich zu absoluter Geheimhaltung aller Geschäftsangelegenheiten der V und ihrer Kunden, einschließlich dieser Vereinbarung.
13. Die Parteien sind sich darüber einig, daß es sich bei dieser Vereinbarung nicht um einen Arbeitsvertrag, sondern um einen Geschäftsbesorgungsvertrag über eine



selbständige Tätigkeit des freien Mitarbeiters handelt, für den die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen des Bürgerlichen Rechts gelten.

14. Änderungen dieser Vereinbarung bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform.

Die Klägerin hat in den Jahren 1968 und 1969 an acht bei ihr gegen Krankheit versicherte "Mitarbeiterinnen" der Beklagten, die bei der Firma F AG arbeiteten, für bestimmte, nicht über sechs Wochen hinausgehende Zeiträume, Krankengeld gezahlt. Die Versicherten haben ihre behaupteten arbeitsrechtlichen Ansprüche auf Fortzahlung der Arbeitsvergütung im Krankheitsfalle an die Klägerin abgetreten.

Mit der Klage hat die Klägerin diese abgetretenen Ansprüche in Höhe von insgesamt 3.832,70 DM nebst Zinsen geltend gemacht und begehrt, festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet ist, den freien Mitarbeitern das durchschnittliche Honorar für die Dauer von sechs Wochen im Krankheitsfall zu zahlen. Sie ist der Ansicht, daß die Zedentinnen Arbeitnehmer seien. Die Beklagte hat dem widersprochen und Klageabweisung beantragt.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, das Landesarbeitsgericht die Berufung der Klägerin zurückgewiesen und dazu u.a. ausgeführt: Ein Anspruch auf Fortzahlung von Vergütung im Krankheitsfalle setze eine Verpflichtung zur Dienstleistung voraus. Zur Dienstleistung seien aber die Zedentinnen nach den mit der Beklagten getroffenen Vereinbarungen gerade nicht verpflichtet gewesen. Ein Dienstverhältnis zwischen Zedentinnen und Beklagter habe auch nicht deshalb bestanden, weil sie "steuerlich und sozialversicherungsrechtlich wie Arbeitnehmer" behandelt worden seien. Ob die Verträge gegen das Vermittlungsverbot des früheren § 37 Abs. 1 AVAVG verstoßen haben, könne dahingestellt bleiben. Das begehrte Feststellungsurteil würde keine Rechtskraft für die Klägerin und gegen die Beklagte erzeugen; die Feststellungsklage sei daher unzulässig.



Mit der nach dem Streitwert zulässigen Revision verfolgt die Klägerin ihre Klageansprüche weiter, während die Beklagte um Zurückweisung des Rechtsmittels bittet.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Klägerin führt zur teilweisen Aufhebung des angefochtenen Urteils und insoweit zur Zurückweisung des Rechtsstreits an die Berufungsinstanz.

1. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung tragend darauf abgestellt, eine Verpflichtung der Zementinnen zur Dienstleistung habe auf Grund des Rahmenvertrages zwischen der Beklagten und ihren "freien Mitarbeitern" nicht bestanden. Zu Recht rügt die Revision, das Landesarbeitsgericht habe die Verträge unvollständig und unrichtig ausgelegt und bei der Auslegung gegen die gesetzlichen Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB verstoßen; es sei aufgrund dieser fehlerhaften Vertragsauslegung zu unrichtigen Ergebnissen gelangt.

Es bedarf keiner abschließenden Beurteilung durch den Senat, ob es sich - wie die Revision meint - bei den von der Beklagten verwendeten Formularverträgen um "typische Verträge" im Sinne der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ 144, 304; 155, 134), des Bundesgerichtshofs (BGHZ 5, 144; 8, 55) und des Bundesarbeitsgerichts (BAG 6, 280; 8, 91; 13, 256) handelt, denn auch die für Rechtsgeschäfte geltenden Auslegungsvorschriften sind Normen zur unmittelbaren Bewertung von Lebenssachverhalten und ein Verstoß gegen sie ist auch ohne besondere Revisionsrüge zu beachten (BAG AP Nr. 6 zu § 550 ZPO und AP Nr. 32 zu § 133 BGB).

Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung durch Auslegung und rechtliche Wertung des zwischen der Beklagten und ihren "freien Mitarbeitern" abgeschlossenen "Rahmenvertrages" gefunden. Es hat aber nicht in ausreichendem Umfange



die Frage geprüft, welche Rechtsbeziehungen zwischen der Beklagten und ihren "freien Mitarbeitern" in den Zeiträumen bestanden, während deren diese "für die Beklagte" bei Kunden der Beklagten tätig waren. Auch diese Frage mußte aber im Rahmen der Gesamtwürdigung des Sachverhaltes geprüft werden, denn mit dem Rahmenvertrag war gerade in Aussicht genommen, die "freien Mitarbeiter" bei Kunden der Beklagten zur Arbeit einzusetzen. Bei dieser Prüfung hat das Landesarbeitsgericht insbesondere in Verkenennung von § 157 BGB, das Bestehen von Dienstleistungsverpflichtungen der Zedentinnen jedenfalls für die Zeiträume zu Unrecht verneint, für die selbst nach Ziff. 3 Abs. 2 der "Vereinbarung über freie Mitarbeit" genannten Verträge Vertragsverhältnisse mit den Kunden der Beklagten zustandegekommen waren, die "freien Mitarbeiter" also innerhalb der Betriebe dieser Kunden tätig waren. Das Landesarbeitsgericht geht zwar (auf Bl. 12 seines Urteils) auf diese Zeitspannen ein, glaubt aber das Zustandekommen von Arbeitsverhältnissen auch während dieser Zeit damit verneinen zu können, da eine solche Vertragsauslegung "mit den übrigen Vertragsbestimmungen nicht zu vereinbaren" sei. Diese Ausführungen des Landesarbeitsgerichts beruhen auf unrichtiger Würdigung der getroffenen Vereinbarungen und der aus der Durchführung ersichtlichen beiderseitigen Willensrichtung; sie lassen auch die Begründung vermissen, weshalb die Unvereinbarkeit einzelner Vertragsbestimmungen des Rahmenvertrages im Vergleich zueinander gerade auf das Fehlen der Dienstleistungspflicht auch in den Zeitspannen, in denen die "freien Mitarbeiter" der Beklagten für deren Kunden tätig waren, schließen lassen sollen. Insoweit führt das Landesarbeitsgericht selbst zutreffend aus (vgl. Bl. 16 Mitte), daß die Ziffer 9 des Rahmenvertrages sicherlich nicht den tatsächlichen Verhältnissen entspreche und daher kaum zu leugnen sei, daß die Arbeit der "Mitarbeiterinnen" der Beklagten in den Betrieben, in denen sie tätig sind, überwiegend die Merkmale von Diensten trage, die in persönlicher Abhängigkeit geleistet



werden. Zum Wesen der persönlichen Abhängigkeit gehört aber gerade die Dienstleistungspflicht.

Ungeachtet der sonstigen Regelungen in dem vorerwähnten Rahmenvertrag steht deshalb zur Überzeugung des Senats der in Ziffer 3 Abs. 2 der Vereinbarung zum Ausdruck gekommene beiderseitige Vertragswille fest, "für die Zeit eines übernommenen Auftrages" ein Vertragsverhältnis mit echten Dienstleistungspflichten der "freien Mitarbeiter" zu begründen. Dieser Wille der Beklagten und ihrer "freien Mitarbeiter" ist der Entscheidung zugrunde zu legen; insoweit kommt es nicht einmal auf die Rechtsgültigkeit des Rahmenvertrages im ganzen oder einzelner seiner Bestimmungen an. Anzuknüpfen ist insoweit vielmehr allein daran, daß die "freien Mitarbeiter" tatsächlich durch die Arbeitsaufnahme bei den Kunden der Beklagten in ein Vertragsverhältnis (sei es zur Beklagten, sei es zu den Kunden) eingetreten sind. Daß dieses Vertragsverhältnis arbeitsrechtlicher Natur ist, kann nach den von der Vorinstanz getroffenen tatsächlichen Feststellungen, an die das Revisionsgericht gebunden ist (§ 561 ZPO), keinen Zweifeln unterliegen; denn das Landesarbeitsgericht weist die Tätigkeiten der Zedentinnen (Bl. 17 oben des angefochtenen Urteils) den Diensten zu, die in persönlicher Abhängigkeit geleistet werden. Zu Recht führt die Revision aus, daß auch dann ein Arbeitsverhältnis vorliegen kann, wenn - wie hier in Ziff. 13 der Rahmenvereinbarung - ausdrückliche Abreden der Annahme eines Arbeitsverhältnisses zwischen der Beklagten und ihren freien Mitarbeitern entgegenstehen, die tatsächliche Durchführung der Vertragsbeziehungen aber arbeitsrechtlicher Art ist (BAG 19, 325 329 = AP Nr. 6 zu § 611 BGB Abhängigkeit). Im übrigen lassen auch die in Ziffer 1 der Vereinbarungen genannten Dienstleistungen (wenn sie von den "freien Mitarbeitern" durch Übernahme eines Auftrages bis zu der Beendigung des Auftrages übernommen wurden) erkennen, daß diese in typisch weisungsgebundener Art verrichtet werden



müssen, sollen sie überhaupt sinnvoll erledigt werden können. Darauf weist auch das Landesarbeitsgericht zutreffend hin (Bl. 16/17 des angefochtenen Urteils). Endlich sollten die Zedentinnen nach Ziffer 6 des Rahmenvertrages "steuerlich und sozialversicherungsrechtlich" wie Arbeitnehmer behandelt werden. Der Annahme eines echten Arbeitsverhältnisses für die Zeit der Tätigkeit der freien Mitarbeiter der Beklagten würde im übrigen auch nicht entgegenstehen, wenn die freien Mitarbeiter sich jederzeit durch einseitige Erklärung von der übernommenen Dienstleistungspflicht wieder lösen konnten. Hierin würde nur die Eröffnung der Möglichkeit zur jederzeitigen Beendigung eines eingegangenen Arbeitsverhältnisses liegen, nicht aber wird durch diese Möglichkeit die Annahme eines Arbeitsverhältnisses für die Zeit der Tätigkeit bei den Kunden ausgeschlossen.

2. Zweifelhaft kann indessen sein, wer Vertragspartner (Arbeitgeber) der "freien Mitarbeiter" für die Dauer "eines übernommenen Auftrages" wurde.

Auszugehen ist davon, daß die Arbeitsleistung der Zedentinnen für und im Betriebe eines Dritten - hier bei der F AG - erfolgte. Weiter ist zu berücksichtigen, daß die "freien Mitarbeiter" hinsichtlich der von ihnen zu leistenden Arbeit zumindest auch einem Weisungsrecht der auftraggebenden Kunden der Beklagten unterlagen.

Die Frage nach der Wirksamkeit der Vereinbarungen der Beklagten mit den Zedentinnen in den zwischen diesen geschlossenen Rahmenverträgen ist für die zu treffende Entscheidung nicht ausschlaggebend. Das Landesarbeitsgericht konnte bei seiner Rechtsfindung deshalb dahingestellt sein lassen, ob diese Verträge gegen das Vermittlungsverbot des früheren § 37 Abs. 1 AVAVG (seit 1. Juli 1969: §§ 4, 13 Abs. 1 AFG) verstoßen haben. Diese Frage brauchte daher auch der erkennende Senat - der mit dem Berufungsgericht unter Beachtung von BVerfG 21, 261 (= AP Nr. 7 zu § 37 AVAVG) dazu neigt, sie zu bejahen - hier nicht abschließend zu entscheiden. Denn nach Ziffer 3 Abs. 1 der zwischen den Ze-



dentinnen und der Beklagten geschlossenen Formularverträge sollten diese - als "Rahmenverträge" bezeichnet - für sich allein keine Verpflichtungen erzeugen. Verpflichtungen sollten aber - wie schon dargelegt - nach Ziffer 3 Abs. 2 dieser Vereinbarungen "für die Zeit eines übernommenen Auftrages" bestehen. Insbesondere hatte die Beklagte den "freien Mitarbeitern", wenn sie eingesetzt waren, eine Vergütung zu zahlen. Die möglicherweise verbotene Arbeitsvermittlung liegt deshalb (nur) in dem Versprechen der Beklagten, eine Beschäftigungsmöglichkeit nachzuweisen, also in dem (für sich insoweit selbständigen) Inhalt des Rahmenvertrages. Die - wie dargelegt arbeitsvertraglichen - Verpflichtungen sind aber erst durch die mit beiderseitig rechtsgeschäftlichen Willen erfolgte Annahme und Aufnahme der Tätigkeiten der Zedentinnen bei einem Dritten und damit die Eingehung echter Arbeitsverhältnisse entstanden, nicht aber bereits durch die Rahmenverträge. Selbst wenn also die Rahmenverträge wegen Verstoßes gegen das Vermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit nichtig sein sollten (§ 134 BGB), so könnte diese Nichtigkeit als Teilnichtigkeit eben nur den Rahmenvertrag als Vermittlungsversprechen erfassen, nicht dagegen die für den Fall des Einsatzes der "freien Mitarbeiter" bei einem Kunden der Beklagten - auch selbständig - übernommene Verpflichtung der Beklagten, das Gehalt zu zahlen; denn die Übernahme der Lohn- oder Gehaltszahlungspflicht als solche hat mit einer - zeitlich vorausgegangenen und dann bereits abgeschlossenen - Arbeitsvermittlung unmittelbar nichts (mehr) zu tun. Aber auch dann, wenn Rahmenvertrag und "Annahme des nachgewiesenen Auftrages" eine Einheit bilden sollten, würde eine Nichtigkeit der Vereinbarungen über die Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung der Vergütung an die im Einsatz befindlichen "freien Mitarbeiter" nicht anzunehmen sein; jedenfalls aber müßte die Beklagte sich an die von ihr abgegebene Zusage, die Vergütung zu zahlen, halten lassen. Dies gebietet sich



schon aus der Überlegung heraus, daß sonst der auch in den Bestimmungen des AVAVG bzw. AFG liegende 'Schutzgedanke für den sozial schwächeren Arbeitnehmer in sein Gegenteil verkehrt würde. Erst wenn der Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung geltendes Recht werden sollte, wäre diese Gefahr durch § 10 dieses Gesetzentwurfes (vgl. Bundestagsdrucksache VI/2303 vom 15. Juni 1971) gebannt, weil danach ein Arbeitsverhältnis zwischen dem "Entleiher" und dem Arbeitnehmer fingiert wird, wenn der Vertrag des letzteren mit dem "Verleiher" nichtig sein sollte.

Es kann dahingestellt bleiben, ob durch die Aufnahme und Leistung der Dienste durch die "freien Mitarbeiter" bei den Kunden der Beklagten ein Arbeitsverhältnis nur zwischen den freien Mitarbeitern und den Kunden der Beklagten zustandegekommen ist (bei dem also die Kunden der Beklagten die Rechte und Pflichten eines Arbeitgebers der "freien Mitarbeiter" hatten) oder ob dadurch ein echtes Arbeitsverhältnis auch zwischen der Beklagten selbst und ihren freien Mitarbeitern begründet worden ist. Waren nur die Kunden der Beklagten Arbeitgeber der freien Mitarbeiter, so hatte die Beklagte doch für die Dauer der Beschäftigung der freien Mitarbeiter bei ihren Kunden die Lohnzahlungspflicht zumindest neben ihren Kunden übernommen. War auch die Beklagte während dieser Zeitspannen selbst Arbeitgeberin, so trifft sie die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers unmittelbar. In beiden Fällen hat sich also die Beklagte selbst zur Lohnzahlung für die Dauer des übernommenen Auftrages verpflichtet. Die Übernahme dieser Verpflichtung eine für einen Dritten geleistete Tätigkeit zu vergüten, begegnet nach den Grundsätzen der Vertragsfreiheit (§ 305 BGB) keinen rechtlichen Bedenken. Wenn man mit dem Bundessozialgericht (vgl. AP Nr. 9 zu § 37 AVAVG), das sich in anderem Zusammenhange mit einem fast wortgleichen Verträge zu befassen hatte, davon



ausgeht, daß ein Arbeitsverhältnis der Zedentinnen zur Firma F AG zustandegekommen ist, so verbietet sich deshalb nicht, daß die Beklagte einen wesentlichen Teil der Arbeitgeberpflichten, nämlich die Verpflichtung zur Gewährung der vereinbarten Vergütung (§ 611 Abs. 1 BGB) allein oder neben ihrem Kunden übernehmen konnte und – wie dargelegt – übernommen hat. Ob und inwieweit daneben insoweit auch eine Verpflichtung des "Entleihers" entstanden ist, konnte und brauchte in diesem Rechtsstreit nicht geprüft zu werden. Jedenfalls ist auch in Lehre und Schrifttum anerkannt, daß die Stellung des Arbeitgebers zwischen Verleiher und Entleiher aufgespalten sein kann (vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 1. Band, 7. Aufl., Seite 523; Nikisch, Arbeitsrecht, 1. Band, 3. Aufl., Seite 241 ff.; Kindereit, "Probleme der Leiharbeitsverhältnisse" in AuR 1971, 327 ff.).

3. Wer die Verpflichtung zur Lohn- oder Gehaltszahlung hat (§ 611 BGB), den trifft aber auch die Verpflichtung zur Lohn- oder Gehaltsfortzahlung im Krankheitsfalle nach § 616 BGB; § 63 HGB; § 1 Abs. 1 LohnFG.

Es bleibt also zu prüfen, ob die Zedentinnen Ansprüche auf Fortzahlung des Gehalts nach § 616 BGB; § 63 HGB hatten, die sie an die Klägerin abtreten konnten. Für den Einzelfall kann diese Prüfung nur durch den Tatsachenrichter erfolgen, weil tatsachenrichterliche Feststellungen für die Beantwortung dieser Frage nicht entbehrt werden können.

Generell gilt jedoch für die vorliegenden Fälle folgendes:

a) Nach Ziff. 3 Abs. 2 des Rahmenvertrages besteht ein Vertrag und damit die Lohnzahlungspflicht auch für den Krankheitsfall befristet für die Zeit eines übernommenen Auftrages. Dabei kann hier dahingestellt bleiben, ob rechtlich zulässig eine beidseitige jederzeit zulässige Beendigung des "übernommenen Auftrages" (etwa nach Ziff. 7 Abs. 1 oder 2 des Rahmenvertrages) vereinbart werden konnte, jedenfalls bleibt festzustellen, ob die Mitarbeiterin über-



haupt "abberufen wurde". Das wird regelmäßig nicht der Fall gewesen sein, wenn nach kurzen Unterbrechungen der Arbeitsleistungen, insbesondere durch Krankheit der "Mitarbeiterinnen", die Tätigkeiten beim "Kunden" der Beklagten ohne erneute Zuweisung wieder aufgenommen wurden. Auf Seiten der "Mitarbeiterinnen" hat in solchen Fällen schon nach dem Geschehensablauf und den tatsächlichen Umständen nicht die Absicht vorgelegen, "die Ausführung einer übernommenen Aufgabe einzustellen" (Ziff. 7 Abs. 2 des Rahmenvertrages).

b) War die Unterbrechung des "übernommenen Auftrages" krankheitsbedingt, so konnte der Gehaltsfortzahlungsanspruch der "Mitarbeiterinnen" aus einem noch laufenden übernommenen Auftrag und damit aus einem noch bestehenden Arbeitsverhältnis auch nicht vertraglich ausgeschlossen werden (§ 616 Abs. 2 Satz 1 BGB; § 63 Abs. 1 Satz 4 HGB). Gegenteilig lautende oder auszulegende Vertragsabsprachen wären schon deshalb nichtig (§ 134 BGB).

c) Daran könnte nichts ändern, wenn es die Zedentinnen – wie die Beklagte vorgetragen hat – unterlassen haben sollten, sich bei der Beklagten (oder der Firma F AG) krank zu melden bzw. ihr Fernbleiben mit Krankheit zu entschuldigen. Denn der Anspruch aus § 616 BGB; § 63 HGB ist nicht von einer (sofortigen oder unverzüglichen) Krankmeldung abhängig. Ob in Fällen unterlassener Krankmeldung ein zeitweises Leistungsverweigerungsrecht des Dienstberechtigten hinsichtlich der Entgeltsfortzahlung im Krankheitsfall besteht, bedarf hier keiner Entscheidung. Sicher ist es aber im Rahmen der Vertragsfreiheit zulässig, auf die Anzeige einer Krankheit zu verzichten.

d) Es kommt deshalb darauf an, ob die Arbeit der Zedentinnen im Rahmen der "übernommenen Aufträge" wegen und aus Anlaß ihrer mit Arbeitsunfähigkeit verbundenen Erkrankungen unterbrochen wurde. War dies der Fall, dann haben sie auch einen Anspruch auf Fortzahlung der vereinbarten Vergütung gegenüber der Beklagten für die Dauer des übernommenen Auftrages in den Grenzen und nach näherer Maßgabe



des § 616 Abs. 2 BGB; § 63 Abs. 1 HGB.

e) Hinsichtlich der Höhe des Anspruchs sind die Zedentinnen so zu stellen, wie wenn sie in der Zeit einer - von ihnen nachzuweisenden - Krankheit gearbeitet hätten. Dabei ist zu beachten, daß es für Angestellte eine dem § 1 Abs. 2 Nr. 2 LohnFG ähnliche Vorschrift, die eine bestimmte regelmäßige Mindestarbeitszeit für die Anspruchsentstehung fordert, nicht gibt. Lediglich dann, wenn die Angestellte (Mitarbeiterin) keinerlei regelmäßige Arbeitsleistung erbracht haben sollte, wie es ihr der Rahmenvertrag ermöglicht, könnte man davon ausgehen, daß sie die übernommene Aufgabe jeweils nach Beendigung einer zusammenhängenden Arbeitszeit wieder "eingestellt" hat (um mit den Worten von Ziffer 7 Abs. 2 des Rahmenvertrages zu sprechen). Im übrigen läge dann eine zulässige Ausgestaltung der Arbeitspflicht vor, die dem Sachverhalt ähnlich wäre, den das Bundesarbeitsgericht zu § 1 FeiertagslohnzG entschieden hat (vgl. AP Nr. 24 zu § 1 FeiertagslohnzG). Dort hat der Dritte Senat in seiner Entscheidung vom 14. Juli 1967 bei entsprechendem rechtsgeschäftlichen Willen und tatsächlichem Geschehensablauf sog. "Eintagsarbeitsverhältnisse" für zulässig erachtet, insbesondere auch nicht als unzulässige Kettenarbeitsverhältnisse angesehen. Im übrigen wäre die Klägerin - wie bereits erwähnt - beweispflichtig für die Behauptungen, daß die Arbeitsleistungen der Zedentinnen nur wegen deren Erkrankungen nicht erbracht werden konnten. Wird ihr dieser Beweis bei regelmäßig beschäftigt gewesenen "Mitarbeiterinnen" der Beklagten nicht schwer fallen, so erscheint in den letzterwähnten Fällen eine erfolgreiche Beweisführung kaum möglich.

4. Das Landesarbeitsgericht wird deshalb zu prüfen und festzustellen haben, ob die einzelnen Zedentinnen regelmäßig und gegebenenfalls in welchem Umfange im Rahmen der von ihnen übernommenen Aufträge beschäftigt waren. Es wird weiter zu prüfen haben, ob die Beklagte die während ihres Einsatzes bei einem Kunden der Beklagten erkrankten "Mitarbeiterinnen" vor Eintritt ihrer krankheitsbedingten Arbeitsverhinderungen



vom Einsatzort "abberufen" hat bzw. wenn dies erfolgt sein sollte, ob die Abberufung aus Anlaß des Krankheitsfalles erfolgt ist (§ 616 Abs. 2 Satz 2 BGB; § 63 Abs. 1 Satz 2 HGB). Ebenso müssen sich seine Feststellungen darauf erstrecken, ob die Zedentinnen die übernommene Aufgabe vor Eintritt der mit Arbeitsunfähigkeit verbundenen Erkrankung eingestellt haben oder nicht. Endlich bedarf es einer tatrichterlichen Aufklärung und Feststellung darüber, ob die jeweiligen Erkrankungen (einziger) Anlaß für die Unterbrechung der Arbeitsleistung waren, anders ausgedrückt, ob die einzelnen Zedentinnen gearbeitet hätten, wären sie nicht krank gewesen.

5. Das Feststellungsbegehren (Klageantrag zu 2) hat das Landesarbeitsgericht demgegenüber mit zutreffenden Erwägungen für unzulässig angesehen. Das Berufungsgericht hat frei von Rechtsfehlern erkannt, daß das begehrte Feststellungsurteil keine Rechtskraft für die Klägerin und gegen die Beklagte in einer konkreten zwischen ihnen streitigen Frage erzeugen, also auf die (unzulässige) Beantwortung einer abstrakten Rechtsfrage hinauslaufen würde. Abgesehen von den geltend gemachten abgetretenen Ansprüchen besteht – wie das Landesarbeitsgericht zutreffend darlegte – zwischen den Parteien dieses Rechtsstreites kein Rechtsverhältnis im Sinne des § 256 ZPO. Die dagegen von der Revision angeführten und nicht näher begründeten Bedenken schlagen demgegenüber nicht durch. Auch Rechtsfragen, die erst für die künftige Entstehung von Rechtsverhältnissen Bedeutung haben (das wäre bei der Klägerin als großer Ersatzkasse durchaus denkbar) bleiben abstrakte Rechtsfragen (vgl. Thomas-Putzo, ZPO, 4. Aufl., § 256 Anm. 3 b mit weit. Rspr.-Hinweisen).

Insoweit war deshalb die Revision der Klägerin zurückzuweisen, im übrigen bedarf es noch tatrichterlicher Feststellungen, weshalb die Zurückverweisung des Rechtsstreits



gez. Dr. Schröder Dr. Auffarth Bichler
M. Kempe Dr. Hirt

