

Bundessozialgericht
- 7/12/7 RAr 58/76 -

I m N a m e n d e s V o l k e s

U r t e i l
in dem Rechtsstreit

.....,
Kläger und Revisionskläger,
Prozeßbevollmächtigte:,

g e g e n

.....,
Beklagte und Revisionsbeklagte.

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat ohne
mündliche Verhandlung am 21. März 1978
für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des
Landessozialgerichts für das Saarland vom
28. Januar 1976 aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Ent-
scheidung an das Landessozialgericht zurück-
verwiesen.

- 2 -



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



- 2 -

G r ü n d e :

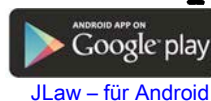
I

Die Beteiligten streiten darüber, ob die Arbeiter der Firma B & E GmbH, die von dem Kläger als Mitgesellschafter geführt worden war und die er inzwischen allein übernommen hat, im Winter 1968/69 und im Winter 1969/70 Schlechtwettergeld (SWG) zu erhalten hatten und ob dem Kläger das an die Arbeiter vorgeschossene SWG zu erstatten ist.

Der Kläger, von Beruf Maurer, gründete Anfang Oktober 1968 zusammen mit dem Maurer Klaus E. den Maurerbetrieb B & E GmbH (B.u.E. GmbH) mit dem Sitz in B. Die Firma wurde in die Handwerksrolle mit der Bemerkung eingetragen, in dem Betrieb müsse ständig ein Maurermeister beschäftigt sein. Die Firma schloß im November 1968 mit dem Maurermeister Winfried P. (P.) einen Dienstvertrag, nach dem P. als technischer Leiter bei der Firma eintreten sollte. Die Firma errichtete den Rohbau eines Zweifamilienhauses in Saarlouis. In der Schlechtwetterzeit 1968/69 führte sie für die Bauunternehmung W Maurerarbeiten an einer Zellstofffabrik bei Mannheim aus; in der Schlechtwetterzeit 1969/70 setzte sie ihre Arbeiter für die Bauunternehmung S an dem Bauvorhaben C. in Frankental-Mörsch und für die Firma Carl B an einem Rohbau für die B in I ein. In dem Betrieb der B.u.E. GmbH fanden der Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe (BRTV) und der Lohnausgleichs-Tarifvertrag (Bau)- LTV - Anwendung. Die Firma war Mitglied der Lohnausgleichskasse für das Baugewerbe. 1970/1971 stellte die B.u.E. GmbH ihre Tätigkeit ein. Im März 1971 wurde sie im Handelsregister gelöscht. Ihr Vermögen übernahm der Kläger. Er fand den Mitgesellschafter (E) ab und führte den inzwischen anhängigen Rechtsstreit mit der Beklagten weiter.



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



- 3 -

Die B.u.E. GmbH hatte am 30. Mai 1969 für die Zeit vom 1. Dezember 1968 bis 31. März 1969 die Gewährung von SWG beantragt. Das Arbeitsamt lehnte den Antrag ab, weil die Firma keinen unter den Geltungsbereich des BRTV fallenden Baubetrieb betreibe und ihre Geschäftstätigkeit lediglich darin bestehe, Arbeitskräfte anzuwerben, um sie an andere Betriebe des Baugewerbes zu verleihen (Bescheid vom 20. Oktober 1969; Widerspruchsbescheid vom 24. Februar 1970). Die B.u.E. GmbH erhob Klage.

Den am 29. Mai 1970 für die Zeit vom 1. Dezember 1969 bis 31. März 1970 gestellten SWG-Antrag lehnte das Arbeitsamt mit derselben Begründung am 15. Juni 1970 ab. Es erteilte die Belehrung, daß dieser Bescheid Gegenstand des anhängigen Rechtsstreits werde.

Das Sozialgericht (SG) hat Beweis über die Art der von der klägerischen Firma ausgeführten Arbeiten erhoben durch Vernehmung der Zeugen W. und P. Durch Urteil vom 3. Oktober 1974 hat es die angefochtenen Bescheide, darunter auch den Bescheid vom 15. Juni 1970, aufgehoben und die Beklagte zur Gewährung von SWG verurteilt.

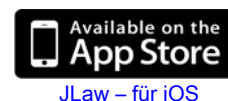
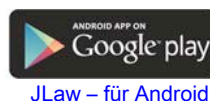
Das Landessozialgericht (LSG) hat Auskünfte der Handwerkskammer des Saarlandes und der Architektenkammer des Saarlandes, insbesondere über die Eignung des Betriebes des Klägers, eingeholt. Durch Urteil vom 28. Januar 1976 hat es das angefochtene Urteil des SG aufgehoben und die Klage abgewiesen. Es hat im wesentlichen ausgeführt: Die Firma B.u.E. GmbH könne nicht als Betrieb des Baugewerbes angesehen werden. Verleihfirmen seien keine "Unternehmen des Baugewerbes". Die B.u.E. GmbH habe zwar einen Rohbau errichtet; unstreitig hätten auch die Arbeitnehmer Bauleistungen erbracht. Entscheidend sei aber, ob eine Firma tatsächlich und rechtlich in der Lage sei, eigenverantwortlich und selbständig bauliche Leistungen zu erbringen und ob der Betrieb nach Zweckbestimmung und betrieblicher Einrichtung darauf ausgerichtet sei. Nach der Aussage

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

- 4 -



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



- 4 -

des Zeugen P. sei dieser bei einer anderen Firma beschäftigt gewesen und habe nur nebenbei für die Firma B.u.E. GmbH Beratertätigkeit ausgeübt. Das Dienstverhältnis sei nach etwa sechsmonatiger Dauer langsam eingeschlafen. Gemäß § 7 Abs 4 der Handwerksordnung (HwO) hätte der Betrieb der Firma B.u.E. GmbH einen sachkundigen Betriebsleiter beschäftigen müssen. Das gleiche ergebe sich aus den §§ 77 bis 80 der Landesbauordnung. Da die Firma B.u.E. GmbH diesen Vorschriften nicht genügt habe, sei sie nicht in der Lage gewesen, verantwortlich eigene Bauleistungen zu erbringen, und ihre Tätigkeit habe daher im wesentlichen darin bestanden, Arbeitskolonnen zur Verfügung zu stellen und diese bzw deren Arbeit von Polieren der Hauptunternehmen überwachen zu lassen.

Mit der zugelassenen Revision rügt der Kläger eine Verletzung des § 143 d des Gesetzes über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (AVAVG) und des § 74 Arbeitsförderungsgesetz (AFG). Er führt dazu aus: Ein Betrieb verliere seine Eigenschaft als Betrieb des Baugewerbes nicht deshalb, weil dieser Betrieb keinen sachkundigen Betriebsleiter mehr habe. Ein Unternehmen könne auch dann ein Betrieb des Baugewerbes sein, wenn es nicht in der Handwerksrolle eingetragen sei. Das ergebe sich bereits aus § 13 Abs 2 HwO, wonach die Löschung in der Handwerksrolle vorzunehmen sei, wenn der Gewerbebetrieb nicht handwerksmäßig, sondern industriemäßig betrieben werde. Weiter folge aus § 117 HwO, daß ein Gewerbebetrieb auch dann möglich sei, wenn er die Voraussetzungen des § 1 HwO nicht erfülle. Im übrigen habe die Firma B.u.E. GmbH bauliche Leistungen selbst ausgeführt. Sie habe nicht nach Arbeitsstunden abgerechnet, sondern nach Aufmaß. Auch habe sie nicht wie eine Verleihfirma lediglich bei Auswahlverschulden haftet, sondern sie habe nach den Gewährleistungsvorschriften für alle Mängel in vollem Umfange aufkommen müssen.

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

- 5 -



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

- 5 -

Der Kläger beantragt sinngemäß,

das Urteil des LSG für das Saarland vom
28. Januar 1976 aufzuheben und die
Berufung der Beklagten gegen das Urteil
des SG für das Saarland vom 3. Oktober 1974
zurückzuweisen.

Die Beklagte beantragt,

die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

Sie hält das Urteil des LSG für zutreffend.

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung
durch Urteil ohne mündliche Verhandlung einver-
standen erklärt (§ 124 Abs 2 Sozialgerichtsgesetz
-SGG-).

II

Die Revision ist zulässig und in dem Sinne
begründet, daß das angefochtene Urteil aufzuheben
und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung
an das LSG zurückzuverweisen ist.

Die Revision ist nicht etwa deshalb begründet,
weil das vorangegangene Verfahren an einem Mangel (hier
notwendige Beiladung) leidet. Zwar ist auch in der
Revisionsinstanz ein dem Verfahren aus den Vorinstanzen
anhaftender Mangel dann zu berücksichtigen, wenn es sich
um einen in der Revisionsinstanz fortwirkenden Verstoß
gegen einen verfahrensrechtlichen Grundsatz handelt, der
im öffentlichen Interesse zu beachten ist und dessen
Befolgung dem Belieben der Beteiligten entzogen ist (BSG
SozR Nr 33 zu § 162 SGG; Baumbach/Lauterbach, Kommentar
zur ZPO, § 559 Anm 2 C; Stein/Jonas, Kommentar zur ZPO,
19. Aufl, § 559 Anm IV 2 a). Als ein solcher von Amts

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

- 6 -



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



- 6 -

wegen zu beachtender Mangel ist auch das Unterlassen einer notwendigen Beiladung nach § 75 Abs 2, Alternative 1 Sozialgerichtsgesetz (SGG) bei einer zulässigen Revision von Amts wegen zu beachten (BSG SozR 1500 § 75 Nr 1). Im Verfahren über die Gewährung von SWG ist die Betriebsvertretung notwendig beizuladen (BSG SozR 1500 § 75 Nr 10). Im vorliegenden Falle war aber eine Beiladung deshalb nicht erforderlich, weil im Betrieb der B.u.E. GmbH ersichtlich keine Betriebsvertretung bestand.

Ferner liegt ein Verfahrensmangel nicht darin, daß der Kläger an die Stelle der ursprünglich klagenden B.u.E. GmbH in den Prozeß eingetreten ist. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob es sich um einen Parteiwechsel gehandelt hat, der den Charakter einer Klageänderung (§ 99 SGG) gehabt hat. Das erscheint deshalb zweifelhaft, weil der Kläger als Gesamtrechtsnachfolger durch Auseinandersetzung mit dem Mitgesellschafter die Rechte der ursprünglich klagenden GmbH übernommen und damit an deren Stelle getreten sein kann (vgl dazu BSGE 8, 113, 114, 115; Meyer-Ladewig, Kommentar zum SGG § 99 Anm 7). Auf jeden Fall ist im sozialgerichtlichen Verfahren ein Parteiwechsel als Klageänderung auch noch in der Berufungsinstanz zulässig (BSGE 8, 113, 114, 115). Im übrigen hat die Beklagte dem Eintritt des Klägers in den Prozeß nicht widersprochen, und er ist von den Gerichten der Vorinstanzen stillschweigend genehmigt worden (vgl Meyer-Ladewig, § 99 Anm 11).

SG und LSG haben zu Recht über den Bescheid vom 15. Juni 1970 mitentschieden. Gegenstand der am 25. März 1970 erhobenen Klage war zunächst nur der Bescheid der Beklagten vom 20. Oktober 1969 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 24. Februar 1970. Der danach ergangene Bescheid vom 15. Juni 1970 wurde allerdings nicht, wie die Beklagte die Antragstellerin belehrt hat, Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens

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

- 7 -



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



- 7 -

nach § 96 SGG. Nach dieser Bestimmung wird ein Verwaltungsakt, der nach Klageerhebung ergeht, nur dann Gegenstand des anhängigen Verfahrens, wenn er den bereits angefochtenen Verwaltungsakt abändert oder ersetzt. Diese Wirkung hat der Bescheid vom 15. Juni 1976 gegenüber dem ursprünglich erlassenen Verwaltungsakt nicht gehabt. Zwar ist § 96 SGG weit auszulegen. Im Interesse einer "sinnvollen Prozeßökonomie" (BSG SozR Nr 14 zu § 96 SGG) soll ein schnelles und zweckmäßiges Verfahren dadurch ermöglicht werden, daß der neue Bescheid nachgeprüft werden kann, ohne daß eine neue Klage oder eine gewillkürte Klageänderung erforderlich ist (BSGE 18, 31, 34). Außerdem soll die Bestimmung abweichende gerichtliche Entscheidungen vermeiden und dadurch die Rechtssicherheit fördern (BSG SozR Nr 14 zu § 96 SGG). Schließlich dient § 96 SGG dem Schutz des Betroffenen vor der Gefahr, daß ihm Rechtsnachteile erwachsen, falls er im Vertrauen auf den von ihm eingelegten Rechtsbehelf weitere Schritte unterläßt (BSG aaO; BSGE 5, 13, 16). Unter Berücksichtigung dieser Normziele ist § 96 SGG auch dann (entsprechend) anzuwenden, wenn sich der neue Verwaltungsakt nicht auf den Streitgegenstand "im engeren Sinne" bezieht, mag er auch den ursprünglich angefochtenen Bescheid weder abändern noch ersetzen; vielmehr reicht es aus, wenn der spätere Bescheid im Rahmen eines Dauerrechtsverhältnisses ergangen ist und ein streitiges Rechtsverhältnis regelt, das sich an den von dem angefochtenen Verwaltungsakt erfaßten Zeitraum anschließt (BSG SozR Nr 14 zu § 96; BSGE 34, 255, 257; SozR 3660 § 2 Nr 1). In diesem Falle besteht ein die Anwendbarkeit des § 96 SGG rechtfertigender "innerer Zusammenhang" (BSGE 25, 161, 163) zwischen älterem und neuerem Verwaltungsakt.

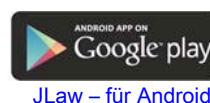
Selbst bei einem derart weiten Verständnis des § 96 SGG kann nicht mehr davon ausgegangen werden, daß der Bescheid vom 15. Juni 1976 ohne ein darauf gerichtetes Verhalten der Beteiligten in den Prozeß einbezogen war. Hinsichtlich der SWG-Ansprüche für die verschiedenen Schlechtwetterperioden

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

- 8 -



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



- 8 -

besteht weder zwischen den Arbeitnehmern und der Bundesanstalt (BA) noch zwischen dem Arbeitgeber und der BA ein Dauerrechtsverhältnis, das die Zeiten zwischen den verschiedenen Schlechtwetterperioden überdauert.

Indem der Kläger aber bereits vor dem SG beantragt hat, den Bescheid vom 15. Juni 1970 aufzuheben und ihm SWG auch für die Periode 1969/70 zu gewähren, änderte er seine Klage entsprechend. Die Beklagte widersprach dem nicht. Das SG erkannte insofern die Klageerweiterung als zweckmäßig an, als es ohne weitere Erörterung über diesen prozessualen Anspruch mit entschied. Diese verfahrensrechtliche Beurteilung ist nicht zu beanstanden (Meyer-Ladewig § 99 Anm 11 mit weiteren Nachweisen). Einer Entscheidung über diesen Teil des Streitgegenstandes stand nicht entgegen, daß es hinsichtlich des Bescheides vom 15. Juni 1970 an einem Vorverfahren fehlte. Bei der Einbeziehung eines späteren Bescheides aufgrund des § 96 SGG ist anerkannt, daß ein Vorverfahren bezüglich des späteren Bescheides nicht erforderlich ist (BSGE 4, 24, 26; BSG SozR Nr 16 zu § 96; Brackmann, Handbuch der Sozialversicherung, I/2, 242 s). Wird der neue Bescheid jedoch aufgrund einer gewillkürten Klageänderung in den Rechtsstreit eingeführt, bedarf es grundsätzlich des Vorverfahrens. Das SG hat dann, falls das Vorverfahren nicht durchgeführt ist, den Beteiligten Gelegenheit zur Nachholung des Vorverfahrens zu geben (BSGE 8, 10; 20, 199; 25, 66; Meyer-Ladewig, § 78 Anm 3; § 99 Anm 10). Die besondere Gestaltung des vorliegenden Falles läßt jedoch das Vorverfahren als entbehrlich erscheinen. Die Antragsteller waren nämlich von der den Bescheid erlassenden Stelle, die auch über den Widerspruch zu entscheiden gehabt hätte (§ 146 AFG), belehrt worden, daß ein Widerspruchsbescheid nicht zu ergehen habe, sondern daß der Bescheid vom 15. Juni 1970 Gegenstand des anhängigen Verfahrens

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

- 9 -



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

- 9 -

werde. Wenn in diesem Falle der Adressat des Bescheides diesen durch seinen Antrag in den anhängigen Prozeß einbezog, die Beklagte damit einverstanden war und der Prozeß seinen Fortgang nahm, so wäre es mit Sinn und Zweck der Bestimmungen, die das Vorverfahren vorsehen (§§ 77 ff SGG), nicht zu vereinbaren, wollte man dennoch auf einer Durchführung des Vorverfahrens bestehen. Das gilt auf jeden Fall dann, wenn es, wie hier, um dieselbe Rechtsfrage wie in den zunächst angefochtenen Bescheiden geht. Die §§ 77 ff SGG haben nämlich den Sinn, das gerichtliche Verfahren dadurch zu entlasten, daß zunächst eine erneute Überprüfung des beanstandeten Bescheides durch die Verwaltungsbehörde erfolgt. Im vorliegenden Falle ist dieser Zweck jedoch nicht mehr zu verwirklichen, so daß das Verlangen, das Vorverfahren müsse auch hinsichtlich des nachträglich einbezogenen Bescheides zunächst abgeschlossen sein, lediglich zu einer sinnwidrigen Verzögerung des Rechtsstreits führen würde.

Der Kläger ist als Rechtsnachfolger der Firma B.u.E. GmbH berechtigt, die SWG-Ansprüche geltend zu machen.

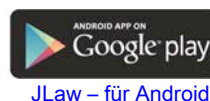
Auszugehen ist für die Schlechtwetterperiode 1968/1969 von den §§ 143 d ff AVAVG in der vor dem Inkrafttreten des AFG geltenden Fassung. Für den Zeitraum vom 1. Dezember 1969 bis 31. März 1970 sind die §§ 74 ff des AFG vom 25. Juni 1969 (BGBl I, 582) in der ursprünglichen Fassung anzuwenden. Sowohl nach den Bestimmungen des AVAVG wie auch nach denen des am 1. Juli 1969 in Kraft getretenen AFG (§ 251 AFG) ist der SWG-Anspruch so geregelt, daß er materiell zwar den Arbeitnehmern zusteht, die durch Schlechtwetter einen Lohnausfall erlitten haben, daß aber allein der Arbeitgeber die Rechte der Arbeitnehmer im eigenen Namen geltend zu machen befugt ist (§§ 143 f, 143 l, AVAVG; §§ 74, 79 AFG aF). Abweichend von der üblichen Leistungsgewährung, bei der der Anspruchsberechtigte selbst dazu berufen ist, die Voraussetzungen für die Gewährung nachzuweisen und den Anspruch geltend zu machen,

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

- 10 -



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



- 10 -

wurden beim SWG in Anpassung an die besonderen Verhältnisse diese Nachweis- und Mitwirkungspflichten dem Arbeitgeber auferlegt. Dieser hat den Arbeitsausfall anzuzeigen, den Antrag auf Gewährung des SWG zu stellen und die Voraussetzungen dafür nachzuweisen. Er unterliegt der Kontrolle durch das Arbeitsamt, das insbesondere Einsicht in seine Geschäftsbücher, Geschäftsunterlagen und Belege nehmen kann. Der Arbeitgeber, nicht der Arbeitnehmer, ist Adressat des Bewilligungsbescheides und hat das SWG zu errechnen und auszuzahlen. Das Verfahren ist so gestaltet, daß das Arbeitsamt es nur mit dem Arbeitgeber zu tun haben soll, während sich der einzelne Arbeitnehmer wegen des SWG - ebenso wie wegen des Arbeitslohnes, an dessen Stelle es tritt - nur an seinen Arbeitgeber halten soll (BSGE 33, 64, 67 = SozR Nr 5 zu § 143 I AVAVG). Der Arbeitnehmer selbst hat keine eigene gerichtliche Durchsetzungsbefugnis. Vielmehr handelt für ihn der Arbeitgeber in Prozeßstandschaft. Bei dieser Rechtslage verbleibt es auch, wenn bereits Beträge in Höhe des SWG von dem Arbeitgeber an die Arbeitnehmer ausgezahlt worden sind. Auch wenn das SWG vom Arbeitgeber bereits gezahlt worden ist, bleibt das Recht des einzelnen Arbeitnehmers auf SWG, auf "Leistung", alleinige Anspruchsgrundlage für die Geltendmachung desselben durch den Arbeitgeber in eigenem Namen (BSGE 22, 181, 183). Der Arbeitgeber kann allerdings infolge seiner Rechtsstellung, aufgrund derer er das SWG an die Arbeiter vorschießt, die Auszahlung des SWG durch die Beklagte an sich selbst verlangen.

Arbeitgeberin der Arbeiter, die im vorliegenden Falle durch den Ausfall während der Schlechtwetterzeit 1968/1969 und 1969/1970 betroffen waren, war die B.u.E. GmbH. Dadurch, daß der Kläger das Vermögen der GmbH aufgrund einer Vereinbarung mit dem einzigen weiteren Gesellschafter (F) übernommen und deren nach außen wirkende Rechte erworben hat, ist er auch in die Rechtsstellung eingetreten, die die B.u.E. GmbH als Arbeitgeberin gegenüber der Beklagten hatte

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



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



- 11 -

und kraft derer sie die Rechte der Arbeiter gegenüber der Beklagten wahrzunehmen hatte.

Die Beklagte hält dem Kläger zwar entgegen, der Betrieb der B.u.E. GmbH, dessen Rechte der Kläger erworben hat, sei kein Betrieb des Baugewerbes gewesen. Vielmehr habe dieser Betrieb lediglich das Geschäft eines Verleihers von Arbeitskräften betrieben. Das LSG hat die Tätigkeit der B.u.E. GmbH in gleicher Weise rechtlich gewürdigt. Dagegen haben die Arbeitnehmer der Firma nach den Feststellungen des LSG Bauarbeiten geleistet. In der Tat wäre eine Gestaltung denkbar, bei der ein Betrieb bei ihm selbst beschäftigte Arbeitnehmer lediglich an Baufirmen "verleiht", wobei dann die Arbeitnehmer Bauarbeiten ausführen würden, während der ausleihende Betrieb selbst keinen "Betrieb des Baugewerbes" darzustellen brauchte. Auch in diesem Falle wäre die verleihende Firma (vorliegend also die B.u.E. GmbH) jedoch berechtigt, für ihre Arbeitnehmer den Antrag auf Auszahlung des SWG zu stellen, diesen das SWG vorzuschießen und den Anspruch der Arbeiter eigenen Namens als Prozeßstandschafter geltend zu machen.

Das folgt aus Sinn und Zweck der Vorschriften, die dem Arbeitgeber die Durchsetzungsbefugnis hinsichtlich des SWG-Anspruches zubilligen und aus dem besonderen Charakter des Leiharbeitsverhältnisses.

Das SWG ist eine auf Lohnausfallvergütung gerichtete Leistung besonderer Art, die im Rahmen der übrigen Maßnahmen zur Förderung der ganzjährigen Beschäftigung in der Bauwirtschaft geregelt ist. Sie verfolgt den Zweck, die früher weitgehend übliche Entlassung von Arbeitnehmern des Baugewerbes zu Beginn der Schlechtwetterperiode zu vermeiden. Sie dient damit sowohl dem Schutz des einzelnen Arbeitnehmers vor periodisch eintretender Arbeitslosigkeit als auch der Leistungsfähigkeit der Baubetriebe, die so ihre eingearbeitete Belegschaft während dieser Zeit halten können, ohne bei witterungsbedingtem Arbeitsausfall Lohn



zahlen zu müssen. Wenn der Gesetzgeber zur Erreichung dieses Zweckes den versicherungsrechtlichen Weg gewählt hat, dem einzelnen Arbeitnehmer einen persönlichen Anspruch gegen die Beklagte zu gewähren, so ist dieser Anspruch doch nach seiner Entstehung und seinen Voraussetzungen eng mit dem Beschäftigungsverhältnis verbunden (vgl BSG SozR Nr 5 zu § 143 1 AVAVG).

Die Voraussetzungen des SWG-Anspruchs lassen sich unterteilen in betriebliche Voraussetzungen (§ 74 AFG aF; § 143 d AVAVG), sachliche (§ 75 AFG aF, § 143 e AVAVG) und persönliche (§ 76 AFG aF, § 143 f AVAVG). Die betrieblichen und sachlichen Voraussetzungen lassen sich am leichtesten durch den Arbeitgeber nachweisen. Dementsprechend hat das Verfahren bei der Bewilligung und Feststellung des SWG eine besondere Ausgestaltung gefunden, die dem Arbeitgeber die dargestellte Durchsetzungsbefugnis in eigenem Interesse und dem der Arbeitnehmer zuweist.

Zu den Voraussetzungen des materiell-rechtlichen Anspruchs gehört es, daß der Arbeiter, für den ein SWG-Anspruch geltend gemacht wird, "in Betrieben des Baugewerbes" während der Schlechtwetterzeit tätig ist und daß der Arbeitsausfall durch Schlechtwetter eintritt. Ist der Betrieb, in dem der Arbeitnehmer seine Arbeit verrichtet, identisch mit dem Betrieb, zu dem er in einer arbeitsrechtlichen Beziehung steht, so wirft die Regelung der Antragsbefugnis und der Prozeßstandschaft insofern keine Zweifelsfragen auf, als nach dem Willen des Gesetzes unzweifelhaft der Inhaber des Baubetriebes als Arbeitgeber des Arbeiters berufen ist, den Anspruch des betreffenden Arbeitnehmers gegen die Beklagte geltend zu machen. Das Leiharbeitsverhältnis ist aber dadurch gekennzeichnet, daß eine dreiseitige Beziehung besteht. Für die Leiharbeit ist die Beteiligung dreier Rechtssubjekte charakteristisch:

1. des Unternehmens für Leiharbeit
2. des Beschäftigungsunternehmens
3. des Leiharbeitnehmers.



Im arbeitsrechtlichen Schrifttum ist umstritten, ob zwischen diesen Rechtssubjekten vertragliche Beziehungen in zweifacher oder in dreifacher Richtung bestehen. Streitig ist insbesondere die Frage, ob der Leiharbeiter auch zu dem Beschäftigungsunternehmen in vertragliche Beziehungen tritt (so die Theorie vom Doppelarbeitsvertrag: Hessel, BB 70, 308; Nikisch, Lehrbuch des Arbeitsrechtes, Band 1, 3. Aufl, S 244) oder ob zwischen dem Unternehmen für Leiharbeit und den Beschäftigungsunternehmen lediglich eine Aufspaltung der Arbeitgeberfunktionen stattfindet (so die Theorie vom Einzelarbeitsvertrag: Becker, Arbeitsrechtliche Probleme der Teilzeitbeschäftigung, Frankfurter Dissertation, 1970, S 52; NJW 1971, 691; Trieschmann, Das Leiharbeitsverhältnis, Betrieb 1956, Heft 39, Beilage Nr 16). Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat in seinem Urteil vom 4. April 1967 (BVerfGE 21, 261, 266, 267) verbotene Arbeitsvermittlung dann angenommen, wenn der zugewiesene Arbeitnehmer in den Betrieb der "dritten Person" derart eingeordnet werde, daß er nach der ganzen Gestaltung der gegenseitigen Beziehungen, wenn auch nur auf kurze Dauer, deren Arbeitnehmer werde. Dabei sei es unwesentlich, daß der zugewiesene Arbeitnehmer gleichzeitig an ein irgendwie geartetes Vertragsverhältnis zu dem zuweisenden Unternehmer gebunden bleibe. In einem solchen Falle liege eindeutig von dem Monopol erfaßte Arbeitsvermittlung vor und der Bestimmung des § 37 Abs 3 AVAVG, die das BVerfG als mit Art 12 des Grundgesetzes (GG) unvereinbar angesehen hat, bedürfe es dann praktisch nicht.

Für den vorliegenden Fall bedarf es keiner Entscheidung in diesem Streit rechtlicher Auffassungen. Nach der Theorie vom Einzelarbeitsvertrag entstehen bei der Leiharbeit vertragliche Beziehungen lediglich in zweifacher Richtung, nämlich ein zwischen dem Unternehmen für Leiharbeit und dem Leiharbeiter zustande gekommener Arbeitsvertrag und ein zwischen dem Unternehmen für Leiharbeit und dem Beschäftigungsunternehmen abzuschließender Arbeitnehmer-



überlassungsvertrag, der dann zu einer teilweisen Übertragung des dem Unternehmen für Leiharbeit als Arbeitgeber zustehenden Direktionsrechts auf den "Entleiher" führt. Auch nach diesem rechtlichen Verständnis kommt es zu der für das Leiharbeitsverhältnis ganz offensichtlichen "Spaltung des Arbeitsverhältnisses", wie es allgemein in der Literatur hervorgehoben wird. Nach der Theorie vom Einzelarbeitsvertrag handelt es sich allerdings nicht um eine Spaltung in der Weise, daß es zu zwei Arbeitsverträgen kommt, sondern lediglich zu einer "Spaltung der Arbeitgeberfunktionen" (Becker NJW 1971, 691, 692). Der Senat hat in bisherigen Entscheidungen zu dieser Theorienfrage nicht Stellung genommen (so zu Recht Becker NJW 1971, 691). Wie der Senat in der Entscheidung vom 29. Juli 1970 (BSGE 31, 235, 242) ausgeführt hat, sind solche Vertragsverhältnisse nicht als verbotene Arbeitsvermittlung anzusehen, "bei denen zwar arbeitsrechtliche Beziehungen zwischen dem einen Arbeitsplatz vergebenden Arbeitgeber und einem Arbeitnehmer begründet werden, daneben aber ein diese Beziehungen überdauerndes und davon unabhängiges Arbeitsverhältnis zwischen dem Vermittler und dem Arbeitnehmer besteht, sofern in diesem Rechtsverhältnis der Schwerpunkt der arbeitsrechtlichen Beziehungen liegt". In diesem Falle, so hat der Senat ausgeführt, ist Arbeitsvermittlung deshalb nicht gegeben, weil das Bedürfnis des Arbeitnehmers, eine Stelle zu finden, bereits zu dem Zeitpunkt befriedigt ist, zu dem er für die "entleihende" Firma tätig wird. Auch bei den sogenannten "unechten Leiharbeitsverhältnissen", also bei den Arbeitsverhältnissen, bei denen der Arbeitnehmer vom Verleiher nur deshalb angeworben wird, um ihn ausschließlich oder doch überwiegend an andere Arbeitgeber zu verleihen, die für offene Arbeitsplätze in ihren Betrieben Arbeitskräfte suchen, hängt es nicht von begriffsjuristischen Konstruktionen ab, ob gegen das Vermittlungsmonopol verstoßen wird. Entscheidend bleibt, wo der Schwerpunkt der arbeitsrechtlichen Beziehungen nach der tatsächlichen Gestaltung der Vertragsverhältnisse



- 15 -

liegt. Der Senat hat ausgeführt, daß der Umgehung des Vermittlungsmonopols der Beklagten durch Verschleierung privater Stellenvermittlung mittels begriffsjuristischer Konstruktionen in der Form des unechten Leiharbeitsverhältnisses entgegenzutreten ist (BSGE 31, 235, 243). Das BVerfG hat die Auffassung vertreten, daß den Leiharbeitsverhältnissen angesichts des durch seine Entscheidung eröffneten schmalen Spielraumes nur eine untergeordnete Bedeutung beikommen könne.

Kommt es nun durch den "Verleih" eines Arbeitnehmers zu einer Situation, in der der Arbeitnehmer zwar "in einem Betrieb des Baugewerbes" arbeitet und dort durch Schlechtwetter einen Lohnausfall erleidet, andererseits der Betrieb, von dem er entsandt worden ist, kein "Betrieb des Baugewerbes" ist, so ließe sich die Auffassung vertreten, daß angesichts der unzweifelhaften Wahrnehmung von Arbeitgeberfunktionen seitens des entleihenden Unternehmens die Antrags- und Prozeßführungsbefugnis von dem beschäftigenden Unternehmer, also dem Entleiher, allein wahrzunehmen sei. Aber auch die alleinige Befugnis des verleihenden Arbeitgebers ließe sich aus den gesetzlichen Bestimmungen herleiten.

Ob in einem solchen Falle auch der entleihende Unternehmer antragsberechtigt für den entliehenen Arbeitnehmer ist, kann hier dahingestellt bleiben, da der Betrieb der B.u.E. GmbH, wenn überhaupt Leiharbeitsverhältnisse vorgelegen haben, auf keinen Fall entleihendes Unternehmen gewesen ist. Dem verleihenden Unternehmer steht aber auf jeden Fall die Befugnis zu, für seine Arbeitnehmer die SWG-Ansprüche gegen die Beklagte wahrzunehmen. Die eigentliche Arbeitgeber/Arbeitnehmerbeziehung besteht beim Leiharbeitsverhältnis zwischen der verleihenden Firma und dem Arbeitnehmer. Nur wenn nämlich in diesem Verhältnis eine gefestigte Arbeitgeber/Arbeitnehmerbeziehung geschaffen worden ist, die insbesondere den sozialen Schutz des Arbeitnehmers gewährleistet, kann

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 16 -

- 16 -

ein Leiharbeitsverhältnis angenommen werden, das nicht verbotene Arbeitsvermittlung darstellt. Dem verleihenden Unternehmer muß es daher auch möglich sein, den Schutz des Arbeitnehmers insofern zu übernehmen, als er für ihn den Antrag auf SWG stellt. Dieses Unternehmen ist damit berechtigt, als Prozeßstandschafter die Ansprüche der Arbeitnehmer geltend zu machen.

Ob die Voraussetzungen vorliegen, unter denen den Arbeitern der B.u.E. GmbH Ansprüche auf SWG entstanden sind, geht aus den Feststellungen des LSG nicht hervor. Das LSG hat im wesentlichen daraus, daß die B.u.E. GmbH keinen nach der HwO erforderlichen Betriebsleiter gehabt hat, geschlossen, daß der von ihr geführte Betrieb nicht in der Lage gewesen sei, Bauleistungen zu erbringen, und daß daher die Tätigkeit ihrer Arbeitnehmer bei fremden Betrieben nur Leiharbeitsverhältnisse gewesen sein können. Diese Auffassung unterliegt rechtlichen Bedenken. Entscheidend dafür, in welche Beziehungen die B.u.E. GmbH zu anderen Firmen getreten ist, ist die rechtliche Gestaltung der Verträge mit diesen Firmen. Da die vertraglichen Beziehungen unter Privatpersonen grundsätzlich von der Vertragsfreiheit geprägt sind, die ihre Grenze lediglich an gesetzlichen Geboten und Verboten sowie an Vorschriften findet, die den Inhalt von Verträgen teilweise zwingend vorschreiben, im vorliegenden Falle insbesondere am Verbot der Arbeitsvermittlung durch Private (§ 4 AFG), können die Beziehungen der B.u.E. GmbH zu anderen Firmen in mannigfaltigster Weise ausgestaltet werden. Wie sie rechtlich zu beurteilen sind, hängt von den Vereinbarungen ab, die tatsächlich getroffen worden sind. In Frage kommen insbesondere der Werkvertrag, der Dienstvertrag und möglicherweise ein Vertrag zwischen der B.u.E. GmbH als Verleiher und den anderen Firmen als Entleihern von Arbeitskräften. Schuldete die B.u.E. GmbH ein Werk, also etwa die Errichtung einer Mauer, den Aushub von Gräben, das Gießen einer Keller- oder Geschoß-

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



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



- 17 -



- 17 -

decke, das Aufschlagen von Gerüsten usw, so handelte es sich um einen Werkvertrag (§ 631 BGB). Die geschuldete Leistung entschied auch dann über den Charakter des Vertrages, wenn die Gegenleistung nach Stundenlohn abgerechnet werden sollte. Auch Stundenlohnverträge (vgl die Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil A § 5 und Teil B § 15) gehören zum werkvertraglichen Bereich, wenn die Bauleistung als solche und nicht die Arbeitsleistung geschuldet war (Ingenstau/Korbion, Kommentar zur VOB, 8. Aufl, 1977 B § 15 Rd Nr 1). Um einen Dienstvertrag handelt es sich dann, wenn von der B.u.E. GmbH nicht ein Leistungserfolg, sondern die Arbeitsleistung selbst geschuldet war, die sie nach dem Vertrag mit der anderen Firma unter Abweichung von § 613 BGB durch ihre Arbeitnehmer erbringen durfte. Ein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag war gegeben, wenn die bereits dargestellten Eigenheiten dieses Vertragsverhältnisses vorlagen.

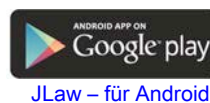
"In" Betrieben des Baugewerbes (§ 74 AFG aF; § 143 d AVAVG) haben die Arbeitnehmer, für die SWG im vorliegenden Falle begehrt wird, nur dann gearbeitet, wenn sie in einen Betrieb des Baugewerbes in der Weise eingeordnet waren, daß sie zu diesem in einer arbeitsvertraglichen Beziehung standen oder aber, wenn diesem Betrieb das Direktionsrecht über den Arbeiter von einem Verleihunternehmen (teilweise) übertragen worden war. "In" welchem Betrieb die fraglichen Arbeiter tätig gewesen sind, ist vom LSG nicht festgestellt worden. Auch das hängt von der tatsächlichen konkreten Gestaltung der Vertragsverhältnisse ab und nicht von der mehr oder weniger hohen allgemeinen Eignung des Betriebes der B.u.E. GmbH, ordnungsgemäße Bauarbeiten zu verrichten. Wie die Revision zu Recht gerügt hat, verliert ein Betrieb seine Eigenschaft als "Betrieb" nicht dadurch, daß er in einzelnen Beziehungen nicht die Vorschriften der HwO eingehalten hat. In einem solchen Falle handelt lediglich der Inhaber möglicherweise ordnungswidrig mit den sich aus §§ 117 ff HwO ergebenden Folgen.

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

- 18 -



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



Betriebe des Baugewerbes sind solche Betriebe oder Betriebsabteilungen, die überwiegend Bauleistungen erbringen. Bauleistungen sind alle Bauarbeiten, die der Herstellung, Instandsetzung, Instandhaltung, Änderung oder Beseitigung von Bauwerken dienen (§ 75 Abs 1 Nr 2 und 3 AFG). Entscheidend ist damit das Erbringen solcher Leistungen; nicht notwendig ist, daß diese Leistungen als Leistungen im Sinne des Werkvertrages geschuldet waren. Diese Leistungen können vielmehr auch auf der Grundlage eines Dienstvertrages erbracht werden. Wurden die Arbeiter der B.u.E. GmbH an andere Firmen verliehen, so arbeiteten die Arbeiter "in" jenem Betrieb. Es kommt dann darauf an, ob dieser (fremde) Betrieb einen Betrieb des Baugewerbes darstellte. Auch dazu fehlt es an Feststellungen des LSG.

Die Sache ist daher zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LSG zurückzuverweisen. Dieses wird auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu befinden haben.

