

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: 7 RAr 5/86

1)

2)

Kläger und Revisionsbeklagte,

Prozeßbevollmächtigte:

zu 1)

zu 2)

g e g e n

.....

Beklagte und Revisionsklägerin.

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat ohne mündliche Verhandlung am

11. Februar 1988

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landessozialgerichts Niedersachsen vom 12. Dezember 1985 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat den Klägern auch die außergerichtlichen Kosten des Revisionsverfahrens zu erstatten.



Gründe:

I

Im Streit ist, ob die Kläger unerlaubt gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung betrieben haben.

Die Kläger sind Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Sie befassen sich ua mit der Entladung von Fischereifahrzeugen in verschiedenen Hafenstädten Norddeutschlands, so auch in B. . Hier war ihr Geschäftspartner die Fischereihafen-Betriebsgesellschaft mbH B. -FBG-, mit der sie einen "Werkvertrag" abgeschlossen hatten, nach dem sie sich verpflichteten, Tiefkühlfisch aus Fischereifahrzeugen zu löschen, zu sortieren und palettieren, sowie erforderlichenfalls die Verladung dieser Ware in Waggons bzw andere Landfahrzeuge nach im Fischereihafen üblichen Arbeitsmethoden vorzunehmen. Das Entgelt richtete sich nach der entladenen Tonne. Nach Beendigung der Arbeit sollten die Kläger eine Rechnung erstellen, die von der FBG unmittelbar danach zu begleichen war.

In der Praxis lief die Zusammenarbeit so ab, daß die FBG in Ermangelung ausreichender eigener Arbeitskräfte solche bei den Klägern kurzfristig anforderte, wenn ein Fischdampfer schnell zu entladen war. Die Kläger warben zu diesem Zweck Arbeitnehmer (AN) an, die dann als geschlossene Gang (Arbeitskolonne von 13 bis 15 Arbeitern) gleichzeitig, aber getrennt von den Gängen der FBG die Fischdampfer entluden. Am gesamten Löschvorgang waren außer der FBG und den Klägern auch noch andere selbständige Firmen beteiligt, die beispielsweise die Gabelstapler und die Lastkraftwagen (LKW) stellten. Mit deren Hilfe wurde das Löschgut an den vorgesehenen Bestimmungsort (Lagerhallen und Tiefkühlhäuser) befördert.

Die Beklagte vertritt die Auffassung, daß die Kläger gewerbsmäßig AN an die FBG überlassen hätten, ohne die dafür erforderliche Erlaubnis besessen zu haben. Sie erließ die Bescheide vom 19. April 1983 in der Gestalt des jeweiligen Widerspruchsbescheides vom 9. August 1983, mit denen sie jeweils den Klägern unter Androhung von Zwangsgeld für jeden Fall der Zuwiderhandlung eine weitere Tätigkeit dieser Art untersagte. Zur Begründung führte sie an, nach dem Ergebnis der von ihr durchgeführten Ermittlungen sprächen die Umstände eindeutig für Arbeitnehmerüberlassung und gegen das Erbringen werkvertraglicher Leistungen. Aufsicht, Kontrolle und Arbeitseinteilung habe allein die FBG ausgeübt. Diese habe auch die Arbeitszeit bestimmt und Frostkleidung, z.T. auch die Arbeitshaken, gestellt.



Das Sozialgericht (SG) hat mit den Urteilen vom 11. Mai 1984 die angefochtenen Bescheide aufgehoben. Die Berufungen der Beklagten, die das Landessozialgericht (LSG) zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden hat, hatten keinen Erfolg. Das LSG hat sein Urteil vom 12. Dezember 1985 im wesentlichen wie folgt begründet:

Eine Überlassung "zur Arbeitsleistung" liege hier schon deshalb nicht vor, weil ein Werkvertrag gemäß § 631 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) zwischen den Klägern und der FBG bestanden habe. Der durch "Dienstleistung zu erzielende Erfolg" habe in der Löschung der in B. anlandenden Fischdampfer bestanden. Dieses Erfolgsversprechen schließe die Annahme eines bloßen Dienstvertrages aus. Für das Vorliegen eines Werkvertrages spreche auch, daß sich die Vergütung nicht nach der Zahl der geleisteten Arbeitsstunden, sondern nach der entladenen Tonnage gefrorenen Fischgutes richten sollte. Auch die praktische Durchführung des Vertrages habe der Abwicklung eines Werkvertrages entsprochen. Die AN der Kläger seien mit den Stammarbeitskräften der FBG nicht vermischt worden, sondern hätten die Löscharbeiten einschließlich der Bedienung des Transportbandes selbständig von Anfang bis Ende durchgeführt. Zwar habe die Gang der Kläger einen Vorarbeiter der FBG zugeteilt bekommen. Dieser habe aber keine Weisungsbefugnis in dem Umfang, wie er für die Annahme einer Arbeitnehmerüberlassung erforderlich sei, gehabt. Er habe ausschließlich Weisungen des Repräsentanten der Reederei übermittelt, die gegenständlich auf deren Eigentum am Löschgut beschränkt gewesen wären; gleichermaßen sei dies gegenüber den anderen am Löschvorgang beteiligten Firmen geschehen. Gegen die Annahme von Arbeitnehmerüberlassung spreche auch, daß die Kläger Arbeitskleidung (Helme, Arbeitsschuhe) und Arbeitsgerät (Arbeitshaken) für ihre AN angeschafft hätten. Soweit sie die sonst noch notwendige Arbeitsausrüstung (Frostkleidung) nicht auf eigene Rechnung angeschafft hätten, hätten sie deren Inanspruchnahme aber doch bezahlt. Daß der formell abgeschlossene Werkvertrag auch tatsächlich von den Vertragsparteien gewollt gewesen sei, sei in der von den Klägern eingehaltenen Gewährleistungspflicht des Werkunternehmers zu sehen. Die Kläger seien für Schäden, die ihre AN als ihre Erfüllungsgehilfen verursacht hätten, aufgekommen. Schließlich hätten die Kläger ihre Aufgabe als Werkunternehmer auch in unfallrechtlicher Hinsicht erfüllt. Daß die Abrechnungen nicht von den Klägern, sondern von der FBG erstellt worden seien, widerspreche weder dem Werkvertragsrecht noch könne daraus ein zwingender Hinweis auf das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung hergeleitet werden. Dasselbe gelte für die Behauptung der Beklagten, die Kläger hätten keine Sozialversicherungsbeiträge für ihre AN entrichtet, und die Dauer des Beschäftigungsverhältnisses hätte die jeweilige Dauer der Werkverträge nicht überschritten.

Hiergegen richtet sich die Revision der Beklagten. Sie rügt eine Verletzung des Art 1 § 1 Abs 1 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) in der ab 1. Januar 1982 geltenden Fassung und macht Verfahrensmängel geltend.

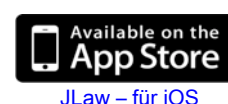


Sie trägt im wesentlichen vor, von den Klägern sei weder ein "versprochenes Werk" (§ 631 Abs 1 BGB) hergestellt noch ein "durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg" (§ 631 Abs 2 BGB) geschuldet worden. Darüber hinaus sprächen die nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts -BAG- (vgl zB Urteil vom 8. November 1978 mwN = AP Nr 2 zu § 1 AÜG; Urteil vom 15. Juni 1983 mwN = NJW 1984, 2912) zu beachtenden Kriterien ganz überwiegend für das Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung und gegen die Annahme eines Werkvertrages. Ein Werkvertrag könne nur dann bejaht werden, wenn das Leistungsergebnis dem Werkunternehmer eindeutig zugerechnet werden könne. Das sei hier wegen des Zusammenwirkens von AN der Kläger und solchen der FBG nicht möglich. Diesen rechtlichen Gesichtspunkt habe das LSG verkannt. Sollte es ihn aber seiner Entscheidung zugrunde gelegt haben, dann hätte es die von ihm angehörten Zeugen jedenfalls sinngemäß auch dazu befragen müssen, ob aufgrund des tatsächlichen Ablaufs der Entladetätigkeit ein Leistungsergebnis den AN der Kläger hätte zugerechnet werden können. Hätte das LSG dies getan, dann hätten die befragten Zeugen ausgesagt, daß die Fischdampfer jeweils schichtweise entladen worden wären, und zwar dergestalt, daß die AN der Kläger weder den gesamten Fischdampfer noch einen abgrenzbaren Teil davon entladen hätten. Aufgrund dieser Zeugenaussagen hätte das LSG eine Individualisierbarkeit des Arbeitserfolges nicht annehmen und somit auch das Vorliegen eines Werkvertrages nicht bejahen können. Darüber hinaus habe das LSG das vom Landesarbeitsamt ausdrücklich mit Schriftsatz vom 16. August 1984 in den Rechtsstreit eingeführte Rundschreiben der Kläger vom 25. Juni 1982 keiner Bemerkung für wert erachtet. Dieses Rundschreiben zeige gerade mit Deutlichkeit auf, daß die Kläger wie bisher Arbeitnehmerüberlassung, nur unter rechtlicher Kaschierung als Werkverträge, betreiben wollten. Entscheidend für die Annahme von Arbeitnehmerüberlassung sei die Weisungsbefugnis des Entleihers gegenüber den Arbeitnehmern. Zu Unrecht habe das LSG diese Weisungsbefugnis der FBG gegenüber den Arbeitnehmern der Kläger verneint. Es habe nicht ausreichend berücksichtigt, daß den Vorarbeitern der FBG in ihren eigenen Arbeitsanleitungen auch die Weisungsbefugnis gegenüber fremden Arbeitskräften verliehen war. Weiterhin müsse die Koppelung des Entgelts der Kläger an die Lohntarifentwicklung als wichtiges Indiz für eine Arbeitnehmerüberlassung angesehen werden. Schließlich spreche die Art der Schadensregulierung gegen die Annahme eines Werkvertrages. Bei einer Zusammenarbeit auf der Basis eines Werkvertrages sei es keinesfalls üblich, daß die Kompensation für eingetretene Schäden vom Werkbesteller unmittelbar von der Rechnung abgesetzt würde. Unüblich sei es auch, daß die Rechnung vom Werkbesteller selbst angefertigt werde. Im Zusammenwirken mit den übrigen relevanten Abgrenzungskriterien müsse dieser Gesichtspunkt im Rahmen der notwendigen Gesamtbetrachtung dazu führen, daß eine echte werkvertragliche Beziehung zwischen den Klägern und FBG zu verneinen und typische Arbeitnehmerüberlassung zu bejahen sei.

Die Beklagte beantragt,



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



die Urteile der Vorinstanzen aufzuheben und die Klagen abzuweisen,
hilfsweise,
die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LSG zurückzuver-
weisen.

Die Kläger beantragen,

die Revision zurückzuweisen.

Sie halten das angefochtene Urteil für zutreffend und treten dem Vorbringen der Beklag-
ten entgegen.

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung durch Urteil ohne mündliche Verhand-
lung (§ 124 Abs 2 SGG) einverstanden erklärt.

II

Die Revision der Beklagten ist nicht begründet. Die Vorinstanzen sind zutreffend zu dem
Ergebnis gelangt, daß die angefochtenen Bescheide rechtswidrig sind.

Die Beklagte war nach Art 1 § 6 des Gesetzes zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeit-
nehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz -AÜG- vom 7. August 1972
-BGBl I 1393-) nicht befugt, den Klägern zu untersagen, gewerbsmäßig AN Dritten zu
überlassen. Dies setzt gemäß Art 1 § 1 Abs 1 AÜG in der hier noch anzuwendenden Fas-
sung vom 7. August 1972 voraus, daß die Kläger als Arbeitgeber (Verleiher) Dritten (Ent-
leihern) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen
wollen, ohne damit Arbeitsvermittlung nach § 13 AFG zu betreiben. Das ist hier nicht der
Fall.

Die Kläger haben in der bisherigen Form, die sie offensichtlich auch beibehalten wollen,
keine Arbeitnehmerüberlassung ausgeübt, sondern die AN, die sie zum Entladen der
Fischereischiffe eingesetzt haben, zur Erfüllung ihrer, der Kläger, werkvertraglicher Ver-
pflichtungen angeworben. Ein Werkvertrag fällt nicht unter die Erlaubnispflicht des Art 1
§ 1 Abs 1 AÜG. Das folgt daraus, daß der Werkvertrag einen anderen Leistungsgegen-
stand hat als ein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag. Der Arbeitnehmerüberlassungsver-
trag ist auf die entgeltliche Zurverfügungstellung von AN zur Arbeitsleistung bei einem
Dritten gerichtet. Gegenstand eines Werkvertrages kann gemäß § 631 Abs 2 BGB dem-
gegenüber sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als ein anderer durch
Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein (BAG AP Nr 9 zu § 103 BetrVG



1972; Nr 2 zu § 1 AÜG; Nr 5 zu § 10 AÜG). Ob ein Werkvertrag oder ein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag vorliegt, richtet sich nach folgenden von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien (s BSG Urteil vom 27. November 1980 - 8b/12 RAr 9/79 - DBIR 2443a zu § 141b AFG; BVerwG NJW 1980, 2035f; BAG AP § 1 AÜG Nr 2, § 10 AÜG Nr 5; BGH AP § 10 AÜG Nr 2; BayObLG AP § 1 AÜG Nr 3):

Bei der Arbeitnehmerüberlassung werden dem Entleiher die AN zur Verfügung gestellt. Ihm steht ein unmittelbares Weisungsrecht gegenüber den AN zu. Diese sind voll in den Betrieb des Entleihers eingegliedert. Beim Werkvertrag wird der Unternehmer oder Subunternehmer für einen anderen tätig und organisiert die zur Erreichung des wirtschaftlichen Erfolges notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Vorstellungen. Dabei hat der AN als sein Erfüllungsgehilfe vor allem nach seinen, des Werkunternehmers, Weisungen zu handeln. Der Erfüllungsgehilfe ist nicht in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert. Der Werkbesteller kann nur Anweisungen im Hinblick auf das in Auftrag gegebene Werk insgesamt geben.

Aufgrund der vorstehend aufgeführten Unterscheidungsmerkmale, die das LSG beachtet hat, ergibt sich, daß der zwischen den Klägern und der FBG abgeschlossene Vertrag ein Werkvertrag iS von § 631 BGB war. Der durch Dienstleistung zu erzielende Erfolg bestand allerdings nicht, wie das LSG meint, in der Löschung der in B. anlandenden Fischdampfer, sondern in der Beteiligung an der Löschung. Am Löschvorgang nahmen nach den tatsächlichen Feststellungen des LSG außer der FBG und den Klägern noch andere selbständige Firmen teil. Es handelt sich insoweit um eine Werkarbeitsgemeinschaft, bei der jeder der beteiligten Unternehmer sich gegenüber der FBG verpflichtet hat, für diese mit eigenen AN Dienstleistungen zu erbringen, nämlich an der Löschung der Ladung mitzuwirken (vgl Becker/Wulfgramm, Komm z AÜG, 2. Aufl, Einl RZ 29). Zu Unrecht meint die Beklagte, durch die hiernach erforderliche Zusammenarbeit der AN der Kläger mit anderen Arbeitskräften fehle es bereits an einer wesentlichen Voraussetzung für das Vorliegen eines Werkvertrages, weil der zu erzielende Erfolg nicht individualisierbar sei. Sie übersieht, daß nach dem zwischen der FBG und den Klägern geschlossenen Vertrag sich die Vergütung nach dem Umfang der entladenen Tonnage gefrorenen Fischgutes richtet und damit der durch Arbeit erzielte Erfolg ohne weiteres konkretisierbar ist. Die insoweit von der Beklagten vorsorglich erhobene Verfahrensrüge wegen Mängeln der Sachaufklärung kann daher nicht greifen.

Daß im übrigen die Zurverfügungstellung der reinen Arbeitskraft nicht allein Gegenstand der versprochenen Vertragsleistung sein sollte, folgt auch daraus, daß sich die Vergütung nicht nach der Zahl der geleisteten Arbeitsstunden, sondern nach dem Umfang der entladenen Tonnage richtete. Nach dieser vertraglichen Bestimmung ist nach den tatsächlichen Feststellungen des LSG auch verfahren worden.



Des weiteren hat das LSG zutreffend den Umstand gewürdigt, daß die AN der Kläger während des Arbeitsablaufs eine Arbeitsgruppe - eine sogenannte Gang - für sich bildeten, die von der Stammebelegschaft der FBG getrennt war. Die AN der Kläger führten die Löscharbeiten einschließlich der Bedienung des Transportbandes selbständig bis zur Übergabe des Löschgutes an die an der Pier wartenden Fahrzeuge durch. Darüber hinaus arbeiteten sie im Gegensatz zu anderen Arbeitskräften nicht nur nach festgelegten Arbeitszeiten, sondern über diese noch hinaus, um den Erfolg des Löschvorgangs sicherzustellen. Die AN der Kläger waren also organisatorisch eine selbständige Einheit und nicht in den Betrieb der FBG eingegliedert, was für eine Arbeitnehmerüberlassung sprechen würde. Hierauf stützen sich auch die von der Beklagten angeführten Urteile des BAG vom 8. November 1978 in AP Nr 2 zu § 1 AÜG und vom 15. Juni 1983 in NJW 1984, 2972. In den dort entschiedenen Fällen waren die Arbeitnehmer in den Betrieb des Entleihers eingegliedert.

Nach den tatsächlichen Feststellungen des LSG, an die der Senat gemäß § 163 SGG gebunden ist, da in bezug auf sie zulässige und begründete Revisionsgründe nicht vorgebracht worden sind, haben die AN der Kläger zwar einen Vorarbeiter der FBG zugeteilt bekommen. Dieser hatte jedoch keine Weisungsbefugnis, wie sie üblicherweise dem Arbeitgeber oder seinem Repräsentanten zusteht. Er war nicht ermächtigt, den AN der Kläger ihre Arbeitsplätze zuzuweisen und sie in die Arbeit einzuweisen. So haben dann auch die AN der Kläger die Arbeitsplätze, ob im Schiff, an Land oder am Transportband in eigener Zuständigkeit unter sich aufgeteilt. Wenn der Vorarbeiter tatsächlich Weisungen erteilt hat, dann bezogen sie sich nach den tatsächlichen Feststellungen des LSG auf das Eigentum am Löschgut; sie wurden in dieser Weise nicht nur gegenüber den AN der Kläger, sondern ebenso gegenüber anderen am Löschvorgang beteiligten AN erteilt. Insoweit handelte es sich um die Ausübung des Anweisungsrechts des Werkbestellers gemäß § 645 Abs 1 Satz 1, 2. Alternative BGB, also um ein Recht, das zum Wesen des Werkvertrages gehört (BayObLG AP § 1 AÜG Nr 3; Becker/Wulfgramm aaO, Art 1 § 1 RZ 39; Sandmann/Marschall, AÜG, Art 1 § 1 Erl 13). Soweit die Beklagte geltend macht, das LSG habe nicht ausreichend berücksichtigt, daß den Vorarbeitern der FBG in ihren Arbeitsanleitungen auch die Weisungsbefugnis gegenüber fremden Arbeitskräften verliehen worden sei, handelt es sich um neues tatsächliches Vorbringen, das im Revisionsverfahren nicht mehr berücksichtigt werden kann (§ 163 SGG).

Weiterhin spricht für das Vorliegen eines Werkvertrages, daß, wie das LSG zutreffend erkannt hat, die Kläger Arbeitskleidung und Arbeitsgerät für ihre AN angeschafft haben und, soweit diese nicht zur Verfügung stand, die benötigte Ausrüstung bezahlt haben, indem sie den ihnen zustehenden Gemeinkostenanteil herabgesetzt haben.

Zutreffend ist gleichfalls die Auffassung des LSG, dafür, daß die Vertragsparteien einen Werkvertrag wirklich gewollt hatten, spreche auch, daß die Kläger die Gewährleistungs-



pflicht als Werkunternehmer eingehalten und für Schäden aufgefunden sind, die ihre AN verursacht haben. Wenn die Beklagte meint, die Art der Schadensregulierung sei als schwerwiegendes Indiz gegen die Annahme eines Werkvertrages anzusehen, weil es bei einer Zusammenarbeit auf der Basis eines Werkvertrages keinesfalls üblich sei, daß der Ersatz für eingetretene Schäden vom Werkbesteller unmittelbar von der Rechnung abgesetzt worden sei, so irrt sie. Die Aufrechnung von Ansprüchen ist im Gesetz für Werkverträge nicht ausgeschlossen und findet auch bei der Abrechnung von Werkverträgen statt.

Entgegen der Ansicht der Beklagten ist es nicht untypisch für einen Werkvertrag, daß die Vergütung des Werkunternehmers an die jeweilige Lohnabwicklung im Hafen angepaßt wird. Die Lohnentwicklung ist ein wesentlicher Kalkulationsfaktor, den jeder Unternehmer in seinem Bereich berücksichtigen muß. Die Koppelung an die Tarifentwicklung kann daher kein zwingender Hinweis für das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung sein. Dasselbe gilt für den Umstand, daß die Abrechnung nicht, wie im Vertrag vorgesehen, von den Klägern, sondern von der FBG erstellt wurde. Das ist eine Frage der Gestaltung der Betriebsorganisation, die keinen Einfluß auf die Rechtsnatur des abgeschlossenen Vertrages hat, selbst wenn dadurch die hierfür vorgesehenen Vertragsbestimmungen einvernehmlich - nicht eingehalten werden.

Nach allem ist aufgrund des zwischen den Klägern und der FBG abgeschlossenen Vertrages und dem tatsächlichen Geschehensablauf davon auszugehen, daß keine Arbeitnehmerüberlassung betrieben wurde. Die Rüge der Beklagten, das LSG habe das Rundschreiben der Kläger vom 25. Juni 1982 nicht berücksichtigt, kann nicht durchgreifen. Die Beklagte macht damit eine Verletzung der freien richterlichen Beweiswürdigung geltend (§ 128 Abs 1 SGG). Hierzu hätte es substantiierter Darlegungen bedurft, weshalb es angesichts der vertraglichen Gestaltung und des vom LSG festgestellten tatsächlichen Geschehensablaufes auf den Inhalt dieses Rundschreibens ankommt. Das hat die Beklagte nicht aufgezeigt. Sie hat nicht einmal vorgetragen, welchen Inhalt das Rundschreiben hatte. Ihre Revision muß deshalb zurückgewiesen werden.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.



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

