S 5 Al 93/97

Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht	Bundessozialgericht
Sachgebiet	Arbeitslosenversicherung
Abteilung	11
Kategorie	Urteil
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	Arbeitsgenehmigungsfreiheit türkische Kraftfahrer im grenzüberschreitenden Güterverkehr Verbot der Beschränkung des Dienstleistungsverkehrs mit der Türkei nach Art 41 Abs 1 EWGAbkTURZProt Nichtanwendung von Art 13 EWGAssRBes 1/80 bei nur kurzfristigem Aufenthalt der Arbeitnehmer in Deutschland unzulässige Arbeitnehmerüberlassung
Leitsätze	Die Änderung des Arbeitsgenehmigungsrechts wonach Arbeitsgenehmigungsfreiheit für das fahrende Personal im Güterfernverkehr nur noch vorgesehen ist "sofern das Fahrzeug im Sitzstaat des Arbeitgebers zugelassen ist" verstößt gegen das Verbot neue Beschränkungen des Dienstleistungsverkehrs mit der Türkei einzuführen
Normenkette	SGB III § 284 Abs 1 S 2 ArGV § 9 Nr 3 Buchst a F: 1998-09-17 ArbErlaubV § 9 Nr 2 Buchst a F: 1996-09-30 EGVtr Art 59 EG Art 49 EWGAbkTURZProt Art 41 Abs 1 EWGAssRBes 1/80 Art 13 AÜG

1. Instanz

Aktenzeichen	S 5 Al 93/97
Datum	27.11.1997

2. Instanz

Aktenzeichen	L 10 AL 51/98

Datum	25.07.2000

3. Instanz

Datum	29.04.2004

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Bayerischen Landessozialgerichts vom 25. Juli 2000 â L 10 AL 51/98 â aufgehoben und der Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurÃ¼ckverwiesen.

GrÃ¼nde:

I

Die KlÃ¤gerin zu 1) ist ein rechtsfÃ¤higes tÃ¼rkisches Unternehmen mit Sitz in I. , das im grenzÃ¼berschreitenden Verkehr zwischen der TÃ¼rkei und Deutschland tÃ¤tig ist. HierfÃ¼r setzt sie bei ihr angestellte tÃ¼rkische Fahrer, die in der TÃ¼rkei wohnen, ein. Die LKW sind in Deutschland auf das GÃ¼terkraftverkehrsunternehmen BST Transport- und Speditions-GmbH, S. , zugelassen. Die KlÃ¤gerin zu 1) begehrt die Feststellung der Arbeitsgenehmigungsfreiheit von insgesamt 15 fÃ¼r sie tÃ¤tigen, im Berufungsurteil namentlich benannten Arbeitnehmern, die jeweils bei ihr beschÃ¤ftigt und zumindest seit 1995 im grenzÃ¼berschreitenden Verkehr zwischen der TÃ¼rkei und Deutschland tÃ¤tig sind. Unter diesen Arbeitnehmern befinden sich auch die KlÃ¤ger zu 2) und zu 3). SÃ¤mtliche 15 Fahrer kÃ¶nnen auf Grund eines Beschlusses des Sozialgerichts NÃ¼rnberg (SG) vom 29. April 1997 auf den LKW der Firma BST im grenzÃ¼berschreitenden GÃ¼terverkehr vorlÃ¤ufig bis zur rechtskrÃ¤ftigen Entscheidung im Hauptsacheverfahren ohne Arbeitserlaubnis tÃ¤tig sein.

Das SG hat mit Urteil vom 27. November 1997 festgestellt, dass die von der KlÃ¤gerin zu 1) benannten, auf den LKW der Firma BST tÃ¤tigen tÃ¼rkischen Arbeitnehmer, insbesondere die KlÃ¤ger zu 2) und 3), bis zum 31. MÃ¤rz 1998 keiner Arbeitserlaubnis bedÃ¼rfen.

Auf die Berufung der KlÃ¤ger hat das Landessozialgericht (LSG) unter AbÃ¤nderung des erstinstanzlichen Urteils festgestellt, dass die 15 Fahrer zukÃ¼nftig keiner Arbeitserlaubnis bedÃ¼rfen. Die Stillhalteklausel des Art 13 des Beschlusses Nr 1/80 des Assoziationsrates Ã¼ber die Entwicklung der Assoziation zwischen der EuropÃ¤ischen Wirtschaftsgemeinschaft und der TÃ¼rkei vom 19. September 1980 (ARB Nr 1/80) konserviere den Rechtszustand, der zu Beginn der BeschÃ¤ftigung der tÃ¼rkischen Arbeitnehmer bestanden habe. Die Stillhalteklausel erfasse auch die streitrelevante BeschÃ¤ftigung tÃ¼rkischer Fahrer, deren TÃ¤tigkeit im grenzÃ¼berschreitenden GÃ¼terverkehr auf deutschen Teilstrecken zu dem in Art 3 ARB Nr 1/80 benannten Arbeitsmarkt gehÃ¶re. Der Schutz des inlÃ¤ndischen Arbeitsmarktes, der in FÃ¤llen wie dem vorliegenden nur marginal berÃ¼hrt werde, erlaube keine restriktive Interpretation. Die auf die deutschen Teilstrecken

entfallenden BeschÃ¤ftigungen der KlÃ¤ger seien ursprÃ¼nglich ordnungsgemÃ¤Ã iS des Art 13 ARB Nr 1/80 gewesen; denn sie hÃ¤tten nach Â§ 9 Nr 2 Arbeitserlaubnis-Verordnung (ArbErlaubV) in der ursprÃ¼nglichen und auch in der ab 1. September 1993 geltenden Fassung als fahrendes Personal im grenzÃ¼berschreitenden Personen- und GÃ¼terverkehr keiner Arbeitserlaubnis bedurft. Mit der Neufassung des Â§ 9 Nr 2 ArbErlaubV zum 10. Oktober 1996, wonach Arbeitserlaubnisfreiheit nur noch fÃ¼r fahrendes Personal bei Arbeitgebern mit Sitz im Ausland bestehe, "sofern das Fahrzeug im Sitzstaat des Arbeitgebers zugelassen ist", sowie mit der ab 25. September 1998 geltenden inhaltsgleichen Regelung des Â§ 9 Nr 3a der Arbeitsgenehmigungsverordnung (ArGV) sei unter VerstoÃ des Art 13 ARB Nr 1/80 eine wesentliche BeschrÃ¤nkung des Zugangs der in Rede stehenden tÃ¼rkischen Kraftfahrer zum deutschen Arbeitsmarkt eingetreten.

Die Beklagte hat die vom LSG zugelassene Revision eingelegt. Der Senat hat das Verfahren zunÃ¤chst ausgesetzt und dem EuropÃ¤ischen Gerichtshof (EuGH) mit Beschluss vom 19. Dezember 2001 Fragen zur Auslegung des Art 13 ARB Nr 1/80 und des Art 41 des Zusatzprotokolls vom 23. November 1970 zu dem Abkommen zur GrÃ¼ndung einer Assoziation zwischen der EuropÃ¤ischen Wirtschaftsgemeinschaft und der TÃ¼rkei vorgelegt. Auf Grund des Urteils des EuGH vom 21. Oktober 2003 in den Rechtssachen C-317/01 (Eran Abatay ua) und C-369/01 (Nadi Sahin) hat der Senat mit Beschluss vom 18. Dezember 2003 den Beschluss Ã¼ber die Aussetzung des Verfahrens und das Vorabentscheidungsersuchen aufgehoben.

Mit der Revision rÃ¼gt die Beklagte die Verletzung des Â§ 9 Nr 2 ArbErlaubV bzw des Â§ 9 Nr 3a ArGV. Es fehle schon an einer BeschrÃ¤nkung fÃ¼r die Freiheit der Dienstleistungserbringung, die durch das deutsche Arbeitsgenehmigungsrecht verursacht sein kÃ¶nnte, denn die Fahrer benÃ¶tigten im grenzÃ¼berschreitenden GÃ¼terverkehr weiterhin keine Genehmigung soweit sie sich im Rahmen der allgemein gÃ¼ltigen Rechte und Gesetze bewegten. In den vorgenommenen Ãnderungen des Arbeitsgenehmigungsrechts liege jedenfalls keine neue BeschrÃ¤nkung fÃ¼r die Dienstleistungserbringung durch Unternehmen mit Sitz in der TÃ¼rkei. Die Ãnderungen des Arbeitsgenehmigungsrechts stellten lediglich eine Anpassung an die ohnehin geltenden Regelungen des Verkehrsrechts dar. Der grenzÃ¼berschreitende GÃ¼terverkehr sei generell nicht uneingeschrÃ¤nkt mÃ¶glich. Er hÃ¤nge vielmehr von den bestehenden Transportgenehmigungen ab, wonach nur im Staat der Niederlassung des Unternehmens zugelassene Fahrzeuge eingesetzt wÃ¼rden. Die Ãnderung des Arbeitsgenehmigungsrechts verfolge lediglich eine Anpassung des Arbeitsgenehmigungsrechts an andere Rechtsbereiche (Verkehrsrecht) und damit die Wahrung der Rechtseinheit. Durch die Ãnderung der Arbeitsgenehmigungsverordnung sei kein neuer Regelungsinhalt geschaffen worden, sondern lediglich die Gesetzessystematik und die Regelungstechnik geÃ¤ndert worden. Neben den verkehrsrechtlichen AusfÃ¼hrungen sei auch eine Ãberlassung der Lastkraftwagen durch ein deutsches Unternehmen an einen tÃ¼rkischen Arbeitgeber im Wege der Vermietung unzulÃ¤ssig. Die "Fahrzeug-Vermietung" stelle in Verbindung mit der BeschÃ¤ftigung von tÃ¼rkischen Arbeitnehmern ArbeitnehmerÃ¼berlassung dar. Bereits zum Zeitpunkt des

Inkrafttretens des Zusatzabkommens im Jahr 1971 sei diese Dienstleistung grenzÃ¼berschreitend nicht zulÃ¤ssig gewesen. Damit kÃ¶nne weder von einer rechtmÃ¤Ãig erbrachten Dienstleistung noch von einer ordnungsgemÃ¤Ãen BeschÃ¤ftigung die Rede sein.

Die Beklagte beantragt,
das Urteil des Bayerischen Landessozialgerichts vom 25. Juli 2000 â L 10 AL 51/98 â aufzuheben und die Berufungen der KlÃ¤ger gegen das Urteil des Sozialgerichts NÃ¼rnberg vom 27. November 1997 â S 5 AL 93/97 â zurÃ¼ckzuweisen.

Die KlÃ¤gerin zu 1) beantragt,
die Revision mit der MaÃgabe zurÃ¼ckzuweisen, dass die KlÃ¤gerin zu 1) kÃ¼nftig berechtigt ist, die in der Anlage AST 5 aufgefÃ¼hrten von ihr beschÃ¤ftigten tÃ¼rkischen Kraftfahrer auf in Deutschland zugelassenen Lastkraftwagen des GÃ¼terkraftverkehrsunternehmens BST Transport- und Speditions-GmbH im grenzÃ¼berschreitenden GÃ¼terverkehr in Deutschland ohne Arbeitsgenehmigung einzusetzen.

Die KlÃ¤ger zu 2) und 3) beantragen,
die Revision mit der MaÃgabe zurÃ¼ckzuweisen, dass die KlÃ¤ger zu 2) und 3) kÃ¼nftig berechtigt sind, als von der KlÃ¤gerin zu 1) beschÃ¤ftigte Kraftfahrer in Deutschland auf zugelassenen Lastkraftwagen des GÃ¼terkraftverkehrsunternehmens BST Transport- und Speditions-GmbH im grenzÃ¼berschreitenden GÃ¼terverkehr in Deutschland ohne Arbeitsgenehmigung tÃ¤tig zu werden.

Sie tragen vor, den AusfÃ¼hrungen Ã¼ber die Anpassung des Verkehrsrechts sei zu widersprechen. Es handele sich angesichts des Umstandes, dass fÃ¼r den Einsatz von UnionsbÃ¼rgern auf LKW keine Fahrerlizenz notwendig sei, um eine unzulÃ¤ssige neue BeschrÃ¤nkung der Dienstleistungsfreiheit. Es komme nicht darauf an, ob es sich um eine genehmigungsbedÃ¼rftige Arbeitnehmerentleihung handele. Denn jedenfalls dÃ¼rfe die Genehmigung nicht wegen des Sitzes des Verleihers im Ausland grundsÃ¤tzlich versagt werden. Die Beklagte habe nach EinfÃ¼hrung der Arbeitsgenehmigungspflicht die betroffenen Spediteure veranlasst, die im Ausland wohnhaften Mitarbeiter Ã¼ber Tochterfirmen wie vorliegend anzustellen. Die Beklagte behaupte also nunmehr, sie habe damals eine rechtswidrige LÃ¶sung vorgeschlagen.

II

Die Revision der Beklagten ist im Sinne der ZurÃ¼ckverweisung begrÃ¼ndet. Der Senat kann auf Grund der vom LSG getroffenen Feststellungen nicht abschlieÃend entscheiden.

1. Die KlÃ¤gerin zu 1) begehrt als tÃ¼rkisches Unternehmen die Feststellung, dass sie kÃ¼nftig berechtigt ist, die bei ihr beschÃ¤ftigten tÃ¼rkischen Kraftfahrer auf in Deutschland zugelassenen Lastkraftwagen eines bestimmten deutschen

GÃ¼terkraftverkehrsunternehmers im grenzÃ¼berschreitenden GÃ¼terverkehr arbeitsgenehmigungsfrei in Deutschland einzusetzen. Die KlÃ¤ger zu 2) und 3) wollen als Arbeitnehmer der KlÃ¤gerin zu 1) selbst die Feststellung, dass sie kÃ¼nftig berechtigt sind, in entsprechender Weise arbeitsgenehmigungsfrei tÃ¤tig werden zu kÃ¶nnen. Die Feststellungsklagen sind zulÃ¤ssig. Bedenken ergeben sich auch nicht hinsichtlich der Klagebefugnis des Arbeitgebers (zur ZulÃ¤ssigkeit eines auf die Arbeitserlaubnisfreiheit seiner Arbeitnehmer gerichteten Feststellungsbegehrens des Arbeitgebers s BSGE 74, 90, 91 f = SozR 3-4210 Â§ 9 Nr 1). Etwaigen Bedenken hinsichtlich des Feststellungsinteresses angesichts der weiteren Fassung der FeststellungsantrÃ¤ge in den Vorinstanzen haben die KlÃ¤ger dadurch Rechnung getragen, dass sie ihr Feststellungsbegehren auf die tatsÃ¤chlich ausgeÃ¼bte TÃ¤tigkeit beschrÃ¤nkt haben. Insoweit handelt es sich nicht um eine im Revisionsverfahren nach Â§ 168 Satz 1 Sozialgerichtsgesetz unzulÃ¤ssige KlageÃ¤nderung, sondern um eine Klarstellung dessen, was die KlÃ¤ger bereits in den Vorinstanzen begehrt haben (s dazu BSG 3-1500 Â§ 55 Nr 34; vgl auch BSGE 88, 231, 233 = SozR 3-4210 Â§ 9 Nr 2).

2. Die BegrÃ¼ndetheit des Feststellungsbegehrens der KlÃ¤ger hÃ¤ngt davon ab, ob hinsichtlich der beabsichtigten BeschÃ¤ftigung Arbeitsgenehmigungsfreiheit besteht. Nach dem anzuwendenden deutschen Recht sind die KlÃ¤ger zu 2) und 3) als Arbeitnehmer eines tÃ¼rkischen Arbeitgebers nicht berechtigt, im grenzÃ¼berschreitenden GÃ¼terverkehr auf in Deutschland zugelassenen Fahrzeugen in Deutschland arbeitsgenehmigungsfrei tÃ¤tig zu werden. Die von den KlÃ¤gern begehrte Arbeitsgenehmigungsfreiheit folgt jedoch aus einer Anwendung des Art 41 Abs 1 des Zusatzprotokolls vom 23. November 1970 (ABl 1972 L 293 S 1; BGBl II 1972 S 385).

a) Abzustellen ist jeweils auf die Rechtslage, die das im Streit befindliche RechtsverhÃ¤ltnis erfasst (BSGE 2, 188, 192; 3, 95, 103; 74, 90, 92 = SozR 3-4210 Â§ 9 Nr 1), also die derzeit geltenden Bestimmungen. Nach Â§ 9 Nr 3a ArGV â erlassen auf Grund des Â§ 288 Abs 1 Drittes Buch Sozialgesetzbuch â bedarf keiner Arbeitsgenehmigung das fahrende Personal im grenzÃ¼berschreitenden GÃ¼terverkehr bei Arbeitgebern mit Sitz im Ausland, wenn das Fahrzeug im Sitzstaat des Arbeitgebers zugelassen ist. Nach den AusfÃ¼hrungen im Urteil des LSG sind die KlÃ¤ger zu 2) und 3) bei der KlÃ¤gerin zu 1), einem tÃ¼rkischen Unternehmen, angestellt. Zu Gunsten der KlÃ¤ger zu 2) und 3) kommt deshalb in Betracht, dass sie derzeit bzw in Zukunft als Fernfahrer fÃ¼r einen Arbeitgeber mit Sitz im Ausland tÃ¤tig werden wollen. Es fehlt aber jedenfalls an der fÃ¼r die Arbeitserlaubnisfreiheit gemÃ¤Ã Â§ 9 Nr 3a ArGV weiter erforderlichen Voraussetzung der Zulassung des jeweiligen Fahrzeugs im Sitzstaat des Arbeitgebers; denn die von den KlÃ¤gern gelenkten bzw in Zukunft zu lenkenden Fahrzeuge sind in Deutschland, nicht in der TÃ¼rkei zugelassen.

b) Die KlÃ¤ger kÃ¶nnen sich nicht darauf berufen, die Ãnderung der ArbErlaubV vom 10. Oktober 1996 sei eine nach Art 13 ARB 1/80 unzulÃ¤ssige neue BeschrÃ¤nkung des Zugangs zum Arbeitsmarkt. Diese Vorschrift ist nicht auf Arbeitnehmer anzuwenden, die bei einem Unternehmen mit Sitz in der TÃ¼rkei beschÃ¤ftigt sind, von diesem entlohnt werden und nur wegen ihrer TÃ¤tigkeit als

Kraftfahrer im grenzÃ¼berschreitenden GÃ¼terverkehr immer wieder kurzfristig in Deutschland arbeiten, wie der EuGH in dem auf Vorabentscheidungsersuchen des Bundessozialgerichts ergangenen Urteil vom 21. Oktober 2003 C-317/01 (Abatay) und C-369/01 (Nadi Sahin) entschieden hat (aaO RdNr 87 â 91). Die Situation der KlÃ¤ger zu 2) und 3) bei der im Feststellungsantrag umschriebenen TÃ¤tigkeit entspricht der vom EuGH zu Grunde gelegten Situation.

c) Die KlÃ¤ger kÃ¶nnen sich jedoch darauf berufen, dass die bereits genannte Änderung der ArbErlaubV zum 10. Oktober 1996 zu einer unzulÃ¤ssigen BeschrÃ¤nkung des freien Dienstleistungsverkehrs iS des Art 41 Abs 1 des Zusatzprotokolls vom 23. November 1970 (ABl 1972 L 293 S 1; BGBl II 1972 S 385) gefÃ¼hrt hat. In dieser Vorschrift verpflichten sich die Vertragsparteien, untereinander keine neuen BeschrÃ¤nkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs einzufÃ¼hren. Der Dienstleistungsverkehr in diesem Sinne umfasst auch den Einsatz von ArbeitskrÃ¤ften des Dienstleisters (EuGH, Urteil vom 21. Oktober 2003 RdNr 111). Auf die Inanspruchnahme dieser Bestimmung kÃ¶nnen sich nicht nur das Unternehmen in der TÃ¼rkei, das rechtmÃ¤Ãig Dienstleistungen in einem Mitgliedstaat erbringt, sondern auch tÃ¼rkische Fernfahrer, die von einem derartigen Unternehmen mit Sitz in der TÃ¼rkei beschÃ¤ftigt werden, berufen (EuGH aaO RdNr 105 und 106).

d) Der EuGH hat unter Hinweis auf seine Rechtsprechung zur Dienstleistungsfreiheit nach Art 59 EG-Vertrag (Art 49 EG-Vertrag neu) dargelegt, dass eine BeschrÃ¤nkung des freien Dienstleistungsverkehrs iS von Art 41 Abs 1 Zusatzprotokoll darin liegt, dass eine nationale Regelung die Erbringung von Dienstleistungen durch ein in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenes Unternehmen im Inland von der behÃ¶rdlichen Erlaubnis wie einer Arbeitserlaubnis abhÃ¤ngig macht (EuGH Urteil vom 21. Oktober 2003 RdNr 111). Im Hinblick darauf ist es nicht zweifelhaft, dass es sich bei der EinfÃ¼hrung einer Arbeitserlaubnispflicht fÃ¼r den grenzÃ¼berschreitenden Verkehr bei Zulassung des Fahrzeuges im Inland um eine EinschrÃ¤nkung des freien Dienstleistungsverkehrs handelt (vgl EuGH aaO RdNr 112 â 115).

Es handelt sich auch gegenÃ¼ber dem Rechtszustand beim Inkrafttreten des Zusatzprotokolls am 1. Januar 1973 um eine neue BeschrÃ¤nkung des Dienstleistungsverkehrs.

Im Jahre 1973 war das fahrende Personal im grenzÃ¼berschreitenden GÃ¼terverkehr allgemein und ohne weitere ausdrÃ¼ckliche EinschrÃ¤nkung arbeitserlaubnisfrei (Â§ 9 Nr 2 ArbErlaubV idF vom 2. MÃ¤rz 1971, BGBl I 152). Mit der durch Verordnung vom 1. September 1993 (BGBl I 1527) fÃ¼r die Zeit ab September 1993 vorgenommenen Änderung des Â§ 9 Nr 2 ArbErlaubV (EinfÃ¼gung der Worte "bei Arbeitgebern mit Sitz im Ausland") war eine Verschlechterung der Position in der TÃ¼rkei beschÃ¤ftigter Arbeitnehmer noch nicht verbunden. Die spÃ¤ter in Kraft gesetzten Regelungen des Â§ 9 Nr 2 ArbErlaubV in der ab 10. Oktober 1996 geltenden Fassung (Verordnung vom 30. September 1996, BGBl I 1491) sowie des Â§ 9 Nr 3a ArGV, die Arbeitsgenehmigungsfreiheit nur noch fÃ¼r das fahrende Personal bei

auslÃ¤ndischen Arbeitgebern vorsehen, "sofern das Fahrzeug im Sitzstaat des Arbeitgebers zugelassen ist", sind jedoch im Vergleich zu den davor geltenden Regelungen fÃ¼r die betroffenen tÃ¼rkischen StaatsangehÃ¶rigen "weniger gÃ¼nstig".

e) Dem Einwand der Beklagten, in den Ãnderungen des Arbeitsgenehmigungsrechts fÃ¼r die Zeit ab Oktober 1996 liege keine neue BeschrÃ¤nkung, sondern lediglich eine Anpassung an die ohnehin geltenden Regelungen des Verkehrsrechts, ist nicht zu folgen. Dem hier zu beurteilenden Einsatz von in der TÃ¼rkei in einem BeschÃ¤ftigungsverhÃ¤ltnis stehenden Arbeitnehmern auf den LKW des deutschen GÃ¼terkraftverkehrsunternehmers, der Inhaber der Erlaubnis nach Â§ 3 GÃ¼terkraftverkehrsgesetz (GÃ¼KG) vom 22. Juni 1998 (BGBl I 1485; bis zum 30. Juni 1998: Genehmigung nach Â§ 8 GÃ¼KG) ist, stehen ausdrÃ¼ckliche Vorschriften des GÃ¼KG nicht entgegen. Die Frage, ob der inlÃ¤ndische Erlaubnisinhaber seine Pflichten nach dem GÃ¼KG oder den europarechtlichen Vorschriften fÃ¼r den GÃ¼terverkehr auf LKW (vgl etwa Art 15 EWGV 3820/85 vom 20. Dezember 1985, ABl L 370 S 1 und Art 13 und 14 EWGV 3821/85 vom 20. Dezember 1985, ABl L 370 S 8) beim Einsatz der KlÃ¤ger zu 2) und 3) als Kraftfahrer auf seinen LKW verletzt, weil etwa der KlÃ¤ger zu 1) als Arbeitgeber Weisungsrechte gegenÃ¼ber den KlÃ¤gern zu 2) und 3) hat und auch wahrnimmt, ist fÃ¼r diesen Rechtsstreit unerheblich. Etwaige PflichtverstÃ¶Ãe hÃ¤tte die nach dem GÃ¼KG zustÃ¤ndige BehÃ¶rde zu beurteilen und zu ahnden.

Bedenken der Beklagten, die Ãberlassung von LKW an ein tÃ¼rkisches Unternehmen verstoÃe gegen Â§ 27 StraÃenverkehrszulassungsordnung, gehen ins Leere, denn das Feststellungsbegehren der KlÃ¤ger richtet sich nur auf den Einsatz von LKW eines deutschen GÃ¼terkraftverkehrsunternehmers.

3. Der Senat vermag auf der Grundlage der tatsÃ¤chlichen Feststellungen des LSG jedoch nicht zu entscheiden, ob sich die vorliegende Vertragsgestaltung und tatsÃ¤chliche Handhabung als unzulÃ¤ssige ArbeitnehmerÃ¼berlassung darstellt. Diese Frage kann â anders als die erÃ¶rterten gÃ¼terkraftverkehrsrechtlichen Vorfragen â nicht unentschieden bleiben, weil sie unmittelbar die rechtliche ZulÃ¤ssigkeit der von den tÃ¼rkischen Arbeitnehmern im Inland ausgeÃ¼bten TÃ¤tigkeiten betrifft und an diese anknÃ¼pft. Insoweit steht auch die in Art 41 Abs 1 des Zusatzprotokolls enthaltene Stillhalteklausel nicht entgegen, denn die grenzÃ¼berschreitende ArbeitnehmerÃ¼berlassung war jedenfalls auch zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Zusatzprotokolls genehmigungspflichtig (vgl zur den Fragen der grenzÃ¼berschreitenden ArbeitnehmerÃ¼berlassung im Einzelnen Feuerborn in SchÃ¼ren, ArbeitnehmerÃ¼berlassungsgesetz (AÃG), 2. Aufl 2003, Einleitung RdNr 572 ff). Im Ãbrigen schÃ¼tzt Art 41 Abs 1 des Zusatzprotokolls nur diejenigen Unternehmen in der TÃ¼rkei, die rechtmÃ¤Ãig Dienstleistungen im Inland erbringen.

Da die KlÃ¤gerin zu 1) nicht Ã¼ber eine Erlaubnis nach dem AÃG verfÃ¼gt, ist die BeschÃ¤ftigung der Arbeitnehmer im Inland nur dann rechtmÃ¤Ãig, wenn diese nicht als dem deutschen Unternehmen BST Transport- und Speditions-GmbH, S. , Ã¼berlassene Arbeitnehmer tÃ¤tig werden. Zwar hat das LSG ausgefÃ¼hrt, es liege

keine unzulÃ¤ssige ArbeitnehmerÃ¼berlassung vor, ohne allerdings die nach der einschlÃ¤gigen Rechtsprechung des Bundesarbeitgerichts (BAG) erforderlichen Feststellungen zu treffen. Der Hinweis des LSG, Â§ 9 Nr 3b ArGV spreche gegen eine unzulÃ¤ssige ArbeitnehmerÃ¼berlassung ist nicht zwingend; denn die Freistellung von der Arbeitsgenehmigungsfreiheit fÃ¼r bei auslÃ¤ndischen Arbeitgebern beschÃ¤ftigte Fahrer im grenzÃ¼berschreitenden Linienverkehr mit Omnibussen lÃ¤sst keine Schlussfolgerungen auf die tatsÃ¤chliche Gestaltung im Einzelfall zu. Zwar ist es nach der Rechtsprechung des BAG nicht ausgeschlossen, dass das tÃ¼rkische Unternehmen fÃ¼r das deutsche Unternehmen im Rahmen eines Dienst- oder Werkvertrages tÃ¤tig wird, denn auch im erlaubnispflichtigen Personen- und GÃ¼terverkehr ist nicht jeder drittbezogene Arbeitnehmereinsatz zugleich ArbeitnehmerÃ¼berlassung iS des AÃG (BAG 6. August 2003 â 7 AZR 180/03 = BB 2004, 669; vgl auch BAGE 94, 144 = AP Nr 8 zu Â§ 14 AÃG). Jedoch rechtfertigt nicht allein die ErwÃ¤gung, das tÃ¼rkische Unternehmen erbringe mit seinen Arbeitnehmern die von ihr der deutschen Auftraggeberin geschuldete Leistung, die Schlussfolgerung des LSG, hier liege ein Werkvertrag vor.

Ob ArbeitnehmerÃ¼berlassung vorliegt, beurteilt sich nach der Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen zwischen Verleiher und Entleiher einerseits (ArbeitnehmerÃ¼berlassungsvertrag) und zwischen dem Entleiher und dem Arbeitnehmer anderseits (Leiharbeitsvertrag) sowie dem Fehlen arbeitsvertraglicher Beziehungen zwischen Arbeitnehmer und Entleiher. Hiervon ist die TÃ¤tigkeit eines Arbeitnehmers bei Dritten auf Grund eines Werk- oder Dienstvertrages zu unterscheiden, die vorliegt, wenn der Unternehmer die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolges notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen organisiert und er dem Drittunternehmer fÃ¼r die ErfÃ¼llung der im Vertrag vorgesehenen Dienste oder fÃ¼r die Herstellung des geschuldeten Werks verantwortlich bleibt. Im letztgenannten Fall unterliegen die Arbeitnehmer den Weisungen des Arbeitgebers, wobei ein Weisungsrecht des Dritten im Einzelfall, wie sich auch aus Â§ 645 Abs 1 Satz 1 BÃ¼rgerliches Gesetzbuch ergibt, unschÃ¤dlich sein kann (BAG Urteil vom 6. August 2003 aaO). MaÃgebend fÃ¼r die Abgrenzung zwischen ArbeitnehmerÃ¼berlassung und Dienst- und WerkvertrÃ¤gen ist der tatsÃ¤chliche GeschÃ¤ftsinhalt des VertragsverhÃ¤ltnisses (BAG aaO). Zu den maÃgebenden vertraglichen Beziehungen und deren Handhabung hat das LSG jedoch keine tatsÃ¤chlichen Feststellungen getroffen. Dies wird nachzuholen sein.

Das LSG wird auch Ã¼ber die Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden haben.

Erstellt am: 06.09.2004

Zuletzt verändert am: 20.12.2024