
S 5 AL 681/97

Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht	Bundessozialgericht
Sachgebiet	Arbeitslosenversicherung
Abteilung	11
Kategorie	Urteil
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	-
Leitsätze	-
Normenkette	-

1. Instanz

Aktenzeichen	S 5 AL 681/97
Datum	15.10.1998

2. Instanz

Aktenzeichen	L 11 AL 379/98
Datum	26.07.2000

3. Instanz

Datum	29.04.2004
-------	------------

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Bayerischen Landessozialgerichts vom 26. Juli 2000 [L 11 AL 379/98](#) aufgehoben, soweit die Berufung zurückgewiesen worden ist. Der Rechtsstreit wird insoweit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen.

Gründe:

I

Der Kläger ist türkischer Staatsangehöriger, wohnt in der Türkei und ist als Kraftfahrer im grenzüberschreitenden G terverkehr tätig. Er ist bei dem türkischen Unternehmen "T. Ltd. Sti." (T.) beschäftigt. Seit August 1994 wird er als Fahrer auf in Deutschland zugelassenen LKW der "NT. GmbH" (NT-GmbH) ansässig in H. in Deutschland eingesetzt. Zwischen der T. und der NT-GmbH besteht ein "Agenturvertrag", wonach die türkischen Arbeitnehmer der T. auf den LKW der NT-GmbH im grenzüberschreitenden G terverkehr zum Einsatz kommen.

Die Beklagte erteilte dem Kläger zuletzt eine Arbeitserlaubnis für die

beschriebene Tätigkeit, soweit sie Deutschland berührt, bis einschließlich 31. Dezember 1996. Den im Juni 1997 gestellten Antrag des Klägers auf Feststellung, er sei bei seinem Einsatz auf den LKW der NT-GmbH arbeitserlaubnisfrei, lehnte die Beklagte jedoch ab (Bescheid vom 30. Juni 1997, Widerspruchsbescheid vom 7. August 1997). Dagegen hat der Kläger Klage erhoben und vorläufigen Rechtsschutz begehrt. Das Sozialgericht (SG) hat zunächst mit Beschluss vom 6. November 1997 festgestellt, der Kläger bedürfe vorläufig bis 31. März 1998 für die Tätigkeit auf den LKW der NT-GmbH im grenzüberschreitenden Verkehr keiner Arbeitserlaubnis. Die Beschwerde der Beklagten gegen den Beschluss vom 6. November 1997 hat das Landessozialgericht (LSG) mit Beschluss vom 30. März 1998 zurückgewiesen; darüber hinaus hat das LSG auf die Anschlussbeschwerde des Klägers hin festgestellt, der Kläger bedürfe vorläufig bis zur rechtskräftigen Entscheidung im Hauptsacheverfahren keiner Arbeitserlaubnis.

In der Hauptsache hat das SG mit Urteil vom 15. Oktober 1998 festgestellt, dass der Kläger, der auf dem LKW der NT-GmbH tätig ist, im grenzüberschreitenden Verkehr keiner Arbeitserlaubnis bedarf. Das LSG hat die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des SG vom 15. Oktober 1998 verworfen, soweit sie die Vergangenheit betrifft, und zurückgewiesen, soweit sie die Zukunft betrifft (Urteil vom 26. Juli 2000). Das LSG hat ua ausgeführt: Die Berufung sei unzulässig, soweit die Erteilung einer Arbeitserlaubnis für die zurückliegende Zeit bis zur Entscheidung des Senats im Streit stehe; auf Grund des vorläufigen Rechtsschutzes habe der Kläger in der Vergangenheit Fahrten ohne Billigung der Beklagten durchgeführt, was nicht rückgängig gemacht werden könne. Im Übrigen sei die Berufung unbegründet. Der Kläger benötige auch zukünftig keine Arbeitserlaubnis für seine Tätigkeit im grenzüberschreitenden Verkehr für die in Deutschland zurückgelegten Strecken. Dies folge aus Art 13 des Beschlusses Nr 1/80 des Assoziationsrates über die Entwicklung der Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei vom 19. September 1980 (ARB Nr 1/80). Die Beschäftigung des Klägers sei ursprünglich ordnungsgemäß iS des Art 13 ARB Nr 1/80 gewesen; denn er hätte nach § 9 Nr 2 der Arbeitserlaubnisverordnung (ArbErlaubV) in der ursprünglichen und auch in der ab 1. September 1993 geltenden Fassung als fahrendes Personal im grenzüberschreitenden Personen- und Güterverkehr keiner Arbeitserlaubnis bedurft. Mit der Neufassung des § 9 Nr 2 ArbErlaubV zum 10. Oktober 1996 sowie mit der ab 25. September 1998 geltenden inhaltsgleichen Regelung des § 9 Nr 3a der Arbeitsgenehmigungsverordnung (ArGV) sei unter Verstoß gegen Art 13 ARB Nr 1/80 eine wesentliche Beschränkung des Zugangs der in Rede stehenden türkischen Kraftfahrer zum deutschen Arbeitsmarkt eingetreten. Eine unzulässige Arbeitnehmerüberlassung liege nicht vor.

Die Beklagte hat die vom LSG zugelassene Revision eingelegt. Nach dem Vorlagebeschluss des Senats vom 20. Juni 2001 [B 11 AL 89/00 R](#) zur Auslegung des Art 13 ARB Nr 1/80 und des Art 41 des Zusatzprotokolls vom 23. November 1970 zu dem Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei und übereinstimmenden Anträgen der Beteiligten hat der Senat am 12. Oktober

2001 das Ruhen des Verfahrens angeordnet. Nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 21. Oktober 2003 [âĀĀ C 317/01](#) und [C 369/01](#) [âĀĀ](#) ist das Ruhen aufgehoben und das Verfahren fortgesetzt worden.

Mit der Revision r¹/₄gt die Beklagte die Verletzung des [ÂĀ 9 Nr 2 ArbErlaubV](#) bzw des [ÂĀ 9 Nr 3a ArGV](#). Es fehle schon an einer Beschr¹/₄nkung f¹/₄r die Freiheit der Dienstleistungserbringung, die durch das deutsche Arbeitsgenehmigungsrecht verursacht sein k¹/₄nnte, denn ein Fahrer ben¹/₄tigte im grenz¹/₄berschreitenden G¹/₄terverkehr weiterhin keine Genehmigung soweit er sich im Rahmen der allgemein g¹/₄ltigen Rechte und Gesetze bewege. In den vorgenommenen [ÃĀnderungen](#) des Arbeitsgenehmigungsrechts liege jedenfalls keine neue Beschr¹/₄nkung f¹/₄r die Dienstleistungserbringung durch Unternehmen mit Sitz in der T¹/₄rkei. Die [ÃĀnderungen](#) des Arbeitsgenehmigungsrechts stellten lediglich eine Anpassung an die ohnehin geltenden Regelungen des Verkehrsrechts dar. Der grenz¹/₄berschreitende G¹/₄terverkehr sei generell nicht uneingeschr¹/₄nt m¹/₄glich. Er h¹/₄nge vielmehr von den bestehenden Transportgenehmigungen ab, wonach nur im Staat der Niederlassung des Unternehmens zugelassene Fahrzeuge eingesetzt w¹/₄rden. Die [ÃĀnderung](#) des Arbeitsgenehmigungsrechts verfolge lediglich eine Anpassung des Arbeitsgenehmigungsrechts an andere Rechtsbereiche (Verkehrsrecht) und damit die Wahrung der Rechtseinheit. Durch die [ÃĀnderung](#) der Arbeitsgenehmigungsverordnung sei kein neuer Regelungsinhalt geschaffen worden, sondern lediglich die Gesetzessystematik und die Regelungstechnik ge¹/₄ndert worden. Neben den verkehrsrechtlichen Ausf¹/₄hrungen sei auch eine [ÃĀberlassung](#) der Lastkraftwagen durch ein deutsches Unternehmen an einen t¹/₄rkeischen Arbeitgeber im Wege der Vermietung unzul¹/₄ssig. Die "Fahrzeug-Vermietung" stelle in Verbindung mit der Besch¹/₄ftigung eines t¹/₄rkeischen Arbeitnehmers Arbeitnehmer¹/₄berlassung dar. Bereits zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Zusatzabkommens im Jahr 1971 sei diese Dienstleistung grenz¹/₄berschreitend nicht zul¹/₄ssig gewesen. Damit k¹/₄nnne weder von einer rechtm¹/₄ÃĀig erbrachten Dienstleistung noch von einer ordnungsgem¹/₄ÃĀen Besch¹/₄ftigung die Rede sein.

Die Beklagte beantragt,
das Urteil des Sozialgerichts N¹/₄rnberg vom 15. Oktober 1998 [âĀĀ S 5 AL 681/97](#)
[âĀĀ](#) sowie das Urteil des Bayerischen Landessozialgerichts vom 26. Juli 2000 [âĀĀ L 11 AL 379/98](#) [âĀĀ](#) aufzuheben, soweit die Berufung zur¹/₄ckgewiesen worden ist, und die Klage abzuweisen.

Der Kl¹/₄ger beantragt,
die Revision mit der Ma¹/₄gabe zur¹/₄ckzuweisen, dass der Kl¹/₄ger k¹/₄nftig berechtigt ist, als von der T. Ltd. Sti., besch¹/₄ftigter Kraftfahrer auf in Deutschland zugelassenen Lastkraftwagen des G¹/₄terkraftverkehrsunternehmens NT. GmbH, H. , im grenz¹/₄berschreitenden G¹/₄terverkehr in Deutschland ohne Arbeitsgenehmigung t¹/₄tig zu werden.

Er tr¹/₄gt vor, eine unzul¹/₄ssige neue Beschr¹/₄nkung der Dienstleistungsfreiheit liege vor. Etwaige Verst¹/₄ÃĀe gegen das G¹/₄terkraftverkehrsrecht seien von den daf¹/₄r zust¹/₄ndigen Beh¹/₄rden zu ahnden bzw zu unterbinden. Bei der

grenzüberschreitenden Tätigkeit auf in Deutschland zugelassenen Fahrzeugen handle es sich auch nicht um unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung.

II

Die Revision der Beklagten – die sich nach der in der mündlichen Verhandlung vorgenommenen Beschränkung des Antrages nicht mehr gegen das Urteil des LSG richtet, soweit dieses die Berufung für die Vergangenheit als unzulässig verworfen hat – ist im Sinne der Zurückverweisung begründet. Der Senat kann auf Grund der vom LSG getroffenen Feststellungen nicht abschließend entscheiden.

1. Der Kläger begehrt als Arbeitnehmer eines türkischen Unternehmens die Feststellung, dass er kraftig berechtigt ist, als Kraftfahrer auf in Deutschland zugelassenen Lastkraftwagen eines bestimmten deutschen Güterkraftverkehrsunternehmers im grenzüberschreitenden Güterverkehr arbeitsgenehmigungsfrei in Deutschland tätig werden zu können. Die Feststellungsklage ist zulässig (vgl. [BSGE 74, 90](#), 91 f = [SozR 3-4210 Â§ 9 Nr 1](#)). Etwaigen Bedenken hinsichtlich des Feststellungsinteresses angesichts der weiteren Fassung des Antrags in den Vorinstanzen hat der Kläger dadurch Rechnung getragen, dass er sein Feststellungsbegehren auf die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit beschränkt hat. Insoweit handelt es sich nicht um eine im Revisionsverfahren nach [Â§ 168 Satz 1](#) Sozialgerichtsgesetz unzulässige Klageänderung, sondern um eine Klarstellung dessen, was der Kläger bereits in den Vorinstanzen begehrt hat (s dazu BSG 3-1500 Â§ 55 Nr 34; vgl auch [BSGE 88, 231](#), 233 = [SozR 3-4210 Â§ 9 Nr 2](#)).

2. Die Begründetheit des Feststellungsbegehrens hängt davon ab, ob hinsichtlich der beabsichtigten Beschäftigung Arbeitsgenehmigungsfreiheit besteht. Nach dem anzuwendenden deutschen Recht ist der Kläger als Arbeitnehmer eines türkischen Arbeitgebers nicht berechtigt, im grenzüberschreitenden Güterverkehr auf in Deutschland zugelassenen Fahrzeugen in Deutschland arbeitsgenehmigungsfrei tätig zu werden. Die vom Kläger 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 Rechtsverhältnis 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](#) – erlassen auf Grund des [Â§ 288 Abs 1](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch – bedarf keiner Arbeitsgenehmigung das fahrende Personal im grenzüberschreitenden Güterverkehr bei Arbeitgebern mit Sitz im Ausland, wenn das Fahrzeug im Sitzstaat des Arbeitgebers zugelassen ist. Nach den Ausführungen im Urteil des LSG ist der Kläger bei der Termo-Plan, einem türkischen Unternehmen, angestellt. Zu Gunsten des Klägers kommt deshalb in Betracht, dass er derzeit bzw in Zukunft als Fernfahrer für einen Arbeitgeber mit Sitz im Ausland tätig werden will. Es fehlt aber jedenfalls an der für die Arbeitserlaubnisfreiheit

gemäß [§ 9 Nr 3a ArGV](#) weiter erforderlichen Voraussetzung der Zulassung des jeweiligen Fahrzeugs im Sitzstaat des Arbeitgebers; denn die vom Kläger gelenkten bzw in Zukunft zu lenkenden Fahrzeuge sind in Deutschland, nicht in der Türkei zugelassen.

b) Der Kläger kann sich nicht darauf berufen, die Änderung der ArbErlaubV vom 10. Oktober 1996 sei eine nach Art 13 ARB 1/80 unzulässige neue Beschränkung des Zugangs zum Arbeitsmarkt. Diese Vorschrift ist nicht auf Arbeitnehmer anzuwenden, die bei einem Unternehmen mit Sitz in der Türkei beschäftigt sind, von diesem entlohnt werden und nur wegen ihrer Tätigkeit als Kraftfahrer im grenzüberschreitenden GÄterverkehr 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 des Klägers bei der im Feststellungsantrag umschriebenen Tätigkeit entspricht der vom EuGH zu Grunde gelegten Situation.

c) Der Kläger kann sich jedoch darauf berufen, dass die bereits genannte Änderung der ArbErlaubV zum 10. Oktober 1996 zu einer unzulässigen Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs iS des Art 41 Abs 1 des Zusatzprotokolls vom 23. November 1970 (ABI 1972 L 293 S 1; [BGBl II 1972 S 385](#)) geführt hat. In dieser Vorschrift verpflichten sich die Vertragsparteien, untereinander keine neuen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs einzuführen. Der Dienstleistungsverkehr in diesem Sinne umfasst auch den Einsatz von Arbeitskräften des Dienstleisters (EuGH, Urteil vom 21. Oktober 2003 RdNr 111). Auf die Inanspruchnahme dieser Bestimmung können sich nicht nur das Unternehmen in der Türkei, das rechtmäßig Dienstleistungen in einem Mitgliedstaat erbringt, sondern auch türkische Fernfahrer, die von einem derartigen Unternehmen mit Sitz in der Türkei beschäftigt 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 Beschränkung 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 behördlichen Erlaubnis wie einer Arbeitserlaubnis abhängig macht (EuGH Urteil vom 21. Oktober 2003 RdNr 111). Im Hinblick darauf ist es nicht zweifelhaft, dass es sich bei der Einführung einer Arbeitserlaubnispflicht für den grenzüberschreitenden Verkehr bei Zulassung des Fahrzeuges im Inland um eine Einschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs handelt (vgl EuGH aaO RdNr 112 â 115).

Es handelt sich auch gegenüber dem Rechtszustand beim Inkrafttreten des Zusatzprotokolls am 1. Januar 1973 um eine neue Beschränkung des Dienstleistungsverkehrs.

Im Jahre 1973 war das fahrende Personal im grenzüberschreitenden

G^{1/4}terverkehr allgemein und ohne weitere ausdr^{1/4}ckliche Einschr^{1/4}nkung arbeitserlaubnisfrei (Â§ 9 Nr 2 ArbErlaubV idF vom 2. M^{1/4}rz 1971, [BGBl I 152](#)). Mit der durch Verordnung vom 1. September 1993 ([BGBl I 1527](#)) f^{1/4}r die Zeit ab September 1993 vorgenommenen ^{1/4}nderung des Â§ 9 Nr 2 ArbErlaubV (Einf^{1/4}gung der Worte "bei Arbeitgebern mit Sitz im Ausland") war eine Verschlechterung der Position in der T^{1/4}rkei besch^{1/4}ftigter Arbeitnehmer noch nicht verbunden. Die sp^{1/4}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 f^{1/4}r das fahrende Personal bei ausl^{1/4}ndischen Arbeitgebern vorsehen, "sofern das Fahrzeug im Sitzstaat des Arbeitgebers zugelassen ist", sind jedoch im Vergleich zu den davor geltenden Regelungen f^{1/4}r die betroffenen t^{1/4}rkeischen Staatsangeh^{1/4}rigen "weniger g^{1/4}nstig".

e) Dem Einwand der Beklagten, in den ^{1/4}nderungen des Arbeitsgenehmigungsrechts f^{1/4}r die Zeit ab Oktober 1996 liege keine neue Beschr^{1/4}nkung, sondern lediglich eine Anpassung an die ohnehin geltenden Regelungen des Verkehrsrechts, ist nicht zu folgen. Dem hier zu beurteilenden Einsatz eines in der T^{1/4}rkei in einem Besch^{1/4}ftigungsverh^{1/4}ltnis stehenden Arbeitnehmers auf LKW des deutschen G^{1/4}terkraftverkehrsunternehmers NT-GmbH, der Inhaber der Erlaubnis nach Â§ 3 G^{1/4}terkraftverkehrsgesetz (G^{1/4}KG) vom 22. Juni 1998 ([BGBl I 1485](#); bis zum 30. Juni 1998: Genehmigung nach Â§ 8 G^{1/4}KG) ist, stehen ausdr^{1/4}ckliche Vorschriften des G^{1/4}KG nicht entgegen. Die Frage, ob der inl^{1/4}ndische Erlaubnisinhaber seine Pflichten nach dem G^{1/4}KG oder den europarechtlichen Vorschriften f^{1/4}r den G^{1/4}terverkehr auf LKW (vgl etwa Art 15 EWGV 3820/85 vom 20. Dezember 1985, ABI L 370 S 1 und Art 13 und 14 EWGV 3821/85 vom 20. Dezember 1985, ABI L 370 S 8) beim Einsatz des Kl^{1/4}gers als Kraftfahrer auf seinen LKW verletzt, weil etwa die T. als Arbeitgeberin Weisungsrechte gegen^{1/4}ber dem Kl^{1/4}ger hat und auch wahrnimmt, ist f^{1/4}r diesen Rechtsstreit unerheblich. Etwaige Pflichtverst^{1/4}Ã¶e h^{1/4}tte die nach dem G^{1/4}KG zust^{1/4}ndige Beh^{1/4}rde zu beurteilen und zu ahnden.

Bedenken der Beklagten, die ^{1/4}berlassung von LKW an ein t^{1/4}rkeisches Unternehmen verst^{1/4}Ã¶e gegen Â§ 27 Stra^{1/4}enverkehrszulassungsordnung, gehen ins Leere, denn das Feststellungsbegehren des Kl^{1/4}gers richtet sich nur auf den Einsatz von LKW eines deutschen G^{1/4}terkraftverkehrsunternehmers.

3. Der Senat vermag auf der Grundlage der tats^{1/4}chlichen Feststellungen des LSG jedoch nicht zu entscheiden, ob sich die vorliegende Vertragsgestaltung und tats^{1/4}chliche Handhabung als unzul^{1/4}ssige Arbeitnehmer^{1/4}berlassung darstellt. Diese Frage kann ^{1/4} anders als die er^{1/4}terten g^{1/4}terkraftverkehrsrechtlichen Vorfragen ^{1/4} nicht unentschieden bleiben, weil sie unmittelbar die rechtliche Zul^{1/4}ssigkeit der von einem t^{1/4}rkeischen Arbeitnehmer im Inland ausge^{1/4}btten T^{1/4}tigkeiten betrifft und an diese ankn^{1/4}pft. Insoweit steht auch die in Art 41 Abs 1 des Zusatzprotokolls enthaltene Stillhalteklausele nicht entgegen, denn die grenz^{1/4}berschreitende Arbeitnehmer^{1/4}berlassung war jedenfalls auch zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Zusatzprotokolls genehmigungspflichtig (vgl zur

den Fragen der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung im Einzelnen Feuerborn in Schären, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG), 2. Aufl 2003, Einleitung RdNr 572 ff). Im übrigen schätzt Art 41 Abs 1 des Zusatzprotokolls nur diejenigen Unternehmen in der Türkei, die rechtmäßig Dienstleistungen im Inland erbringen.

Da die Termo-Plan nicht über eine Erlaubnis nach dem AÜG verfügt, ist die Beschäftigung eines Arbeitnehmers im Inland nur dann rechtmäßig, wenn dieser nicht als dem deutschen Unternehmen NT-GmbH überlassener Arbeitnehmer tätig wird. Zwar hat das LSG ausgeführt, es liege keine unzulässige Arbeitnehmerüberlassung vor, ohne allerdings die nach der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) erforderlichen Feststellungen zu treffen. Der Hinweis des LSG, [Â§ 9 Nr 3b ArGV](#) spreche gegen eine unzulässige Arbeitnehmerüberlassung ist nicht zwingend; denn die Freistellung von der Arbeitsgenehmigungsfreiheit für bei ausländischen Arbeitgebern beschäftigte Fahrer im grenzüberschreitenden Linienverkehr mit Omnibussen lässt keine Schlussfolgerungen auf die tatsächliche Gestaltung im Einzelfall zu. Zwar ist es nach der Rechtsprechung des BAG nicht ausgeschlossen, dass das türkische Unternehmen für das deutsche Unternehmen im Rahmen eines Dienst- oder Werkvertrages tätig wird, denn auch im erlaubnispflichtigen Personen- und Güterverkehr ist nicht jeder drittbezogene Arbeitnehmereinsatz zugleich Arbeitnehmerüberlassung iS des AÜG (BAG 6. August 2003 – [7 AZR 180/03](#) = [BB 2004, 669](#); vgl auch [BAGE 94, 144](#) = AP Nr 8 zu [Â§ 14 AÜG](#)). Jedoch rechtfertigt nicht allein die Erwägung, das türkische Unternehmen erbringe mit seinen Arbeitnehmern die von ihm der deutschen Auftraggeberin geschuldete Leistung, die Schlussfolgerung des LSG, hier liege ein Werkvertrag vor.

Ob Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, beurteilt sich nach der Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen zwischen Verleiher und Entleiher einerseits (Arbeitnehmerüberlassungsvertrag) und zwischen dem Entleiher und dem Arbeitnehmer andererseits (Leiharbeitsvertrag) sowie dem Fehlen arbeitsvertraglicher Beziehungen zwischen Arbeitnehmer und Entleiher. Hiervon ist die Tätigkeit 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 für die Erfüllung der im Vertrag vorgesehenen Dienste oder für 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](#) Bürgerliches Gesetzbuch ergibt, unschädlich sein kann (BAG Urteil vom 6. August 2003 aaO). Maßgebend für die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Dienst- und Werkverträgen ist der tatsächliche Geschäftsinhalt des Vertragsverhältnisses (BAG aaO). Zu den maßgebenden vertraglichen Beziehungen und deren Handhabung hat das LSG jedoch keine tatsächlichen Feststellungen getroffen. Dies wird nachzuholen sein.

Das LSG wird auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden

haben.

Erstellt am: 23.08.2004

Zuletzt verändert am: 20.12.2024