

Vermittlung von Messehostessen ohne Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung ist nicht unlauter

Oberlandesgericht Frankfurt

Urteil vom 29.01.2015

Az.: 6 U 63/14

Tenor

Die Berufung der Klägerin gegen das am 27.2.2014 verkündete Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main (Az.: 2-3 0 177/13) wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Zwangsvollstreckung des Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Zwangsvollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Entscheidungsgründe

I.

Die Parteien sind Dienstleistungsunternehmen im Bereich Messeservice. Der Beklagte wirbt in seinem Internetauftritt „X.de“ mit der Vermittlung von Personal mit deutscher Muttersprache und guten Englischkenntnissen (Anlage K 1).

Der Beklagte verfügt im Gegensatz zu der Klägerin nicht über eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung i. S. des § 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG). Er schließt mit den von ihm vermittelten – größtenteils weiblichen – Personen vorformulierte Verträge ab, wie sie in Anlage K 5 dargestellt sind. Den als „Auftrag“ überschriebenen Verträgen liegen die aus Anlage K 6 ersichtlichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Beklagten zugrunde. Der Beklagte stellt die von den vermittelten Messehostessen erbrachten Leistungen seinen jeweiligen Kunden in Rechnung und zahlt dann das vereinbarte Honorar an das Messepersonal aus.

Die Klägerin wirft dem Beklagten vor, unerlaubt Arbeitnehmerüberlassung zu betreiben, womit er sich zugleich wettbewerbswidrig verhalte. Er verschaffe sich in unlauterer Weise Wettbewerbsvorteile, indem er sich zum einen Kosten und Aufwendungen für das Zulassungsverfahren, zum anderen Personalverwaltungskosten spare und außerdem gegenüber den Kunden und dem Messepersonal den Eindruck vermittele, besonders „unbürokratisch“ zu agieren. Die Klägerin hat den Beklagten auf Unterlassung, Auskunft, Schadensersatz und auf Erstattung der Abmahnkosten in Anspruch genommen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird gem. § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil Bezug genommen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Ein wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsanspruch bestehe nicht, weil es sich bei der Erlaubnispflicht nach § 1 AÜG um eine reine Marktzutritts- nicht aber um eine Marktverhaltensregel i. S. des § 4 Nr. 11 UWG handle. Deliktische Ansprüche seien ebenfalls nicht gegeben. Das mit den Annexansprüchen verfolgte Begehren könne deshalb ebenfalls keinen Erfolg haben.

Mit der Berufung verfolgt die Klägerin ihr erstinstanzliches Ziel weiter. Sie wirft dem Landgericht vor, § 4 Nr. 11 UWG nicht richtig angewendet, § 1 AÜG unzutreffend ausgelegt und

die §§ 9, 10 AÜG in ihrer rechtlichen Tragweite für den hiesigen Streitgegenstand übersehen zu haben.

Es müsse berücksichtigt werden, dass die für die Erlaubniserteilung nach § 3 AÜG erforderlichen Kenntnisse und sonstigen Voraussetzungen auch Auswirkungen auf das Marktverhalten eines Verleihers hätten und dass dieser Vorschrift daher eine Schutzfunktion für die Marktpartner inne wohne.

Ferner habe das Landgericht übersehen, dass die Messehostessen als abhängig beschäftigte Arbeitnehmerinnen zugleich Verbraucherinnen im Sinne von § 2 Abs. 2 UWG seien. In seinem Urteil vom 31. Mai 2012 (Az. I ZR 45/11 – Missbräuchliche Vertragsstrafe) habe der Bundesgerichtshof klargestellt, dass eine Marktverhaltensregelung bereits dann vorliege, wenn ein Verstoß gegen die sachliche Sorgfalt des Unternehmers bestehe und wenn dieser Verstoß geeignet sei, Verbraucher davon abzuhalten, berechnete Ansprüche geltend zu machen. Dies müsse sinngemäß auf die Situation der Messehostessen übertragen werden, die in der Regel nicht darüber informiert seien, dass ihnen sozialversicherungsrechtliche Ansprüche bei einer Beschäftigung durch einen Verleiher i.S. des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes zustünden.

Die Klägerin beantragt, das angefochtene Urteil abzuändern und

1. den Beklagten zu verurteilen, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr

Arbeitsvermittlung in Form der Vermittlung von Standpersonal an Aussteller auf Messen gemäß den Bedingungen in Anlagen K 5 und 6 zur Klageschrift zu betreiben, solange und soweit er nicht im Besitz einer Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung nach § 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz ist,

2. den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin vorgerichtliche Kosten in Höhe von 661,16 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank ab Zustellung der Abmahnung zu zahlen,

3. festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin alle Schäden zu ersetzen, die dieser aus der gemäß Ziffer 1 untersagten Arbeitsvermittlung entstanden sind,

4. den Beklagten zu verurteilen, Auskunft zu erteilen über alle Arbeitsvermittlungen von Messehostessen in der Zeit seit dem 10. September 2012.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

Der Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung seines bisherigen Vorbringens.

II.

Das Rechtsmittel ist nicht begründet, weil der Klägerin gegen den Beklagten keine wettbewerbsrechtlichen bzw. deliktsrechtlichen Unterlassungs- und Folgeansprüche in dem begehrten Umfang zustehen. Zwar betreibt der Beklagte Arbeitnehmerüberlassung ohne die erforderliche behördliche Erlaubnis. Die Klägerin kann hiergegen jedoch nicht mit Erfolg vorgehen, weil in dem Verstoß gegen diese Erlaubnispflicht weder ein unlauteres Verhalten im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG noch ein Verstoß gegen sonstige zivilrechtliche Vorschriften liegt.

1.

Der Beklagte betreibt erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung, soweit er das von ihm vermittelte Messepersonal mit Hilfe der Vertragsbestimmungen gemäß Anlagen K 5 und K 6 an sich bindet.

§ 1 Abs. 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) verlangt, dass Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleihern) Arbeitnehmer (Leiharbeiter) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen wollen, der behördlichen Erlaubnis bedürfen. Eine Verletzung dieser Vorschrift ist bußgeldbewehrt (§ 16 AÜG).

Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses weisungsgebunden und in persönlicher Abhängigkeit von einem anderen (Arbeitgeber) zur fremdbestimmten Arbeitsleistung gegen Vergütung verpflichtet ist (Palandt-Weidenkaff, BGB, 74. Aufl., Rn. 7 vor § 611 BGB). Bei der Beschäftigung in einem fremden Betrieb wird das angenommen, wenn der Beschäftigte dort eingegliedert ist und dabei einem umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt, das sich auf Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung bezieht (vgl. LSG Hessen vom 20. 10. 2005 – Anlage K 10, Tz. 18).

Der Beklagte kann sich nicht darauf berufen, dass den Auftragnehmern/innen in § 1 seiner Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorgegeben wird, dass „...der Vertrag eine selbständige Dienstleistung beinhaltet, die in keiner Weise ein Arbeitsverhältnis begründet, nicht der Sozialversicherungspflicht unterliegt und ihn/sie verpflichtet, seine steuerlichen Belange (Einkommens-, Gewerbe-, Umsatzsteuer selbst zu regeln.“ (Anlage K 6).

Für die rechtliche Bewertung des Vertragsverhältnisses kommt es nämlich nicht darauf an, wie die Mitarbeiter im Vertrag bezeichnet werden, sondern wie die vertraglichen Beziehungen ausgestaltet sind und wie sie tatsächlich umgesetzt werden (Palandt-Weidenkaff, aaO., Rn 10 vor § 611 BGB).

Aus den in Anlage K 5 vorformulierten Vertragsbestimmungen zum sog. „Outfit“ der Hostessen und aus Ziffern 2), 4 – 5) sowie 8) der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Beklagten (Anlage K 6) ergibt sich, dass sich das von ihm vermittelte

Messepersonal in Bezug auf Ort und Zeit des Arbeitseinsatzes, in Bezug auf dessen Abrechnung und auf die Rahmenbedingungen ihrer Tätigkeit (äußeres Erscheinungsbild, Auftreten, Verhalten etc.) ausschließlich nach den generellen Weisungen des Beklagten richten muss. In Bezug auf die konkrete Tätigkeit auf den Messeständen ist das Weisungsrecht an den Vertragspartner des Beklagten delegiert. Ähnlich wie in dem vom Landessozialgericht Hessen entschiedenen Fall müssen die Hostessen auch hier keine selbstbestimmte sondern eine persönlich undifferenzierte, fremdbestimmte Tätigkeit verrichten, was sie als „entliehene“ Arbeitnehmerinnen qualifiziert (LSG Hessen vom 20. 10. 2005 – Anlage K 10, Tz. 21).

Es spielt keine Rolle, ob das vom Beklagten vermittelte Messepersonal aufgrund der Geringfügigkeit der Beschäftigung sozialversicherungspflichtig ist oder nicht, denn dies kann die rechtliche Einordnung des Vertragsverhältnisses als Arbeitsverhältnis nicht beeinflussen.

2.

Die Erlaubnispflicht in § 1 AÜG ist eine Marktzutrittsregel. Verstöße gegen Marktzutrittsregelungen werden von § 4 Nr. 11 UWG erfasst, wenn diese Normen zugleich Marktverhaltensregelungen darstellen (BGH GRUR 2009, 881, Tz. 14 – Überregionaler Krankentransport). Eine solche (Doppel)funktion liegt in der Regel dann vor, wenn die Betätigung auf einem bestimmten Markt einer öffentlich-rechtlichen Erlaubnis bedarf und die betreffende Norm damit gleichzeitig im Interesse der Marktpartner eine bestimmte Qualität, Sicherheit oder Unbedenklichkeit der angebotenen Waren oder Dienstleistungen sicherstellen will (vgl. Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Auflage, Rn. 11.49 zu § 4 UWG m. w. N.). Diese Schutzfunktion besitzen z.B. Vorschriften, die als Voraussetzung für die Ausübung bestimmter Tätigkeiten – etwa ärztlicher Behandlungen, anderer freiberuflicher oder aber handwerklicher Tätigkeiten – im Interesse des Schutzes der

Allgemeinheit den Nachweis besonderer fachlicher Fähigkeiten fordern (vgl. BGH GRUR 2002, 825, 826 – Elektroarbeiten; MünchKomm/Schaffert UWG, 2. Aufl., Rn 73 zu § 4 Nr. 11 UWG m. w. N.). Das ist hier aber nicht der Fall:

a)

Die Regelungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und namentlich die in § 1 AÜG festgelegte Erlaubnispflicht haben eine sozialpolitische Zielsetzung. Sie sollen den arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Schutz der überlassenen Arbeitnehmer sicherstellen. Dies kommt bereits in der Begründung des Regierungsentwurfs vom 15. 6. 1971 zum Ausdruck, wonach das Gesetz dazu dienen soll, bei der Arbeitnehmerüberlassung Verhältnisse herzustellen, die den Anforderungen des sozialen Rechtsstaats entsprechen und die eine Ausbeutung der betroffenen Arbeitnehmer ausschließen (BT-Drs. VI/2309, S. 9). Auf die darauf bezogenen weiteren Ausführungen in dem angefochtenen Urteil kann zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen werden. Ergänzend ist lediglich anzumerken, dass eine besondere fachliche Qualifikation des Verleihers im Antragsverfahren gar nicht verlangt wird, es genügt vielmehr, dass er seine Zuverlässigkeit nachweist (§§ 2, 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG).

b)

Arbeitnehmerschutzvorschriften dienen regelmäßig allein den Interessen der Arbeitnehmer und weisen deshalb nicht den erforderlichen Marktbezug auf (MünchKomm/Schaffert aaO., Rn 62 zu § 4 Nr. 11 UWG). Arbeitnehmer sind keine Marktteilnehmer am Markt derjenigen Produkte oder Dienstleistungen, an deren Herstellung oder Erbringung sie mitwirken (Harte/Henning/v. Jagow, UWG, 3. Aufl., Rn 33 zu § 4 Nr. 11 UWG).

Der fehlende Marktbezug ergibt sich auch daraus, dass sich die Erlaubnispflicht gem. § 1 AÜG auf die betriebsinterne Organisation des Verleihers bezieht (vgl. dazu Sack WRP 2005,

531, 540). Es besteht insoweit eine vergleichbare Sachlage zu den Arbeitszeitschutzvorschriften, zur Sozialabgabepflicht oder zu den Gesundheitsschutzbestimmungen. In all diesen Fällen wird ein Marktbezug abgelehnt, weil ein Gesetzesverstoß dem Anbieter nur indirekt einen Wettbewerbsvorsprung vor den gesetzestreuen Mitbewerbern verschaffen kann (Köhler/Bornkamm aaO., Rn 11.36 und 11.38 zu § 4 UWG; MünchKomm/Schaffert aaO., Rn 62 zu § 4 Nr. 11, jeweils m. w. N.; Köhler GRUR 2004, 381, 384).

Für einen Marktbezug von arbeitnehmerschützenden Vorschriften muss hinzukommen, dass sie entweder einen unmittelbaren marktbezogener Zweck verfolgen, wie dies bei den Ladenschlussregelungen der Fall ist oder dass sie die wettbewerbsbezogene Zielrichtung haben, „Schmutzkonkurrenz“ auf den jeweiligen Güter- und Dienstleistungsmärkten zu verhindern, wie man es bei den Vorschriften über den Mindestlohn annehmen könnte (vgl. dazu Kocher GRUR 2005, 647, 649).

Beides lässt sich dem oben dargelegten sozialpolitischen Ziel des § 1 AÜG nicht entnehmen. Es spielt deshalb keine Rolle, ob sich der Beklagte gegenüber der Klägerin einen Wettbewerbsvorsprung verschaffen kann, weil er sich den verwaltungstechnischen Mehraufwand spart, der mit der Anmeldung der Mitarbeiter bei den Sozialkassen und mit der Abrechnungen der Sozialabgaben verbunden ist und weil er dadurch auch Preisvorteile gegenüber den gesetzestreuen Mitbewerber erreicht.

Auch durch einen Rückgriff auf die Generalklausel des § 3 UWG lassen sich solche Verstöße nicht lauterkeitsrechtlich sanktionieren, weil andernfalls das Tatbestandsmerkmal der „Marktverhaltensregel“ seine Konturen verlieren würde (vgl. Köhler/Bornkamm aaO., Rn 11.36).

c)

Es ist nicht ersichtlich, dass sich die fehlende behördliche Erlaubnis des Beklagten zur Arbeitnehmerüberlassung auf die Qualität, Sicherheit oder Unbedenklichkeit seiner Dienstleistungen auswirkt und dass der Erlaubnispflicht gem. § 1 AÜG unter diesem Blickwinkel ein Marktbezug innewohnt.

Die Qualität der Dienstleistung eines Verleihers hängt in erster Linie von der fachlichen Befähigung (und Freundlichkeit) der eingesetzten Hostessen, in zweiter Linie von der Qualität seines eigenen Service gegenüber den Entleihern ab. Beides hat mit der behördlichen Erlaubnis nichts zu tun.

Die Klägerin beruft sich zwar darauf, dass die Sicherheit bzw. Unbedenklichkeit der Dienstleistung bei fehlender behördlicher Erlaubnis gefährdet sei, weil der Beklagte seine Vertragspartner einem erheblichen Risiko aussetze. Verträge zwischen Verleihern und Entleihern sowie zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern sind unwirksam, wenn der Verleiher nicht die nach § 1 AÜG erforderliche Erlaubnis hat, was zur Folge hat, dass ab Beginn der Tätigkeit des Leiharbeitnehmers zwischen ihm und dem Entleiher ein Arbeitsverhältnis als zustande gekommen gilt, dessen Inhalt und Dauer sich nach den betriebsinternen Regelungen richtet (§§ 9, 10 Abs. 1 S. 1 AÜG).

Das spielt aber für den Marktbezug der Erlaubnispflicht nach § 1 AÜG ebenfalls keine Rolle. Da die Rechtsbeziehungen zwischen Verleiher und Entleiher in § 12 AÜG abschließend geregelt sind und da dort verlangt wird, dass sich der Verleiher dazu erklärt, ob er in Besitz der erforderlichen Erlaubnis ist (§ 12 Abs. 1 S. 2 AÜG), tritt das o. g. Risiko für den Entleiher erst dann ein, wenn der Verleiher bei dieser Gelegenheit falsche Angaben macht. Hierin liegt möglicherweise eine wettbewerbswidrige Handlung, was aber nicht dazu führen kann, der Marktzutrittsregel des § 1 AÜG eine marktverhaltensbezogene Komponente beizumessen.

d)

Die Erlaubnispflicht gem. § 1 AÜG kann zuletzt auch nicht als Marktverhaltensnorm in Bezug auf das Auftreten eines Verleihers am sog. „Beschaffungsmarkt“, d. h. beim Wettbewerb der Arbeitsvermittler um geeignetes Messepersonal angesehen werden.

Die Messehostessen mögen zwar als Anbieter ihrer Arbeitsleistung Marktteilnehmer auf dem „Beschaffungsmarkt“ der Nachfrage von Arbeitskraft im Sinne von § 2 I Nr. 3 UWG sein (vgl. hierzu Köhler/Bornkamm a.a.O., Rdz. 11.38 zu § 4 UWG). Sie sind beim Angebot ihrer Arbeitskraft aber keine Verbraucher i. S. von § 2 Abs. 2 UWG. Insofern ist eine teleologische Reduktion des Verbraucherbegriffs im UWG geboten, da sich die Interessen und die Schutzbedürftigkeit eines Arbeitnehmers in Bezug auf sein Arbeitsverhältnis, d. h. als Anbieter seiner Arbeitskraft grundlegend von seiner Stellung als Abnehmer von Waren und Dienstleistungen unterscheidet und weil dort vorrangige arbeitsschutzrechtliche Regelungen eingreifen (vgl. Köhler/Bornkamm, UWG, aaO., Rn 140 zu § 2 UWG; Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, 5. Aufl., Rn 90 zu § 2 UWG; MünchKomm/Schaffert aaO., Rn 62 zu § 4 Nr. 11 UWG; a. A. BAG NJW 2005, 3305, MünchKomm/Bähr, aaO., Rn 361 zu § 2 UWG). Dies ergibt sich auch aus Artikel 2 lit. a) der UGP-Richtlinie, wonach bei einem Handeln zu beruflichen Zwecken die Verbrauchereigenschaft entfällt.

Aus diesem Grund kann sich die Klägerin auch nicht auf die Erwägungen berufen, die der Bundesgerichtshof in der Entscheidung vom 31. 5. 2012 (Az.: I ZR 45/11, Tz. 46 ff. – Mißbräuchliche Vertragsstrafe = GRUR 2012, 949) angestellt hat, denn die dortige Konstellation ist mit der hiesigen nicht zu vergleichen.

Selbst wenn man berücksichtigt, dass die Erlaubnispflicht nach § 1 AÜG auch den Interessen der Messehostessen als Marktteilnehmer auf dem Nachfragemarkt dient, so kann dies

allein nicht ausreichen, um die Vorschrift als Marktverhaltensregel auf diesem „Beschaffungsmarkt“ zu qualifizieren. Andernfalls müsste man nämlich auch sämtliche weiteren Arbeitsschutzvorschriften als Marktverhaltensregelungen ansehen, was jedoch nach der bereits wiedergegebenen bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gerade nicht gerechtfertigt ist und mit der Funktion des Lauterkeitsrechts auch nicht zu vereinbaren wäre.

Es ist nach alledem nicht ersichtlich, dass diese Vorschrift unter diesem Blickwinkel eine marktbezogene Zielsetzung hätte und es ist im Übrigen auch nicht einsichtig, dass sich ein ohne behördliche Erlaubnis agierender Arbeitsvermittler bei der Anwerbung von Hostessen Wettbewerbsvorteile gegenüber einem behördlich zugelassenen Konkurrenten verschaffen kann.

3.

Das Landgericht hat mit Recht deliktsrechtliche Ansprüche der Klägerin wegen der Verletzung der Erlaubnispflicht gem. § 1 AÜG abgelehnt. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die Erwägungen in dem angefochtenen Urteil verwiesen, denen die Klägerin in der Berufung nicht entgegengetreten ist.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit und die Schuldnerschutzanordnungen folgen aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Da bislang noch nicht höchstrichterlich geklärt ist, ob und wenn ja, unter welchen Umständen Arbeitnehmer unter den Schutz von § 2 Abs. 2 UWG fallen und ob arbeitnehmerschützende Bestimmungen, die sich möglicherweise auf den Nachfragemarkt für Arbeitsleistungen auswirken können, als Marktverhaltensregeln anzusehen sind, hat der Senat die Revision zugelassen.