

L 10 Ar 624/80

Land
Hessen
Sozialgericht
Hessisches LSG
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
10
1. Instanz
SG Darmstadt (HES)
Aktenzeichen
S 3/5 Ar 115/78
Datum
26.02.1980
2. Instanz
Hessisches LSG
Aktenzeichen
L 10 Ar 624/80
Datum
17.08.1981
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum
-

Kategorie

Urteil

Leitsätze

1. Das Urteil des BVerfG vom 4. April 1967 – [1 BvR 84/65](#) – ist durch das ÄUG und AFG § 13 Abs. 1 weitgehend überholt.
2. Eine verfassungskonforme Auslegung des Art. 1 § 3 Abs. 1 Nr. 3 in Verb. mit [§ 11 Abs. 1 Nr. 4 ÄUG](#) (Angabe des sachlichen Grundes für die Befristung eines Arbeitsverhältnisses) darf den Verleiher nicht unzumutbar beeinträchtigen.
3. Als Grund für die Befristung eines Arbeitsvertrages über eine Woche hinaus genügt es nach Art. 1 § 3 Abs. 1 Nr. 3 ÄUG nicht, wenn der Leiharbeiter nur prüfen will, ob ihm die Arbeit zu schwer oder er ihr gesundheitlich nicht gewachsen ist. Die Gründe für eine längere Befristung sind in einer von der BA nachprüfaren Weise in der Urkunde oder dem Vertrag nach [Art. 1 § 11 Abs. 1 ÄUG](#) zu substantiieren.
4. Gehen Verleiher und Leiharbeiter von der Unwirksamkeit einer Kündigung gemäß [Art. 1 § 9 Nr. 3 ÄUG](#) aus, so liegt kein Verstoß gegen [Art. 1 § 3 Nr. 3 ÄUG](#) vor.
5. [Art. 1 § 3 Abs. 1 Nr. 4 ÄUG](#) ist nur dann anwendbar, wenn der Verleiher die Kündigung ausgesprochen hat.
6. Ein Verstoß gegen das Verbot der Deckungsgleichheit nach [Art. 1 § 3 Abs. 1 Nr. 5 ÄUG](#) kann nur dann zu einer Auflage führen, wenn den Verleiher hierbei ein Verschulden trifft.
- I. Auf die Berufung der Klägerin werden das Urteil des Sozialgerichts Darmstadt vom 26. Februar 1980 – Az.: S-3/5/Ar – 115/78 – und der Bescheid vom 25. August 1977 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 25. Oktober 1978 in der Fassung vom 17. August 1981 dahingehend geändert, daß der Bescheid vom 25. August 1977 zu Nr. 3 und zu c) aufgehoben wird.

II. Im übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

III. Die Beklagte hat der Klägerin ein Drittel der außergerichtlichen Kosten zu erstatten.

IV. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Die Beklagte hat der Klägerin mit Urkunde vom 11. Mai 1976 die Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Überlassung von Arbeitnehmern unbefristet verlängert und dabei keine Auflagen erteilt. Am 26. Mai 1977 führte die Beklagte bei der Klägerin eine Betriebsprüfung durch. Sie stellte dabei verschiedene Verstöße gegen das Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – ÄUG) mit Bescheid vom 25. August 1977 fest und verband die Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung mit verschiedenen, sich hieraus ergebenden Auflagen. Hiergegen wendet sich die Klägerin.

Mit ihrem Bescheid vom 25. August 1977 in der Fassung vom 17. August 1981 beanstandete die Beklagte, daß die Klägerin

- 1) ihren Arbeitnehmern einen 10-prozentigen Aufschlag für Urlaubsentgelt und Feiertagsvergütung gewähre, zwei Arbeitnehmern demzufolge keine Feiertagsvergütung für die Osterfeiertage 1976 bzw. 1977 gewährt wurde und das Jugendarbeitsschutzgesetz bei der Verleihung des Arbeitnehmers Geislinger nicht beachtet worden sei.
- 2) in 10 Fällen mit den Leiharbeitnehmern befristete Arbeitsverträge abgeschlossen habe, ohne daß sich für die Befristung aus der Person des Leiharbeitnehmers ein sachlicher Grund ergeben habe – Verstoß gegen [Artikel 1 § 3 Abs. 1 Ziffer 3 ÄUG](#) –,
- 3) ihrem Leiharbeiter S. gekündigt und ihn innerhalb von 3 Monaten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses erneut eingestellt habe – Verstoß gegen [Artikel 1 § 3 Abs. 1 Ziffer 4 ÄUG](#) –,

4) in 4 Fällen die Dauer des Arbeitsverhältnisses mit den Leiharbeitnehmern auf die Zeit der erstmaligen Überlassung an einen Entleiher beschränkt habe – Verstoß gegen [Artikel 1 § 3 Abs. 1 Ziffer 5 AÜG](#) –.

5) den wesentlichen Inhalt des Arbeitsverhältnisses bei dem Leiharbeitnehmer H. S. nicht in eine Urkunde aufgenommen habe – Verstoß gegen [Artikel 1 § 11 Abs. 1 AÜG](#) – und eine schriftliche Vereinbarung über das Arbeitsverhältnis von der Klägerin nicht vorgelegt werden konnte – Verstoß gegen [Artikel 1 § 16 Abs. 1 Ziffer 8 AÜG](#) –.

Die Beklagte verband daraufhin die erteilte Erlaubnis – ebenfalls mit Bescheid vom 25. August 1977 – mit folgenden Auflagen:

a) Die Arbeitsverträge sollten bezüglich Urlaubsentgelt und Feiertagsvergütung entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen geändert werden, die Vorschriften des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Jugendarbeitsschutzgesetz seien einzuhalten ([Artikel 1 § 3 Abs. 1 Ziffer 1 AÜG](#)).

b) Mit den Leiharbeitnehmern dürften nur dann befristete Arbeitsverträge abgeschlossen werden, wenn sich für die Befristung aus der Person des Leiharbeitnehmers ein sachlicher Grund ergebe ([Artikel 1 § 3 Abs. 1 Ziffer 3 AÜG](#)); der erforderliche sachliche Grund sei in ausreichender und nachprüfbarer Weise darzulegen.

c) Sofern mit dem Leiharbeitnehmer unbefristete Arbeitsverträge abgeschlossen und diese Verträge durch Kündigung seitens des Verleihers beendet würden, dürfe der Leiharbeitnehmer nicht innerhalb von 3 Monaten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses erneut eingestellt werden ([Artikel 1 § 3 Abs. 1 Ziffer 4 AÜG](#)).

d) Die Dauer des Arbeitsverhältnisses mit dem Leiharbeitnehmer dürfe nicht auf die Zeit der erstmaligen Überlassung an einen Entleiher beschränkt werden ([Artikel 1 § 3 Abs. 1 Ziffer 5 AÜG](#)).

e) Die Verpflichtung nach [Artikel 1 § 11 Abs. 1 AÜG](#), den wesentlichen Inhalt des Arbeitsverhältnisses in eine von der Klägerin zu unterzeichnende Urkunde aufzunehmen, entfalle nur dann, wenn das Arbeitsverhältnis durch eine schriftliche Vereinbarung begründet werde, welche die in [Artikel 1 § 11 Abs. 1 Satz 2 AÜG](#) geforderten Angaben enthalte ([Artikel 1 § 11 Abs. 1 Satz 4 AÜG](#)).

Der Bescheid der Beklagten vom 25. August 1977 verweist abschließend darauf, die Klägerin handele ordnungswidrig, wenn sie den genannten Auflagen nicht, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig nachkomme. In diesem Fall werde die Beklagte darüber hinaus prüfen, ob die Erlaubnis nicht widerrufen bzw. nicht mehr verlängert werde. Dieser Bescheid wurde der Klägerin am 29. August 1977 zugestellt.

Am 3. Oktober 1977 ging ein von deren Prokuristen N. unterzeichnetes Schreiben der Klägerin vom 27. September 1977 ein, mit dem die Beklagte zu dem "Schreiben vom 25. August 1977" Stellung nahm und abschließend mitteilte, das Verwaltungspersonal sei eindringlich auf die Beachtung sämtlicher Auflagen aufmerksam gemacht, so daß in Zukunft keinerlei Verstöße mehr vorkommen würden. Dieses Schreiben sah die Beklagte als Widerspruch an. Sie verwarf ihn mit Widerspruchsbescheid vom 23. Mai 1978 wegen Fristversäumnis als unzulässig.

Mit ihrer Klage vertrat die Klägerin die Auffassung, sie habe rechtzeitig Widerspruch eingelegt, denn eine Angestellte habe das Schreiben vom 27. September 1977 am gleichen Tag zur Post gegeben. Im übrigen bestritt die Klägerin die behaupteten Verstöße oder nahm zu ihnen Stellung.

Am 31. Mai, 1. und 2. Juni 1978 nahm die Beklagte eine weitere Betriebsprüfung bei der Klägerin vor, die zu Beanstandungen führte, die in dem Bescheid der Beklagten vom 30. November 1978 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 31. März 1979 im einzelnen aufgeführt sind. Es war deshalb ebenfalls eine Klage beim Sozialgericht Darmstadt (SG) unter dem Aktenzeichen S-3/Ar – 70/79 anhängig, die bei dem erkennenden Senat noch unter dem Aktenzeichen L-10/Ar – 623/80 schwebt.

Das SG hat die Klage gegen den Bescheid vom 25. August 1977 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 23. Mai 1978 mit Urteil vom 26. Februar 1978 – S-3/5/Ar – 115/78 – abgewiesen. Es ging in seinen Entscheidungsgründen auf die Versäumung der Widerspruchsfrist nicht ein und vertrat die Auffassung, die Beklagte habe mit ihren Auflagen in dem Bescheid vom 25. August 1977 lediglich den Wortlaut des Gesetzes wiederholt; sie seien deshalb nicht rechtswidrig. Die Auflagen beinhalteten sämtlich Forderungen, deren Nichterfüllung die Beklagte berechtigten, gemäß [Artikel 1 § 5 Abs. 1 Nr. 3 AÜG](#) die unbefristete Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung zu widerrufen. Die Beklagte könne diese Genehmigung auch nachträglich mit Auflagen versehen. Ihre Beachtung stelle das Mindestmaß dessen dar, was das Gesetz dem Verleiher zur Beachtung abverlange. Den Anlaß zu den Beanstandungen habe die Klägerin auch mit ihrem Schreiben vom 27. September 1977 im wesentlichen eingeräumt.

Die Berufung der Klägerin gegen dieses ihr am 23. April 1980 zugestellte Urteil ging am 20. Mai 1980 beim Hessischen Landessozialgericht ein. Die Klägerin ist der Auffassung, es könne nicht der Sinn von Auflagen sein, den Gesetzeswortlaut zu wiederholen. Reale Vorfälle lägen diesen Auflagen nicht zugrunde. Außerdem herrsche auch Vertragsfreiheit. Es reiche aus, wenn der Arbeitnehmer den Willen habe, einen bestimmten Vertrag abzuschließen. Infolge der starken Arbeitskräftefluktuation würden jährlich mehrere tausend Arbeitsverhältnisse von der Klägerin abgeschlossen. Dabei könne es vorkommen, daß ein Arbeitsvertrag falsch abgelegt werde oder verloren gehe. Vor dem beanstandeten Bescheid sei die Urlaubs- und Feiertagsvergütung in den vereinbarten Lohn mit einbezogen worden; dies sei aber inzwischen geändert worden. Die Klägerin könne auch nicht kontrollieren, ob bei den Entleihern die Bestimmungen des Jugendarbeitsschutzgesetzes eingehalten würden, sie weise aber auf deren Beachtung hin. Eine Befristung von Arbeitsverhältnissen sei stets nur auf Wunsch der Leiharbeitnehmer vorgenommen worden. Bei Studenten komme es vor, daß sie über die Ferien hinaus tätig würden, um sich in den ersten Wochen eines Semesters noch Geld zu verdienen. Da der Arbeitnehmer S. seine frühere Kündigung bereut habe, habe die Klägerin keinen Grund gesehen, ihm den Abschluß eines neuen Arbeitsvertrages zu verweigern. Der Vorwurf, die Dauer des Arbeitsverhältnisses mit Arbeitnehmern auf die Zeit der erstmaligen Überlassung beschränkt zu haben, sei in allen Fällen aufgeklärt worden. Soweit schriftliche Vereinbarungen mit den Arbeitnehmern fehlten, seien diese offensichtlich bei einem Wassereinbruch in den Keller der Klägerin verloren gegangen. Die Klägerin hat für alle Behauptungen ihre Prokuristin I. N. als Zeugin benannt.

Während des Berufungsverfahrens hat die Beklagte der Klägerin wegen der Versäumung der Widerspruchsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt und ihren Schriftsatz vom 25. Oktober 1978 als Widerspruchsbescheid bezeichnet. Ihren Widerspruchsbescheid vom

23. Mai 1978 hat sie aufgehoben.

Die Klägerin beantragt,
das Urteil des Sozialgerichts Darmstadt vom 26. Februar 1980 und den Bescheid vom 25. August 1977 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 25. Oktober 1978 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält an ihrer bisherigen Auffassung fest und hat für die Richtigkeit der dem angefochtenen Bescheid zugrundeliegenden Tatsachen G. B. und K. S., die bei der Prüfung am 26. Mai 1977 mitgewirkt haben, als Zeugen benannt.

Der Senat hat I. N., G. B., K. S. und T. R. am 5. Mai 1981 als Zeugen und den Geschäftsführer der Beklagten K. T. persönlich gehört, sowie später die Zeugen M. und B. Wegen des Ergebnisses dieser Beweisaufnahmen wird auf die betreffenden Niederschriften Bezug genommen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird weiter Bezug genommen auf den Inhalt der Streitakte des vorliegenden Verfahrens, den der Streitakte – Az.: L-10/Ar – 623/80 – und der Verleiherakte der Beklagten über die Klägerin (2. Akte). Der wesentliche Inhalt dieser Akten gelangte in mündlicher Verhandlung zum Vortrag.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung ist zulässig, denn sie ist form- und fristgerecht eingelegt und an sich statthaft. Sie ist jedoch nur zum Teil begründet.

Die von der Beklagten wegen Versäumung der Widerspruchsfrist gewährte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist von dem Senat nicht nachzuprüfen. Wenn auch die Vorschrift des [§ 67 SGG](#) (Sozialgerichtsgesetz) über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht für das Verwaltungsverfahren gilt, so ist sie doch auf den Widerspruch nach § 84 Abs. 2 letzter Satz entsprechend anzuwenden (vgl. Meyer-Ladewig, SGG, Kommentar, 2. Aufl., Anm. 2 zu § 67). Bei Versäumung der Widerspruchsfrist kann das Gericht Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht gewähren, zuständig ist allein die für die Widerspruchsentscheidung zuständige Stelle, sie kann ihre Entscheidung auch nachholen, selbst dann, wenn sie erst im gerichtlichen Verfahren beantragt wird (vgl. Meyer-Ladewig, a.a.O., Anm. 12 zu § 67 m.w.N.). Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand konnte deshalb von der Beklagten mit ihrem Schriftsatz vom 6. März 1981 gewährt werden, sie konnte auch gleichzeitig ihren Schriftsatz vom 25. Oktober 1978 als Widerspruchsbescheid bezeichnen, da das Landesarbeitsamt Hessen, dieselbe Stelle, die auch den Widerspruchsbescheid zu erlassen hat, den Rechtsstreit für die Beklagte führt.

Der Bescheid der Beklagten vom 30. November 1978, der Gegenstand des bei dem Senat anhängigen Verfahrens L-10/Ar – 623/80 ist, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens geworden. Zwar ist [§ 96 Abs. 1 SGG](#) weit auszulegen (vgl. Meyer-Ladewig, a.a.O., Anm. 4 zu § 96), was dazu führt, daß z.B. bei Dauerschuldverhältnissen ein neuer Bescheid der das streitige Rechtsverhältnis für einen weiteren Zeitraum regelt, Gegenstand des ersten Verfahrens wird. Dies gilt insbesondere bei der Berechnung einer Rente oder sonstigen wiederkehrenden Leistung für einen weiteren späteren Zeitraum.

Der Bescheid der Beklagten vom 30. November 1978 ist indessen aufgrund einer neuen Betriebsprüfung bei der Klägerin ergangen. Wenn die von der Beklagten darin erhobenen Beanstandungen sich auch teilweise mit den Beanstandungen aus dem Bescheid vom 25. August 1977 decken, so liegt doch zwischen den Beteiligten ein Dauerschuldverhältnis in dem Sinne nicht vor, daß wie bei der Rentengewährung die Beklagte der Klägerin eine bestimmte Leistung schuldet, die nur für verschiedene Zeiträume jeweils neu festgestellt wird. Über den Bescheid der Beklagten vom 30. November 1978 kann deshalb in einem anderen Verfahren entschieden werden.

Der Bescheid der Beklagten vom 25. August 1977 in der Fassung, die er durch die von der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vom 17. August 1981 vorgenommenen Änderungen erfahren hat, ist nur teilweise zu beanstanden.

Seine Rechtsgrundlage findet der angefochtene Bescheid vom 25. August 1977 in [Artikel 1](#) § 2 Abs. 2 AÜG, wonach Auflagen auch nach Erteilung der Erlaubnis zulässig sind und diese sicherstellen sollen, daß keine Tatsachen eintreten, die nach § 3 die Versagung der Erlaubnis rechtfertigen. [Art. 1](#) § 3 AÜG begründet Verbote und die Feststellung von Verstößen gegenüber dem Verleiher. Bei einer Nichtbeachtung dieser Rügen hat die Beklagte die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung gemäß [Art. 1](#) § 5 Abs. 1 Nr. 3 AÜG in Verb. mit [Art. 1](#) § 3 Abs. 1 AÜG für die Zukunft zu widerrufen. Die Befolgung der Verbote des [Art. 1](#) § 3 AÜG kann die Beklagte aber nicht nur durchsetzen, indem sie die Erlaubnis widerruft, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, der Verleiher werde gegen die Verbote verstoßen ([Art. 1](#) § 3 Abs. 1 AÜG). Sie kann auch die Erlaubnis nachträglich noch mit Auflagen versehen (Art. 1 § 2 Abs. 2 letzter Satz AÜG). Dies hat die Beklagte im vorliegenden Fall getan und damit den für den Verleiher – die Klägerin – günstigeren und weniger belastenden Weg gewählt (vgl. auch BSG, Urteil vom 22. März 1979 – [7 RAr 47/78](#)).

Die allgemein gehaltenen Angriffe der Klägerin gegen den angefochtenen Bescheid des Inhaltes, daß Vertragsfreiheit herrsche und die Klägerin deshalb mit den Leiharbeitnehmern beliebige Verträge vereinbaren könne, mögen vor dem Hintergrund des Urteiles des Bundesverfassungsgerichtes (BVerfG) vom 4. April 1967 – 1 BvH 84/65 – ([BVerfGE 21, 261](#) ff.) geäußert sein. Dabei übersieht die Klägerin aber, daß das AÜG vom 7. August 1972 damals noch nicht in Kraft war und der vom BVerfG für verfassungswidrig erklärte § 37 Abs. 3 AVAVG (Gesetz über die Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung) inzwischen seit dem 1. Juli 1969 ohnehin durch § 13 Abs. 1 AFG (Arbeitsförderungsgesetz) ersetzt worden ist, der seit diesem Zeitpunkt den Begriff der Arbeitsvermittlung festlegt, wie dies das BSG (Bundessozialgericht) in seinem Urteil vom 29. Juli 1970 – [7 RAr 44/68](#) – in endgültiger Entscheidung des vom BVerfG mit dem erwähnten Urteil vom 4. April 1967 teilentschiedenen Falles festgestellt hat.

Während die Arbeitnehmerüberlassung damals – im Jahre 1967 – noch nicht konkret vom Gesetzgeber geregelt war, ist dies nunmehr durch das AÜG geschehen. Es liegt deshalb gegenüber dem erwähnten Urteil vom 4. April 1967 nunmehr eine ganz neue Rechtslage bezüglich der Arbeitnehmerüberlassung vor. Das AÜG begründet als ein gewerberechtliches und arbeitsrechtliches Sozialgesetz ein Sonderrecht der abhängigen Arbeitnehmer. Es ist durch eine an dem Gedanken des Arbeitnehmerschutzes orientierte emanzipatorische Entwicklung gekennzeichnet, deren Grundtendenzen in der Schaffung zwingender Schutzvorschriften zugunsten des Arbeitnehmers sowie in der

kollektivrechtlichen Durchdringung dieses ursprünglich individualistisch strukturierten Rechtsgebietes zu sehen sind (vgl. Friedrich Becker, ÄUG, Kommentar zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 1973, Anm. 2 bis 4 der Einleitung, S. 21 u. 22).

Es enthält somit wie das allgemeine Arbeitsrecht unabdingbare Normen, die im Interesse des Arbeitnehmerschutzes erlassen sind. Daneben bleibt für eine freie Gestaltung der Beteiligten – insbesondere zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer – nur insoweit eine Möglichkeit zur eigenen Gestaltung der Rechtsverhältnisse (dispositives Recht), soweit dies zwingenden gesetzlichen Normen nicht entgegensteht. Die Aufgabe der staatlichen Überwachung der Arbeitnehmerüberlassung ist dabei vom Gesetzgeber der beklagten übertragen worden, deren Aufgabe es ist, darüber zu wachen, daß die zwingenden gesetzlichen Normen des ÄUG eingehalten werden.

Dies ergibt sich aus den Vorschriften der [§§ 1 bis 4 ÄUG](#), wonach die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung einer Erlaubnis bedarf, die befristet mit Auflagen versehen und zurückgenommen werden kann. Die erteilte Erlaubnis kann unter den Voraussetzungen des [Art. 1 § 5 ÄUG](#) widerrufen werden und schließlich kann die Beklagte in Ausübung der ihr insoweit übertragenen öffentlichen Gewalt nach [Artikel 1 § 6 ÄUG](#) Verwaltungszwang gegen Verleiher ohne die entsprechende Genehmigung ausüben.

Dem in dem Bescheid vom 25. August 1977 zu Nr. 1 gerügten Verstoß entspricht die Auflage zu a) des gleichen Bescheides. Die Klägerin hat selbst eingeräumt, daß sie den Leiharbeitnehmern einen 10-prozentigen Aufschlag zum Stundensatz für Urlaubsentgelt und Feiertagsvergütung gezahlt habe.

Sie hat auch nach dem Hinweis der Beklagten auf [§ 11 Abs. 1 Bundesurlaubsgesetz](#) und [§ 1 Abs. 1](#) des Gesetzes zur Regelung der Lohnzahlung an Feiertagen ihre Bereitschaft erklärt, Urlaubsentgelt und Feiertagsvergütung entsprechend den gesetzlichen Vorschriften an ihre Leiharbeitnehmer zu zahlen. Daß dies im Betrieb der Klägerin tatsächlich so, wie von der Beklagten beanstandet, gehandhabt wurde, hat die Prokuristin der Klägerin N. auch als Zeugin bestätigt.

Die Klägerin hat mit dieser Handhabung ihre arbeitsrechtlichen Pflichten auf Gewährung von Urlaubsentgelt und Feiertagsvergütung entsprechend den erwähnten gesetzlichen Bestimmungen nicht eingehalten, was nach [Art. 1 § 3 Abs. 1 Nr. 1 ÄUG](#) als Mangel der "erforderlichen Zuverlässigkeit" der Klägerin aufgefaßt wird und deshalb ein Grund zur Versagung der Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung ist. Da dieser Verstoß gegen [Art. 1 § 3 Abs. 1 Nr. 1 ÄUG](#) einen Versagungsgrund für die Erlaubnis darstellt, ist es gleichzeitig nach [Art. 1 § 5 Abs. 1 Nr. 3 ÄUG](#) möglich, aufgrund dieser nachträglich eingetretenen Tatsachen die Erlaubnis mit Wirkung für die Zukunft zu widerrufen. Diese nachträgliche Auflage an die Klägerin, d.h. nach Erteilung der Erlaubnis ohne Auflagen, ist nach [Art. 1 § 2 Abs. 2 ÄUG](#) auch noch nach Erteilung der Erlaubnis zulässig. Die Auflage selbst erfolgt nach dieser Vorschrift, um sicherzustellen, daß keine Tatsachen eintreten, die nach [§ 3](#) die Versagung der Erlaubnis rechtfertigen, nämlich hier die nach [§ 3 Abs. 1 Nr. 1 ÄUG](#) nicht beachteten arbeitsrechtlichen Pflichten der Klägerin. Dabei hat der Senat nicht über die Frage zu entscheiden, ob dieser Verstoß nach [§ 3 Abs. 1 Nr. 1 ÄUG](#) für sich allein angesichts des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit der Mittel einen Grund für den Widerruf der Erlaubnis an die Klägerin darstellen würde.

Bezüglich des Jugendlichen J. G. – nach [§ 2 Abs. 2 Jugendarbeitsschutzgesetz](#) sind Jugendliche im Sinne dieses Gesetzes alle 14 bis noch nicht 18-jährigen Personen – hat die Klägerin Vorschriften des Arbeitsschutzrechts nicht eingehalten und damit gemäß [Art. 1 § 3 Abs. 1 Nr. 1 ÄUG](#) einen weiteren Grund für die Versagung ihrer Erlaubnis gegeben, weshalb die Beklagte eine entsprechende Auflage in ihrem Bescheid zu a) aufnehmen konnte.

J. G. ist nach dem von dem Zeugen S. über die Betriebsprüfung am 26. Mai 1977 gefertigten Aktenvermerk vom 30. Juni 1977 am 9. Juni 1959 geboren. Er wurde vom 10. bis 19. Januar 1977 – also als 17-jähriger – an die Firma H. verliehen. Während dieses Einsatzes stand ihm lediglich eine Ruhepause von 0,25 Stunden nach diesem Aktenvermerk zur Verfügung.

Daß hierin ein Verstoß gegen das Jugendarbeitsschutzgesetz liegt, ist in dem erwähnten Vermerk angenommen und auch von der Klägerin im Grundsatz nie bestritten worden. Es kann deshalb, auch wegen Fehlens eines gegenteiligen Hinweises davon ausgegangen werden, daß G. die übliche Arbeitszeit von 8 Stunden täglich bei der Firma H. abzuleisten hatte. [§ 11 Abs. 1 Jugendarbeitsschutzgesetz](#) sieht aber nach Nr. 1 vor, daß Jugendliche bei einer Arbeitszeit von mehr als 4 1/2 bis zu 6 Stunden 30 Minuten und in Nr. 2, daß sie bei einer Arbeitszeit von mehr als 6 Stunden mindestens 60 Minuten Ruhepausen haben müssen. Als Ruhepausen gelten nach dieser Bestimmung nur Arbeitsunterbrechungen von mindestens 15 Minuten.

Der Hinweis in der Auflage auf die Nr. 2 dieser Vorschrift macht deutlich, daß G. eine Arbeitszeit von mehr als 6 Stunden bei der Firma H. täglich abzuleisten hatte, worin ebenfalls ein Hinweis auf die übliche tägliche Arbeitszeit von 8 Stunden zu sehen ist. Die Ruhepausen für den Jugendlichen G. hätten deshalb täglich mindestens 60 Minuten betragen müssen; statt dessen hatte er nur täglich eine Ruhepause von 15 Minuten (der Aktenvermerk und der Bescheid sprechen von "0,25 Stunden"). Aufgrund der gleichen Bestimmungen des ÄUG, die anläßlich des Urlaubsentgeltes und der Feiertagsvergütung oben erörtert wurden, war deshalb die Beklagte berechtigt, die Auflage in Ihren Bescheid aufzunehmen, daß die Vorschriften des Jugendarbeitsschutzgesetzes einzuhalten sind.

Neben der sich aus dem Gesetz ergebenden Berechtigung der Beklagten, ihre Erlaubnis mit dieser Auflage zu verbinden, ergibt sich deren Zweckmäßigkeit auch aus der Zeugenvernehmung der Zeugin N. ... Danach werden zwar Jugendliche von der Klägerin nur in solche Betriebe verliehen, in denen die üblichen Betriebspausen, die auch für Nichtjugendliche gelten, so eingeteilt sind, daß ein Verstoß gegen das Jugendschutzgesetz nicht zu erwarten ist. Obwohl diese Zeugin als Prokuristin eine besondere Verantwortung für den Betriebsablauf bei der Klägerin trägt, hat sie erst durch die Betriebsprüfung erfahren, daß der Jugendliche zu kurze Pausen gehabt haben soll. Selbst wenn man unterstellt, daß die Firma H. die betriebliche Arbeitszeit insbesondere im Hinblick auf die Arbeitspausen etwa ab 1. Januar 1977 neu geregelt hatte und der Klägerin dies vor der Vermittlung des Jugendlichen G. dorthin noch nicht bekannt war, so hätte sich aus den Stundenzetteln, welche die Klägerin nach Aussage der Zeugin N. von den Entleihern bekommt, ergeben müssen, zu welchen Zeitpunkten in den Betrieben Pausen gewesen sind. Die Zeugin kann sich selbst nicht daran erinnern Stundenzettel des Jugendlichen gesehen und überprüft zu haben. Sie hat darauf hingewiesen, daß noch andere Angestellte bei der Klägerin diese Überprüfung vornehmen.

Eine Beanstandung des Einsatzes des Jugendlichen G. bei der Firma H. ist jedenfalls weder durch die Zeugin N. und noch durch andere Bedienstete der Klägerin erfolgt, so daß der besondere Hinweis auf solche Tatbestände durch eine entsprechende Auflage der Beklagten

durchaus sinnvoll ist. Aus der Überprüfungsmöglichkeit der Arbeitszeit und der Arbeitspausen durch die Stundenzettel ergibt sich gleichzeitig, daß die Auffassung der falsch ist, sie müsse bei jugendlichen Leiharbeitnehmern einen weiteren Bediensteten zu dem Entleiher entsenden, um die Einhaltung der gesetzlichen Arbeitspausen zu kontrollieren, wenn sie die Vorschriften des Arbeitsschutzrechts bezüglich der Ruhepausen überwachen müsse.

Die Beklagte hat in ihrem Bescheid vom 25. August 1977 zu Nr. 2 beanstandet, daß die Klägerin in 10 Fällen mit den Leiharbeitnehmern befristete Arbeitsverträge abgeschlossen habe, ohne daß sich für die Befristung aus der Person des Leiharbeitnehmers ein sachlicher Grund ergab, womit die Klägerin den Tatbestand des Artikels 1 § 3 Abs. 1 Ziffer 3 erfüllt habe. Sie hat ihren Bescheid zu b) mit einer entsprechenden Auflage versehen und diese dahingehend ergänzt, daß der erforderliche sachliche Grund in ausreichender und nachprüfbarer Weise darzulegen sei. Dies ist nicht zu beanstanden.

Die in dem bereits erwähnten Aktenvermerk des Zeugen S. vom 30. Juni 1977 über die Betriebsprüfung vom 26. Mai 1977 erläuterten 10 Einzelfälle können dabei nicht einheitlich beurteilt werden. Hiernach wurde in dem Arbeitsvertrag mit dem Leiharbeitnehmer A. überhaupt kein Grund für die Befristung in dem Arbeitsvertrag angegeben. Bei der Leiharbeiterin Sc. war als Grund für die Befristung "Sozialversicherungsfreiheit" angegeben, bei den Leiharbeitnehmern B. und D., sie wollten erst prüfen, ob sie die Arbeit ausführen könnten und bei den Leiharbeitnehmern D. und D. sie wollten erst prüfen, ob sie die Arbeit gesundheitlich verkrafteten. Als Begründung für die Befristung wurde "Schule" bei den Leiharbeitnehmern A., B. Bu. und C. angegeben.

Der Senat sieht diese zu den genannten 10 Leiharbeitnehmern in dem Aktenvermerk der Beklagten vom 30. Juni 1977 mitgeteilten Tatsachen als bewiesen an. Die Zeugin N. ist nämlich bei ihrer Vernehmung am 5. Mai 1981 geäußert, bei den 10 Leiharbeitnehmern "dürfte es sich um Studenten oder Schüler gehandelt haben" und hat hierzu näher Stellung genommen. In dem von ihr als Prokuristin unterzeichneten Schreiben der Klägerin vom 27. September 1977, das die Beklagte als Einspruch angesehen hat, wurde ausgeführt, diese 10 und andere Personen hätten immer wieder angegeben "daß sie nur deshalb arbeiten möchten, weil sie die 3-monatige Versicherungsfreiheit pro Jahr ausnutzen möchten". Diese Einlassung der Klägerin ist zwar auf alle 10 Beanstandungen bezogen nicht zutreffend, da z.B. Schüler, die nur in den Ferien arbeiten, der Versicherungspflicht nicht unterliegen, mit dieser Einlassung werden aber die dem angefochtenen Bescheid zugrunde liegenden Tatsachen nicht bestritten. Als Zeugin hat Frau N. bei ihrer Vernehmung am 5. Mai 1981 den von der Beklagten herausgestellten Sachverhalt bezüglich der 10 Leiharbeitnehmer auch nicht in Zweifel gezogen, sondern nur die Auffassung vertreten es habe sich hierbei um Studenten oder Schüler gehandelt.

Am gleichen Tag konnte sich der Zeuge B. der seitens der Beklagten als Prüfer bei der Klägerin tätig gewesen ist, daran erinnern, daß in den verschiedensten Fällen als Grund für die Befristung des Arbeitsvertrages lediglich Schule oder Studium angegeben war. Der Zeuge S., ebenfalls Prüfer der Beklagten, hat bei seiner Vernehmung am 5. Mai 1981 bei den von ihm überprüften Verträgen als Grund der Befristung den Vermerk Schule oder Studium festgestellt. Da eine Vernehmung der übrigen 9 Arbeitnehmer als Zeugen nicht mehr möglich ist, weil weder die Beklagte noch die Klägerin deren Anschriften angeben konnten, wurde nur der Zeuge Bu. hierzu gehört.

Der Senat konnte aber von der Richtigkeit der Aufzeichnungen in dem Aktenvermerk der Beklagten vom 30. Juni 1977 zu II, wo diese 10 Fälle im einzelnen behandelt wurden, ausgehen, da dieser Vermerk von dem Zeugen S. nach seiner Vernehmung vom 5. Mai 1981 sehr sorgfältig angefertigt wurde. Nach seiner Bekundung machten sich die 3 Prüfer im Rahmen der Prüfung Aufzeichnungen, die dem Zeugen S. von dem Zeugen B. und dem dritten Prüfer übergeben wurden. Rückfragen hat der Zeuge S. dann mit den beiden anderen Prüfern noch besprochen und danach das Diktat des Vermerkes vom 30. Juni 1977 vorgenommen. Es ist kein Grund erkennbar, warum der Zeuge S., den Vermerk nicht entsprechend den tatsächlichen Prüfungsergebnissen gefertigt haben sollte, zumal sich alle 3 Prüfer bei der Prüfung Aufzeichnungen gemacht haben, die für diesen Vermerk verwendet wurden und noch vorher alle beanstandeten Punkte, wie der Zeuge B. bekundet hat, entweder mit dem Geschäftsführer der Komplementärin der Klägerin T. oder der Zeugin N. besprochen wurden. Etwa versehentliche Falschaufzeichnungen oder Verwechslungen der einzelnen Leiharbeitnehmernamen wären spätestens bei der Besprechung mit den erwähnten Führungskräften der Klägerin richtiggestellt worden. Andererseits ist es verständlich, daß sich die Zeugen B. und S. nicht mehr an alle Einzelheiten der Prüfung bei ihrer Vernehmung am 5. Mai 1981 – also knapp 4 Jahre nach der Prüfung, die zu umfangreichen Beanstandungen führte – erinnern können. Außerdem wurde der Sachverhalt von dem Zeugen Bu. soweit er die Arbeitnehmer betrifft, bestätigt. Für die Bewertung der 10 wegen Befristung beanstandeten Arbeitsverträge ist die Auslegung des [Artikel 1 § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG](#) wesentlich, wonach mit dem Leiharbeitnehmer kein befristeter Arbeitsvertrag abgeschlossen werden darf, "es sei denn, daß sich für die Befristung aus der Person des Leiharbeitnehmers ein sachlicher Grund ergibt". Durch diese Vorschriften werden sowohl die allgemeine Vertragsfreiheit wie auch die in [Artikel 12 Abs. 1 Grundgesetz \(GG\)](#) garantierte Berufsfreiheit des Verleiher und des Leiharbeitnehmers beeinträchtigt. In den im Schrifttum aufgrund der, erwähnten Urteiles des BVerfG vom 4. April 1967 – [1 BvR 84/65](#) – vertretenen verfassungsrechtlichen Bedenken gegen diese Vorschrift geht F. B. a.a.O Anm. 35 bis 38 zu Artikel 1 § 3 recht weit. Aber auch er sieht den Versagungsgrund des [Art. 1 § 3 Abs. 3 Nr. 3 AÜG](#) mit der Einschränkung als verfassungskonform an, daß der Abschluß eines befristeten Arbeitsvertrages zulässig ist, sofern auf Seiten des Arbeitnehmers ein sachlicher Grund für die Befristung vorliegt. B. will aber lediglich die vom Gesetzgeber vorgenommene Beweislastregelung beseitigen, wonach der Arbeitgeber beweisen muß, daß sich aus der Person des Leiharbeitnehmers ein sachlicher Grund ergibt. Wie B. zu dieser Ansicht kommt, ist aus seinen Ausführungen nicht klar ersichtlich. Dagegen haben S./M. (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Kommentar, Stand April 1981) unter Anm. 22 zu [Art. 1 § 3 AÜG](#) hervor, die vor allem von B. geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken griffen nicht durch, wenn auch eine gewisse Einschränkung der Freiheit der Berufsausübung der Leiharbeitnehmer und Verleiher in dem Befristungsverbot zu sehen sei. Auch das BSG hat in seinem Urteil vom 16. Dezember 1976 – [12/7 RAr 89/75](#) (= [BSGE 43, 100](#) bis 104, [BB 1977, 651](#) bis 652, [SGB 1977, 459](#) bis 462 und [Breithaupt 1978, 57](#) bis 61) die Vereinbarkeit des [Art. 1 § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG](#) mit dem Art. 2 Abs. 1 (freie Entfaltung der Persönlichkeit) und Art. 12 Abs. 1 bejaht. Aus diesen Erörterungen folgert der Senat, daß der "sachliche Grund" jedenfalls immer dann angenommen werden sollte, wenn dies im Interesse des Arbeitnehmers liegt, andererseits dabei aber Übertretungen vermieden werden müssen, welche den Verleiher unzumutbar beeinträchtigen.

Gegen die Umkehrung der Beweislast sieht der Senat im Unterschied zu Schubel/Engelbrecht (Kommentar zu dem Gesetz über die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung, 1973, Rz 18 zu Art. 1 § 3) dann keine verfassungsrechtlichen Bedenken, wenn die Anforderungen, die an den von dem Verleiher zu führenden Beweis zu stellen sind, nicht so weit ausgedehnt werden, daß er dem Verleiher etwas Unzumutbares auferlegt. So muß die Umkehrung der Beweislast beispielsweise dann entfallen, wenn der ursprünglich von dem Arbeitnehmer angegebene Befristungsgrund hinterher von dem Arbeitnehmer bestritten wird.

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist es jedenfalls nicht zu vertreten, daß in dem Arbeitsvertrag des N. A., der für die Zeit vom 30. Juni bis 21. Juli 1976 abgeschlossen war, zumal [Art. 1 § 11 Abs. 1 Nr. 4 AÜG](#) ausdrücklich verlangt, daß Gründe für eine Befristung in die Urkunde über das Arbeitsverhältnis aufzunehmen sind. Ein gleichartiger Verstoß liegt bezüglich des Leiharbeitnehmers A. für den für die Zeit vom 29. November bis 30. Dezember 1976 abgeschlossenen Arbeitsvertrag vor.

Bezüglich eines weiteren mit dem Leiharbeitnehmer A. abgeschlossenen Vertrages für die Zeit vom 24. Februar bis 31. März 1977 ist als Grund für die Befristung "Schule" angegeben. Das gleiche gilt für die Leiharbeitnehmer B. und Bu. für die Zeit vom 4. Oktober bis 29. Oktober 1976 und die Leiharbeiterin C. für die Zeit vom 6. Oktober bis 31. Oktober 1976. Während dieser Zeiten waren jedoch nur teilweise Schulferien. Es ist deshalb nicht ersichtlich, was der jeweilige Hinweis "Schule" in den Arbeitsverträgen als Befristungsgrund bedeuten soll. Der Zeuge Bu. hat die Ferien während seiner Vertragszeit mit einer Woche angegeben. Wenn sein zu den Gerichtsakten überreichter Arbeitsvertrag für die Zeit vom 5. bis 31. Oktober 1976 abgeschlossen war, so mag die Differenz zu den Angaben im Vermerk der Beklagten vom 30. Juni 1977 damit zusammenhängen, daß Bu. gemeinsam mit dem Leiharbeitnehmer B. aufgeführt ist. Ein Unterschied von einigen Tagen, der auch durch Schreibfehler möglich ist, vermag aber den Beweiswert der in dem Vermerk enthaltenen grundsätzlichen Tatsachenfeststellungen nicht zu beeinträchtigen.

Das BSG hat in seinem erwähnten Urteil vom 16. Dezember 1976 - [12/7 RAr 89/75](#) - ausdrücklich hervorgehoben, daß der sachliche Grund aus dem Arbeitsvertrag in einer für die Beklagte nachprüfaren Weise ersichtlich sein muß. Dies kann jedoch nicht erst im Hinblick auf diese Rechtsprechung des BSG - etwa von der Veröffentlichung dieses Urteiles an - gefordert werden. Vielmehr folgt aus der Umkehrung der Beweislast in [Art. 1 § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG](#), wonach der Verleiher nachweisen muß, daß sich ein sachlicher Grund für die Befristung nur, der Person der, Leiharbeitnehmers ergeben hat, daß der Verleiher im Rahmen eines ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebes hierüber Aufzeichnungen machen muß, zumal bei der Klägerin, worauf sie wiederholt hingewiesen hat, eine starke Fluktuation an Arbeitskräften vorhanden ist und [Art. 1 § 11 Abs. 1 Nr. 4 AÜG](#) ohnehin verlangt, die Gründe für die Befristung in die Urkunde bzw. den schriftlichen Arbeitsvertrag nach [Art. 1 § 11 Abs. 4 AÜG](#) aufzunehmen. Die Klägerin hat aber auch nicht außerhalb des Arbeitsvertrages hierüber Aufzeichnungen gehabt, da sie diese dann bei der Besprechung mit den Prüfern, welche die Prüfung am 26. Mai 1977 vorgenommen haben, vorgebracht hätte und dies in den Vermerk der Beklagten vom 30. Juni 1977 dann Eingang gefunden hätte.

Lediglich der Hinweis "Schule" kann als Ursache für eine Vertragsbefristung nur dann genügen, wenn es sich um den ganzen Zeitraum der Ferien an den staatlichen Schulen des betreffenden Landes handelt. Angesichts der Tatsache, daß D., der Sitz der Klägerin, auch täglich ohne Schwierigkeiten von Arbeitskräften aus R.-P. und B.-W. erreicht werden kann, wäre dann, wenn der Leiharbeitnehmer nicht in H. wohnt und damit im Zweifel eine außerhessische Schule besucht, noch das Land anzugeben, in dem der Schulbesuch erfolgt. Ergeben sich dabei Differenzen zwischen der Dauer der Befristung des Arbeitsverhältnisses und den Schulferien, so wäre hierfür ein besonderer Grund in den Arbeitsvertrag aufzunehmen, was aber nicht erfolgt ist.

Die Leiharbeitnehmer B. und D. haben eine Befristung des Arbeitsverhältnisses auf jeweils 17 Tage vereinbart, weil sie erst prüfen wollten, ob sie die Arbeit ausführen könnten, bei den Leiharbeitnehmern D. und D. war der Grund für eine 17- bzw. 27-tägige Befristung, daß sie erst prüfen wollten, ob sie die Arbeit gesundheitlich verkraften können. Grundsätzlich ist der für die Leiharbeitnehmer B., D., D. und D. etwa gleichartige Grund für eine Befristung des Arbeitsvertrages verständlich. Hierzu ist aber eine Befristungsdauer des Arbeitsvertrages auf 17 Tage und mehr (bei D. waren es 27 Tage) ungeeignet. Wenn eine Arbeit z.B. körperlich so schwierig ist, daß man sie nicht ausführen kann oder will, so ist bei einer Befristung des Arbeitsvertrages auf 17 Tage oder noch länger zu bedenken, daß in den Zeitraum von 17 Kalendertagen in der Regel 13 Arbeitstage fallen, denen ein Arbeitnehmer, der diese Arbeit ohnehin nicht ausführen kann, dann auch nicht gewachsen ist. Angesichts dieser grundsätzlichen Zweifel hätte deshalb eine weitere Erläuterung in dem Arbeitsvertrag erfolgen müssen, warum sich der betreffende Arbeitnehmer trotz seiner Bedenken doch für 17 Tage und mehr zu der Arbeit verpflichten konnte und wollte.

Dem steht die Bekundung des Zeugen M. nicht entgegen, obwohl ihm die Arbeit zu schwer gewesen sei, habe er doch etwa 14 Tage durchgehalten. Er hat dies ausdrücklich damit begründet, daß er dringend auf einen Verdienst als gerade aus Italien in die Bundesrepublik gekommener Ausländer angewiesen gewesen sei und er eine andere Möglichkeit des Geldverdienens zunächst nicht gesehen habe. Daß sich ein etwa vergleichbarer Tatbestand für die vier Leiharbeitnehmer B., D. D. und D. ergeben habe, ist nicht ersichtlich und auch nicht behauptet worden. Je nach der Art in welchem Umfang ein Leiharbeitnehmer die Arbeit als für sich zu schwer empfindet, wird er, wenn er schon von vornherein Vorbehalte in der Art wie die vier erwähnten Leiharbeitnehmer macht, nicht länger als eine Woche eine Arbeit ausführen, die er dann deshalb aufgibt, weil sie ihm körperlich zu schwer ist. Dauert eine solche "Probearbeit" länger als eine Woche und wird sie dann doch deshalb nicht beibehalten, weil sie zu schwer ist, so bedarf es eines besonderen Hinweises, in dem Arbeitsvertrag oder einer sonstigen Aufzeichnung, warum der Arbeitnehmer gerade die infrage kommende Zeit gearbeitet hat.

Bei der zu II Nr. 10 des Vermerkes vom 30. Juni 1977 aufgeführten Leiharbeiterin H. S. wurde als Grund für die Befristung des Vertrages vom 6. bis 14. Oktober 1976 "Sozialversicherungsfreiheit" angegeben. Einmal waren gleichwohl Beiträge zur Sozialversicherung nach dem Inhalt dieses Vermerkes für H. S. gezahlt worden, so daß dieser Grund ohnehin unrichtig war. Sollte es sich aber bei der Abführung der Sozialversicherungsbeiträge um einen Irrtum gehandelt haben, so bleibt völlig offen, warum die am 2. August 1957 geborene Leiharbeiterin, die zum Zeitpunkt der Beanstandung also knapp 20 Jahre alt war, für 9 Kalendertage sozialversicherungsfrei gewesen sein soll. Der Grund für die Befristung gerade auf nur 9 Kalendertage hätte noch zusätzlich in dem Vertrag ersichtlich gemacht werden müssen.

Auch in den beiden von dem Zeugen B. überreichten Arbeitsverträgen mit der Klägerin, die für die Zeit vom 27. Juli bis 26. Oktober 1977 und 6. Juni bis 15. August 1978 abgeschlossen waren, ist als Grund für die Befristung des Vertrages "Ausnutzung der Sozialversicherungsfreiheit" aufgeführt, ohne daß der Grund der Versicherungsfreiheit bei diesem Zeugen, der von 1976 bis 1978 die Berufsfachschule besuchte, irgendwie aus gesetzlichen Bestimmungen ersichtlich ist.

Demgemäß ist die Nr. 2 des Bescheides der Beklagten vom 25. August 1977 nicht zu beanstanden, wonach in 10 Fällen befristete Arbeitsverträge mit Leiharbeitnehmern abgeschlossen wurden, ohne daß sich für die Befristung aus der Person des Leiharbeitnehmers ein sachlicher Grund aus dem Inhalt des Arbeitsvertrages ergeben hätte bzw. war dieser Grund nicht in ausreichender und nachprüfbarer Weise aus dem Vertrag ersichtlich. Die Beklagte hat deshalb diese Beanstandung gemäß [Art. 1 § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG](#) zu Recht vorgenommen und konnte ihre Erlaubnis deshalb mit einer entsprechenden Auflage gemäß b) des erwähnten Bescheides verbinden.

Zu Nr. 3 des Bescheides vom 25. August 1977 hat die Beklagte beanstandet, daß die Klägerin mit dem Leiharbeitnehmer S. einen unbefristeten Arbeitsvertrag abgeschlossen hatte, sie ihm kündigte und ihn innerhalb von 3 Monaten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses erneut einstellte. Die Feststellung dieses Verstoßes durch die Beklagte ist jedoch nicht gerechtfertigt. Demgemäß muß auch die auf diesem vermeintlichen Verstoß beruhende Auflage zu c) des Bescheides aufgehoben werden.

Zu der Angelegenheit des Leiharbeitnehmers S. hat die Zeugin N. bei ihrer Vernehmung am 5. Mai 1981 erklärt, S. habe damals selbst gekündigt, weil er ein anderes Arbeitsverhältnis hatte. Er sei dann alsbald wiedergekommen und habe darum gebeten, weiterbeschäftigt zu werden. Die Zeugen B. und S. konnten sich bei ihrer Vernehmung an diesen Vorgang nicht mehr erinnern. Bereits in dem als Einspruch behandelten Schreiben der Klägerin vom 27. September 1977, das von der Zeugin N. unterschrieben ist, war dargelegt worden, S. sei vom 25. August bis 31. Dezember 1976 beschäftigt gewesen. Diese Darstellung der Klägerin kann nicht widerlegt werden.

Der Sachverhalt wird in einem Schreiben des Landesarbeitsamtes Hessen, Referat I a 2 an die "Abteilung II im Hause" vom 28. Dezember 1977 in gleicher Weise wie in dem Bescheid dargestellt mit dem Hinweis, S. sei am 30. September 1976 gekündigt worden und am 4. Oktober 1976 ein neuer Arbeitsvertrag abgeschlossen, worin die Kündigung vom 30. September 1976 als gegenstandslos betrachtet wurde. Das hierfür maßgebende Kündigungsschreiben, das offensichtlich dem Vermerk vom 30. Juni 1977 zu III, 1 zugrundeliegt, geht nach seinem Wortlaut davon aus, daß die Klägerin erfahren hat, S. wolle nicht mehr bei ihr arbeiten. Unter diesen Umständen muß angenommen werden, daß S. der Klägerin gegenüber eine mündliche Kündigung aussprechen wollte und die Klägerin dies lediglich mit ihrem Schreiben vom 30. September 1976 bestätigt hat.

Es handelt sich demgemäß nicht um eine von der Klägerin ausgegangenen Kündigung, was Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Vorschrift des [Art. 1 § 3 Abs. 1 Nr. 4 AÜG](#) wäre.

Da die Kündigung im Falle S. von dem Leiharbeitnehmer ausgegangen ist und nicht von dem Verleiher, findet deshalb diese Vorschrift keine Anwendung. Auch die in [Art. 1 § 9 Nr. 3 AÜG](#) vorgesehene Unwirksamkeit einer von dem Verleiher ausgesprochenen Kündigung kommt deshalb hier nicht zum Zuge (vgl. Schubel/Engelbrecht, a.a.O., Rz 22 zu Art. 1 § 3).

Selbst wenn aber die Kündigung des Leiharbeitnehmers S. von der Klägerin ausgegangen wäre, so liegt deshalb kein Grund für eine Beanstandung vor, weil in dem am 4. Oktober 1976 abgeschlossenen neuen Vertrag die Kündigung vom 30. September 1976 als gegenstandslos bezeichnet wurde. Die Beteiligten hätten damit die richtige Folgerung aus [Art. 1 § 9 Nr. 3 AÜG](#) gezogen, wonach Kündigungen des Arbeitsverhältnisses zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer durch den Verleiher unwirksam sind, wenn der Verleiher den Leiharbeitnehmer innerhalb von drei Monaten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses erneut einstellt. Wegen der Unwirksamkeit der am 30. September 1976 ausgesprochenen Kündigung hätte die Klägerin in diesem Fall den Lohn an S. für die Zeit vom 1. bis 3. Oktober 1976 auch ohne eine Arbeitsleistung von ihm weiterzahlen müssen. Ob dies geschehen ist, läßt sich allerdings nicht mehr aufklären.

Die in dem Bescheid vom 25. August 1977 zu Nr. 3 erfolgte Beanstandung und die zu c) hieraus hergeleitete Auflage sind deshalb zu Unrecht in diesen Bescheid aufgenommen worden.

Der Bescheid der Beklagten vom 25. August 1977 enthält zu Nr. 4 jetzt noch die Beanstandung, die Klägerin habe in 4 Fällen die Dauer des Arbeitsverhältnisses mit den Leihararbeitnehmern auf die Zeit der erstmaligen Überlassung an einen Entleiher beschränkt und damit den Tatbestand des [Art. 1 § 3 Abs. 1 Ziffer 5 AÜG](#) erfüllt (Verbot der Deckungsgleichheit, Synchronisationsverbot). Die Rüge dieses Verstoßes durch die Beklagte und die sich daraus ergebende Auflage zu d) des Bescheides sind zu Recht erfolgt.

Dabei ist zu beachten, daß das Verbot der Deckungsgleichheit schlechthin gilt und Ausnahmen von ihm nicht zulässig sind, die etwa in dem Interesse eines Leihararbeitnehmers begründet sein könnten, nur bei einem bestimmten Entleiher tätig sein zu wollen. Dies ergibt sich, wie das BSG in seinem Urteil vom 22. März 1979 – [7 RAR 47/78](#) – zutreffend ausgeführt hat, schon aus dem Wortlaut des [Artikel 1 § 3 Abs. 1 Nr. 5 AÜG](#). Eine Ausnahme von diesem Verbot, wie sie in [Art. 1 § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG](#) für den Fall enthalten ist, daß der Verleiher mit dem Leihararbeitnehmer wegen eines sachlichen in dessen Person liegenden Grundes einen befristeten Arbeitsvertrag abschließt, ist beim Verbot der Deckungsgleichheit nicht vorhanden. Eine Ausnahme, die lediglich zu Nr. 3 dieser Vorschrift vorgesehen ist, kann deshalb nicht auch auf Nr. 5 übertragen werden.

Außerdem entspricht die wortgetreue Auslegung des [Art. 1 § 3 Abs. 1 Nr. 5 AÜG](#) dem Sinn und Zweck des Gesetzes und verstößt auch nicht gegen das GG. Sie hängt mit der Abgrenzung zwischen erlaubter Arbeitnehmerüberlassung und unerlaubter Arbeitsvermittlung zusammen, wobei die Bundesanstalt für Arbeit (BA) das Vermittlungsmonopol nach § 4 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) hat. Dies hat das BVerfG in seinem erwähnten Urteil vom 4. April 1967 ausdrücklich als verfassungsgemäß und insbesondere mit [Art. 12 Abs. 1 GG](#) vereinbar bezeichnet. Bei der Deckungsgleichheit einer Arbeitnehmerüberlassung durch den Verleiher an den Entleiher handelt es sich aber praktisch um eine Arbeitsvermittlung. Dabei spielt es keine Rolle, ob der zugewiesene Arbeitnehmer gleichzeitig an ein irgendwie geartetes Vertragsverhältnis zu dem zuweisenden Unternehmer gebunden bleibt ([BVerfGE 21, 261, 266, 267](#)). Auch ist es unerheblich, welche juristische Konstruktion für die Überlassung eines Arbeitnehmers gewählt wird, entscheidend ist allein, wo der Schwerpunkt der arbeitsrechtlichen Beziehungen nach der tatsächlichen Gestaltung des Vertragsverhältnisses liegt (vgl. [BSGE 31, 235, 243](#)).

Angesichts dieser klaren Rechtslage spielt es an sich keine Rolle, welche Gründe für die deckungsgleiche Überlassung der Arbeitnehmer G., Gl., Gu. und Gr. von der Beklagten ermittelt worden sind und was die Klägerin hierzu angegeben hat, es sei denn, daß irgendein Verschulden der Klägerin an dieser Sachlage, wie z.B. plötzlicher Tod des Leihararbeitnehmers, nicht vorliegt. In dem Fall, in dem der Verleiher überhaupt keine Gestaltungsmöglichkeit für den weiteren Vertrag mehr hat, weil der Leihararbeitnehmer z.B. verstorben ist, gekündigt hat oder der Arbeit einfach ferngeblieben ist, kann man ihn nicht mit dem Vorwurf belasten, er habe eine andere Vertragsgestaltung wählen müssen. Es kommt auch nicht darauf an, ob ein längerer oder unbefristeter Arbeitsvertrag zwischen dem Verleiher und Leihararbeitnehmer abgeschlossen wurde und er dann aus Gründen, die in der Person des Arbeitnehmers liegen, abgekürzt wurde. Maßgebend ist vielmehr der tatsächliche Zeitraum der "Überlassung" (vgl. Becker, a.a.O., Rz 47 zu Art. 1 § 3) für die Erfüllung des objektiven Tatbestandes. Fehlt es aber an einem Verschulden des Verleihers (subjektiver Tatbestand) und kann der Verleiher dies nachweisen, so wird die Beklagte hieraus jedenfalls keine Auflagen verleihen können.

Bezüglich der vier Arbeitnehmer die zu Nr. 4 des Bescheides vom 25. August 1977 in Verbindung mit IV Nr. 3 bis 6 des Aktenvermerkes der Beklagten vom 30. Juni 1977 aufgeführt sind, ist die erhobene Beanstandung gerechtfertigt, daß die Dauer des Arbeitsverhältnisses mit dem Leiharbeiter von der Klägerin auf die Zeit der erstmaligen Überlassung an einen Entleiher beschränkt wurde. Zu diesen vier Fällen hat die Klägerin keine konkrete Stellungnahme abgegeben. Bereits in dem Schreiben der Klägerin vom 27. September 1977 wurden diese Arbeitnehmer übergangen. In späteren Schriftsätzen erhebt die Klägerin den Vorwurf, die Namen dieser vier Arbeitnehmer seien ihr nicht bekannt gegeben worden. Dies trifft insofern nicht zu, als nach der glaubwürdigen Bekundung des Zeugen B. in seiner Vernehmung am 5. Mai 1981 die bei der Betriebsprüfung am 26. Mai 1977 erhobenen Beanstandungen mit dem Geschäftsführer der Klägerin T. oder der Zeugin N. besprochen wurden. Zum anderen haben die verschiedenen Prozeßbevollmächtigten, die die Klägerin im Klage- und Berufungsverfahren hatte, Akteneinsicht genommen. Sie hatten somit Gelegenheit, aus dem Aktenvermerk der Beklagten vom 30. Juni 1977 die zu dem angefochtenen Bescheid notwendigen Ergänzungen zu entnehmen. Außerdem hat der Senat in der Verfügung vom 8. April 1981 die vier Namen unter Darstellung des Sachverhaltes, der auch in dem erwähnten Aktenvermerk vom 30. Juni 1977 niedergelegt ist, der Klägerin noch einmal mitgeteilt. Es bestehen deshalb keine Bedenken von dem Inhalt des Aktenvermerkes der Beklagten bezüglich dieser vier Leiharbeiter auszugehen.

Aus der Einlassung der Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 20. Mai 1980, es komme nicht selten vor, daß die Leiharbeiter ein direktes Arbeitsverhältnis mit der Entleiherfirma eingehen, ergibt sich, daß insoweit eine Arbeitsvermittlung vorliegt, die gerade durch die Bestimmung des Art. 1 § 3 Abs. 1 Nr. 5 vermieden werden soll. Bei den Arbeitnehmern G. und Gl. wurden zunächst befristete Arbeitsverträge abgeschlossen. Diese Arbeitsverträge wurden dann vorzeitig durch Kündigung der Arbeitnehmer beendet. Mit den Arbeitnehmern Gu. und Gr. wurden unbefristete Arbeitsverträge abgeschlossen. Der Vertrag wurde im ersten Fall durch Kündigung des Arbeitnehmers am letzten Tag seines Einsatzes beendet und das Arbeitsverhältnis Gr. im gegenseitigen Einvernehmen aufgelöst. Bezüglich dieser vier Fälle liegt daher ein Verstoß gegen [Art. 1 § 3 Abs. 1 Nr. 5 AÜG](#) vor.

Der angefochtene Bescheid vom 25. August 1977 ist demnach in der Fassung, die er durch die Erklärungen der Beklagten vom 17. August 1981 gefunden hat, zu Nr. 4 nicht zu beanstanden. Da die Klägerin nichts für ihr fehlendes Verschulden hierfür vorgetragen hat und dies auch nicht erkennbar ist, ist die sich hieraus ergebende Auflage zu d) gerechtfertigt.

Der letzte Verstoß, welcher der Klägerin in dem Bescheid vom 25. August 1977, in der Fassung vom 17. August 1981, zu Nr. 5 vorgeworfen wird, geht dahin, sie habe im Falle des Leiharbeitnehmers H. S. gegen die Vorschrift des [Art. 1 § 11 Abs. 1 AÜG](#) verstoßen, indem sie den wesentlichen Inhalt des Arbeitsverhältnisses nicht in eine Urkunde aufgenommen habe und sie auch eine schriftliche Vereinbarung über dieses Arbeitsverhältnis nicht habe vorlegen können. Hiermit sei der Tatbestand des [Art. 1 § 16 Abs. 1 Ziffer 8 AÜG](#) erfüllt, der vorsieht, Verstöße gegen diese Vorschrift als Ordnungswidrigkeit zu ahnden. Die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit haben allerdings nicht darüber zu befinden, ob eine Ordnungswidrigkeit vorliegt. Mit dem gleichzeitig von der Beklagten eingeleiteten entsprechenden Verfahren ist das Amtsgericht Frankfurt beschäftigt. Der Senat hat deshalb zur Frage, ob eine Ordnungswidrigkeit vorliegt, keine Stellungnahme abzugeben. Insoweit ist der Bescheid vom 25. August 1977 von der Klägerin vor den Sozialgerichten auch nicht angegriffen.

[Art. 1 § 11 Abs. 1 AÜG](#) enthält die Vorschrift, daß der wesentliche Inhalt des Arbeitsverhältnisses in eine vom Verleiher zu unterzeichnende Urkunde aufzunehmen ist. Die Ausstellung dieser Urkunde kann nach Satz 4 dieser Vorschrift entfallen, wenn das Arbeitsverhältnis durch eine schriftliche Vereinbarung begründet wird, welche die in Satz 2 geforderten Angaben enthält. In dem vorliegenden Streitfall geht es jedoch lediglich um die Frage, ob überhaupt eine Urkunde aufgenommen oder eine schriftliche Vereinbarung über das Arbeitsverhältnis abgeschlossen wurde. Dabei geht es nicht um die Unterscheidung zwischen der in Satz 1 genannten Urkunde (die lediglich vom Verleiher unterzeichnet sein muß) und der schriftlichen Vereinbarung, die bei dem dann vorliegenden Verträge sowohl vom Verleiher wie auch von dem Leiharbeiter, d.h. von beiden Vertragsparteien zu unterzeichnen wäre (vgl. [§ 126 Abs. 2 BGB](#) und Anm. 2 a und 3 a zu dieser Vorschrift bei Palandt, BGB, 30. Auflage).

Bezüglich des Leiharbeitnehmers Sl. konnte die Klägerin keine Urkunde und keinen Arbeitsvertrag vorlegen; dies ergibt sich sowohl aus dem Aktenvermerk der Beklagten vom 30. Juni 1977, dem erwähnten Schreiben des Referates I a 2 der Beklagten an die Abteilung II vom 28. Dezember 1977 sowie aus der Aussage der Zeugin Neuhaus am 5. Mai 1981. Dieser Vertrag war nach der Erklärung der Zeugin "nicht auffindbar". Dies ist um so weniger verständlich, als jeder Vertrag nach der Aussage dieser Zeugen 3-fach gefertigt wird, wobei ein unterschriebenes und ein nichtunterschriebenes Exemplar bei der Klägerin verbleiben. Allerdings war der Betriebsprüfung nach Aussage der Zeugin ein Wasserschaden bei der Klägerin vorausgegangen. Hierdurch bedingt konnten die Verträge nach Darstellung der Zeugin "damals nicht sofort aufgefunden werden". Es hätte dann aber wenigstens das nichtunterschriebene Exemplar, das für die Buchhaltung der Klägerin gedacht war, wie auch in den anderen, von der Beklagten zunächst in ihrem Bescheid vom 25. August 1977 zu 5 beanstandeten übrigen drei Fällen aufgefunden werden müssen. Deshalb ist davon auszugehen, daß mit H. S. kein schriftlicher Arbeitsvertrag abgeschlossen wurde, zumal dieser nur einen Tag, am 30. April 1976, nach dem Vermerk der Beklagten vom 30. Juni 1977 bei der Klägerin gearbeitet hat.

Die zu Nr. 5 des angefochtenen Bescheides der Beklagten vom 25. August 1977 erhobene Beanstandung ist somit bezüglich des Leiharbeitnehmers S. gerechtfertigt. Hieraus ergibt sich, daß die Beklagte in diesem Bescheid auch die zu e) aufgenommene Auflage an die Klägerin machen konnte.

Der Bescheid vom 25. August 1977 enthält noch den Hinweis, sofern die Klägerin den genannten Auflagen nicht, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig nachkomme, werde die Beklagte prüfen, ob die Erlaubnis (zur Arbeitnehmerüberlassung) nicht widerrufen bzw. nicht mehr verlängert werde. Dieser Hinweis geht zwar bezüglich der Verlängerung ins Leere, weil die Klägerin eine unbegrenzte Erlaubnis von der Beklagten erhalten hat. Der Inhalt des Bescheides vom 25. August 1977 kann aber wesentliche Grundlage für einen evtl. später auszusprechenden Widerruf der Erlaubnis sein. Wegen des auch bei einem Widerruf zu beachtenden Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, wäre ein Widerruf der Erlaubnis nur dann zulässig, wenn dem Verleiher ein schwerwiegender Verstoß oder mehrere geringfügige Verstöße gegen die ihm nach [Art. 1 § 3 Abs. 1 AÜG](#) obliegenden Verpflichtungen nachgewiesen werden können (vgl. Becker, a.a.O., Rz 9 zu Art. 1 § 3 und Schubel/Engelbrecht, a.a.O., Anm. 4 zu Art. 1 § 3). Dabei wird sich ein Fehlen der nach [Art. 1 § 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG](#) geforderten Zuverlässigkeit, insbesondere durch die Häufigkeit oder Planmäßigkeit von Verstößen ergeben (vgl. Schubel/Engelbrecht, a.a.O., Anm. 4 zu Art. 1 § 3). Es spielt deshalb für die Klägerin eine entscheidende Rolle, in jeweils wieviel Fällen ihr Verstöße vorgeworfen werden können. Die in dem Bescheid vom 25. August 1977 ursprünglich von der Beklagten festgestellten Verstöße sind deshalb auch durch die Erklärungen der Beklagten vom 17. August 1981 auf die tatsächlich nachgewiesenen Fälle, mit Ausnahme von dem des Leiharbeitnehmers S. - Nr. 3 des

Bescheides – begrenzt worden.

Die in dem angefochtenen Bescheid enthaltene Androhung, bei weiteren Verstößen werde die Beklagte prüfen, ob die Erlaubnis nicht widerrufen werden könne, ist angesichts der Vielzahl der nachgewiesenen Verstöße gerechtfertigt.

Bei der sich aus [§ 193 SGG](#) ergebenden Kostenentscheidung hat der Senat berücksichtigt, daß der angefochtene Bescheid vom 25. August 1977 eine weitaus größere Zahl von Verstößen festgestellt hat, als sie nunmehr nach den Erklärungen der Beklagten vom 17. August 1981 aufrechterhalten wurden und der angefochtene Bescheid bezüglich der Nr. 3 und der Auflage zu c) aufgehoben werden mußte.

Der Senat hat die Revision gemäß [§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) zugelassen, da es sich schon deshalb um eine Rechtssache von grundsätzlicher Bedeutung handelt, weil zu den in diesem Rechtsstreit entschiedenen Fragen eine umfassende Rechtsprechung des BSG noch nicht vorliegt.

Rechtskraft

Aus

Login

HES

Saved

2008-03-11