



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

Der gewerbliche private Arbeitsvermittlungsvertrag
zwischen dem gewerblichen privaten Arbeitsvermittler und
dem Arbeitgeber im österreichischen und deutschen
Recht

Verfasser

Rechtsanwalt Silvio Döring

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2009

Studienkennzahl lt. Studienblatt:

A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:

Rechtswissenschaften

Betreuer:

o. Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Mazal

EHRENWÖRTLICHE ERKLÄRUNG

Ich erkläre ehrenwörtlich, dass ich die vorliegende Arbeit eigenständig und ohne fremde Hilfe sowie ausschließlich unter Heranziehung des angeführten Schrifttums und der angeführten Rechtsprechung verfasst und andere als die angegebenen Quellen nicht benützt sowie die den benutzten Quellen wörtlich oder inhaltlich entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe. Diese Arbeit wurde weder im In- noch im Ausland als Prüfungsarbeit vorgelegt.

VORWORT

Mein herzlicher Dank gilt Herrn Prof. Dr. Wolfgang Mazal und Herrn Prof. Dr. Peter Trenk-Hinterberger für die wertvollen Gespräche und fachlichen Impulse sowie für Ihre Geduld, welche die Berufsbegleitende Erstellung dieser Arbeit erst ermöglicht hat.

Bedanken möchte ich mich auch bei Herrn Dr. Alexander Kemetter, Frau MMag. Diana Niksova, Herrn Mag. Lukas Oberndorfer, Frau Jasmin Lobinger und Frau Michaela Kaipl für zahlreiche gute Hinweise.

Ich widme diese Arbeit meiner Frau Stephanie, meinen lieben Eltern und meinem Sohn Linus ohne deren Ermutigung und deren großes Verständnis die Erstellung dieser Arbeit nicht möglich gewesen wäre.

Inhaltsverzeichnis

LITERATUR- UND ABKÜRZUNGSVERZEICHNISSE	15
1. EINFÜHRUNG UND ZIELSETZUNG DER ARBEIT	32
2. HISTORISCHE ENTWICKLUNG DES STAATLICHEN ARBEITSVERMITTLUNGSMONOPOLS UND DESSEN AUFHEBUNG IN ÖSTERREICH UND DEUTSCHLAND	36
2.1. BEGRIFFSEINORDNUNG DES ARBEITSVERMITTLUNGSMONOPOLS	36
2.1.1. <i>Ausnahmen nach öAMFG aF</i>	40
2.1.2. <i>Ausnahmen nach dAFG aF</i>	43
2.2. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE DES STAATLICHEN VERMITTLUNGSMONOPOLS IN ÖSTERREICH UND DEUTSCHLAND	45
2.3. HISTORISCHE DISKUSSIONEN UM DIE AUFHEBUNG DES VERMITTLUNGSMONOPOLS UND ZULASSUNG GEWERBLICHER PRIVATER ARBEITSVERMITTLUNG	53
2.3.1. <i>Gesellschaftspolitische Diskussion und Einfluss der europarechtlichen Rechtsprechung</i>	53
2.3.1.a. <i>Gesellschaftspolitische Diskussion in Österreich und Deutschland</i>	53
2.3.1.b. <i>Europarechtliche Diskussion</i>	58
2.3.1.c. <i>Die „Macrotron“-Entscheidung des EuGH vom 23.04.1991</i>	59
2.3.1.d. <i>Anwendung des EuGH-Urteils auf die Vermittlung von Arbeitnehmern unterhalb der Führungskräfteebene</i>	61
2.3.1.e. <i>Vereinbarkeit des Vermittlungsmonopols der BA mit Art 43, 49 und 12 EGV</i>	65
2.3.1.f. <i>Anwendbarkeit der Art 43, 49 EGV auf das Vermittlungsmonopol der BA</i>	65
2.3.1.g. <i>Eingriff in den Schutzbereich der Dientsleistungs- und Niederlassungsfreiheit</i>	67
2.3.1.h. <i>Möglicher Verstoß des Vermittlungsmonopols der BA gegen das allgemeine Diskriminierungsverbot</i>	68

2.3.1.i.	<i>Völkerrechtliche Rechtfertigung des Vermittlungsmonopols (Exkurs über das Europarecht hinaus)</i>	69
2.3.1.j.	<i>Ergebnis der Diskussion bis zur Aufhebung der Vermittlungsmonopole in Österreich und Deutschland</i>	70
2.3.2.	<i>Entwicklung zur Zulassung gewerblicher privater Arbeitsvermittlung in Österreich</i>	71
2.3.2.a.	<i>Entwicklung in der österreichischen Rechtsprechung von 1969 bis 1992</i>	71
2.3.2.b.	<i>Gesetzliche Zulassung von GPAV durch Änderung des öAMFG und der Gewerbeordnung vom 27.12.1991</i>	73
2.3.2.c.	<i>Problematik des Inkrafttretens der Zulassung von GPAV</i>	77
2.3.2.d.	<i>Weitere relevante gesetzliche Regelungen bis 2007</i>	79
2.3.3.	<i>Entwicklung zur Zulassung gewerblicher privater Arbeitsvermittlung in Deutschland</i>	82
2.3.3.a.	<i>Das Urteil des dBVerfG vom 04.04.1967</i>	82
2.3.3.b.	<i>Kritik am Urteil des BVerfG</i>	84
2.3.3.c.	<i>Urteil des deutschen Bundessozialgerichts vom 26.03.1992</i>	86
2.3.3.d.	<i>Auffassung des BSG zu GPAV in Bezug auf Arbeitnehmer unterhalb der Führungskräfteebene</i>	86
2.3.3.e.	<i>Auffassung des BSG in Bezug auf GPAV von Führungskräften</i>	87
2.3.3.f.	<i>Kritik an der Auffassung des BSG</i>	88
2.3.3.g.	<i>Vorlagebeschluss des dBGH vom 25.09.1991 bezüglich der Vermittlung von Führungskräften</i>	90
2.3.3.h.	<i>Modellversuch nach dem Ersten Gesetz zur Umsetzung des Spar-, Konsolidierungs- und Wachstumsprogrammes vom 21.12.1993</i>	92
2.3.3.i.	<i>Änderungen des dAFG aF durch das dBeschFG 1994</i>	95
2.3.3.j.	<i>Änderungen des dAFG durch Änderungen des dGesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit</i>	99
2.3.3.k.	<i>Änderungen und Abschaffung der dAVermV sowie Einführung der dVermittler-VergütungsVO</i>	100
2.3.3.l.	<i>Erlaß der dPrAVV</i>	103

2.3.3.m.	<i>Übertragung der Arbeitsvermittlung vom dAFG in das dSGB III</i>	105
2.3.3.n.	<i>Abschaffung der Erlaubnispflicht und einseitigen Vergütung durch Gesetz vom 23.03.2002</i>	107
2.4.	FAZIT DER HISTORISCHEN ENTWICKLUNG IN ÖSTERREICH UND DEUTSCHLAND	111
3.	RECHTLICHE EINORDNUNG DES GEWERBLICHEN PRIVATEN ARBEITSVERMITTLUNGSVERTRAGES	113
3.1.	DEFINITION DER TATBESTANDSVORAUSSETZUNGEN FÜR DAS VORLIEGEN EINES GEWERBLICHEN PRIVATEN ARBEITSVERMITTLUNGSVERTRAGES	114
3.1.1.	<i>Begriff der Arbeitsvermittlung</i>	116
3.1.1.a.	<i>Begriff des Arbeitsverhältnisses</i>	117
3.1.1.b.	<i>Begriff der Vermittlungstätigkeit</i>	121
3.1.2.	<i>Begriff der Gewerblichkeit</i>	126
3.1.3.	<i>Begriff der Privatheit der Arbeitsvermittlung</i>	129
3.2.	VERTRAGSRECHTLICHE ZUORDNUNG DES GEWERBLICHEN PRIVATEN ARBEITSVERMITTLUNGSVERTRAGES	131
3.2.1.	<i>Übersicht über die in Betracht kommenden Vertragsarten</i>	132
3.2.2.	<i>Dienstvertrag</i>	133
3.2.3.	<i>Werkvertrag</i>	136
3.2.4.	<i>Dienstverschaffungsvertrag</i>	139
3.2.5.	<i>Geschäftsbesorgungsvertrag und Bevollmächtigungsvertrag</i>	141
3.2.6.	<i>Makler- und Handelsmaklervertrag sowie Vertrag sui generis</i>	143
3.2.6.a.	<i>Anwendung der Regelungen über den Maklervertrag</i>	143
3.2.6.b.	<i>Anwendung der Regelungen über den Handelsmaklervertrag</i>	146
3.2.6.c.	<i>Ausscheiden eines Vertrags sui generis</i>	147

3.2.6.d.	<i>Ergebnis der vertraglichen Zuordnung</i>	147
4.	VERGLEICH DES GEWERBLICHEN PRIVATEN ARBEITSVERMITTLUNGSVERTRAGS ZUR ARBEITNEHMER- BZW ARBEITSKRÄFTE- ÜBERLASSUNG	148
4.1.	WESENTLICHE MERKMALE VON ARBEITNEHMERÜBERLASSUNG IM DEUTSCHEN UND ÖSTERREICHISCHEN RECHT	149
4.1.1.	<i>Typische Konstellationen einer Arbeitnehmerüberlassung</i>	149
4.1.2.	<i>Merkmale des Arbeitnehmerverhältnisses, der arbeitnehmerähnlichen Personen und Umgang mit Scheinselbstständigkeit</i>	153
4.1.3.	<i>Rechtsverhältnis zwischen Entleiher/Beschäftigter und überlassenem Arbeitnehmer/Beschäftigtem</i>	157
4.1.4.	<i>Wesen des Überlassungsvertrages</i>	161
4.1.5.	<i>Sonderfälle der Subüberlassung und der Zwischenmeisterverträge</i>	164
4.2.	ABGRENZUNG VON GEWERBLICHER PRIVATER ARBEITSVERMITTLUNG UND ARBEITNEHMER- ÜBERLASSUNG	167
4.2.1.	<i>Gesetzliche Abgrenzungskriterien</i>	167
4.2.2.	<i>Abgrenzung aus den konkreten Vertragsbeziehungen</i>	170
4.2.2.a.	<i>Abgrenzung aus der Vertragsbeziehung zwischen Verleiher/Überlasser und Arbeitnehmer/Beschäftigtem</i>	170
4.2.2.b.	<i>Abgrenzung aus der Vertragsbeziehung zwischen Entleiher/Beschäftigter und Arbeitnehmer/Beschäftigten</i>	171
4.2.2.c.	<i>Abgrenzung aus der Vertragsbeziehung zwischen Entleiher/Beschäftigter und Verleiher/Überlasser</i>	175
4.3.	BESONDERE KONSTELLATIONEN IM SPANNUNGSFELD ZWISCHEN GEWERBLICHER PRIVATER ARBEITSVERMITTLUNG UND ARBEITNEHMERÜBERLASSUNG	180
4.3.1.	<i>Verletzung der Arbeitgeberpflichten durch einen Verleiher/Überlasser</i>	180

4.3.1.a.	<i>Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen Entleiher/Beschäftigter und Arbeitnehmer/Beschäftigtem</i>	181
4.3.1.b.	<i>Rechtsfolgen im österreichischen Recht</i>	181
4.3.1.c.	<i>Fiktion eines Arbeitsverhältnisses in unmittelbarer Anwendung des § 10 Abs 1 iVm § 9 Nr 1 und § 3 Abs 1 Nr 1 dAÜG im deutschen Recht</i>	183
4.3.1.d.	<i>Fiktion eines Arbeitsverhältnisses in analoger Anwendung des § 10 Abs 1 DAÜG</i>	184
4.3.1.e.	<i>Auswirkungen auf das Vertragsverhältnis zwischen Verleiher und Entleiher</i>	189
4.3.1.f.	<i>Mögliche Ahndung des Verhaltens des Verleihers bei einem Verstoß gegen § 2 Abs 4 öAMFG bzw § 1 Abs 2 dAÜG</i>	196
4.3.2.	<i>Arbeitnehmerüberlassung durch einen GPAV ohne Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung</i>	200
4.3.2.a.	<i>Folgen einer Arbeitnehmerüberlassung ohne Erlaubnis</i>	201
4.3.2.b.	<i>Ahndung einer Arbeitnehmerüberlassung durch einen GPAV ohne Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung</i>	208
4.3.3.	<i>Faktische Arbeitnehmerüberlassung durch Vermittlung mehrerer befristeter Arbeitsverträge</i>	211
4.3.3.a.	<i>Vermittlung mehrerer befristeter Arbeitsverträge durch GPAV mit und ohne zusätzliche Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung</i>	211
4.3.3.b.	<i>Rechtsfolgen faktischer Arbeitnehmerüberlassung beim GPAV ohne zusätzliche Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung</i>	213
4.3.3.c.	<i>Rechtsfolgen faktischer Arbeitnehmerüberlassung beim GPAV mit zusätzlicher Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung</i>	220
5.	<i>ABGRENZUNG DES GEWERBLICHEN PRIVATEN ARBEITSVERMITTLUNGSVERTRAGS ZU ANDEREN, SPEZIELLEN VERTRAGSARTEN</i>	224
5.1.	<i>ABGRENZUNG GEWERBLICHER PRIVATER ARBEITSVERMITTLUNG GEGENÜBER DER VERMITTLUNG VON WERKVERTRÄGEN UND FREIEN DIENSTVERTRÄGEN</i>	224
5.1.1.	<i>Vermittlung von Werkverträgen</i>	224

5.1.2.	Vermittlung von freien Dienstverträgen	228
5.1.3.	Vermittlung arbeitnehmerähnlicher Personen bzw Auswirkung sogenannter Scheinselbständigkeit	231
5.2.	ABGRENZUNG GEWERBLICHER PRIVATER ARBEITSVERMITTLUNG GEGENÜBER DER PERSONALBERATUNG	236
6.	DAS VERTRAGSVERHÄLTNISS ZWISCHEN GEWERBLICHEM PRIVATEN ARBEITSVERMITTLER UND ARBEITGEBER	239
6.1.	ZUSTANDEKOMMEN EINES GEWERBLICHEN PRIVATEN ARBEITSVERMITTLUNGSVERTRAGS	240
6.1.1.	Voraussetzungen für das Zustandekommen des Vertrags	240
6.1.1.a.	<i>Angebot und Annahme</i>	240
6.1.1.b.	<i>Mindestanforderungen an das Vertragsverhältnis</i>	240
6.1.2.	Gesetzliches Verbot des vermittelten Vertrags	244
6.1.3.	Die Probezeit als aufschiebende Bedingung	247
6.2.	LEISTUNGSPFLICHTEN DES GEWERBLICHEN PRIVATEN ARBEITSVERMITTLERS	253
6.2.1.	Hauptleistungspflichten des GPAVers	254
6.2.1.a.	<i>Nachweis- oder Vermittlungsmaklervertrag</i>	254
6.2.1.b.	<i>GPAV in Form von Nachweismaklertätigkeit</i>	257
6.2.1.c.	<i>GPAV in Form von Vermittlungsmaklertätigkeit</i>	259
6.2.1.d.	<i>Pflicht des GPAVers zum Tätigwerden</i>	261
6.2.2.	Aufklärungspflichten als Nebenleistungspflichten des GPAVers	264
6.2.2.a.	<i>Tätigwerden des GPAVers im alleinigen Interesse des Arbeitgebers oder auch des Arbeitsuchenden</i>	265
6.2.2.b.	<i>Aufklärungspflicht des GPAVers gegenüber dem Arbeitgeber</i>	269
6.2.2.c.	<i>Zulässigkeit subjektiver Wertungen des GPAVers</i>	276

6.2.2.d.	<i>Vertrauen des Arbeitgebers auf subjektive Wertungen des GPAVers</i>	279
6.2.3.	<i>Weitere Nebenleistungspflichten des GPAVers</i>	281
6.2.3.a.	<i>Förderungen der Interessen des Arbeitgebers über die reine Vermittlungstätigkeit hinaus</i>	281
6.2.3.b.	<i>Tätigwerden für einen anderen Arbeitgeber oder sich selbst und dabei Vereitelung des Vertragsabschlusses durch den GPAV</i>	284
6.3.	LEISTUNGSPFLICHTEN DES ARBEITGEBERS	288
6.3.1.	<i>Hauptleistungspflichten des Arbeitgebers</i>	288
6.3.1.a.	<i>Pflicht des Arbeitgebers zur Zahlung der Vermittlungsprovision an den GPAVer</i>	288
6.3.1.b.	<i>Höhe der zu zahlenden Vermittlungsprovision bei fehlender ausdrücklicher Vereinbarung zwischen GPAVer und Arbeitgeber</i>	290
6.3.1.c.	<i>Möglichkeit und Grenzen einer Abänderung der gesetzlichen Vergütungsregelungen durch Individualabrede</i>	296
6.3.2.	<i>Nebenleistungspflichten des Arbeitgebers</i>	300
6.3.2.a.	<i>Zahlung eines Aufwendungsersatzes als Nebenleistungspflicht des Arbeitgebers in Österreich</i>	300
6.3.2.b.	<i>Zahlung eines Aufwendungsersatzes als Nebenleistungspflicht des Arbeitgebers in Deutschland</i>	301
6.3.2.c.	<i>Aufwendungsersatz in den AGB des GPAVers in Deutschland</i>	302
6.3.2.d.	<i>Notwendigkeit einer Kausalität zwischen einem Aufwendungsersatz zugunsten des GPAVers und einem Arbeitsvertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitsuchenden im deutschen Recht</i>	304
6.3.2.e.	<i>Zulässigkeit eines pauschalen Aufwendungsersatzes im deutschen Recht</i>	305
6.3.2.f.	<i>Pflicht des Arbeitgebers zur Förderung des Provisionsanspruchs des GPAVers bzw Vereitelung des Provisionsanspruchs durch den Arbeitgeber</i>	306

6.3.2.g.	<i>Informationspflicht des Arbeitgebers gegenüber dem GPAVer über die Erledigung des Vermittlungsauftrags</i>	308
6.3.2.h.	<i>Weitergabe von Informationen über den Arbeitsuchenden an einen Dritten durch den Arbeitgeber</i>	311
6.3.2.i.	<i>Mitteilungspflicht des Arbeitgebers an den GPAVer über eine Vorkenntnis</i>	311
6.3.2.j.	<i>Weitere Nebenleistungspflichten des Arbeitgebers nach Abschluss des Arbeitsvertrages zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitsuchenden</i>	316
7.	ZUSAMMENFASSUNG DER WESENTLICHEN INHALTE DER ARBEIT	318
7.1.	BEGRIFFSEINORDNUNG DER ARBEITSVERMITTLUNG ALS GRUNDLAGE DER STAATLICHEN ARBEITSVERMITTLUNGS-MONOPOLE IN ÖSTERREICH UND DEUTSCHLAND	318
7.2.	ENTSTEHUNGSGESCHICHTE DER STAATLICHEN ARBEITSVERMITTLUNGSMONOPOLE	319
7.3.	GESELLSCHAFTSPOLITISCHE UND EUROPARECHTLICHE DISKUSSION UM DIE AUFHEBUNG STAATLICHER VERMITTLUNGS-MONOPOLE	321
7.4.	ENTWICKLUNG DER RECHTSPRECHUNG ZUM VERBOT GPAV IN ÖSTERREICH UND DEUTSCHLAND	322
7.5.	GESETZLICHE REGELUNGEN ZUR AUFHEBUNG DES VERBOT GPAV IN ÖSTERREICH	323
7.6.	GESETZLICHE REGELUNGEN ZUR AUFHEBUNG DES VERBOTS GPAV IN DEUTSCHLAND	324
7.7.	BEGRIFF DES ZU VERMITTELNDEN ARBEITSVERHÄLTNISSES ALS TATBESTANDSVORAUSSSETZUNG FÜR GPAV	326
7.8.	BEGRIFF DER VERMITTLUNGSTÄTIGKEIT ALS TATBESTANDSVORAUSSSETZUNG FÜR GPAV	326
7.9.	BEGRIFFE DER GEWERBLICHKEIT UND PRIVATHEIT ALS TATBESTANDSVORAUSSSETZUNGEN FÜR GPAV	327
7.10.	ABGRENZUNG DES GPAVV ZU ÄHNLICHEN UND ZUORDNUNG ZU EINER VERTRAGSART	328

7.11.	WESENTLICHE MERKMALE DER ARBEITSKRÄFTE- BZW ARBEITNEHMERÜBERLASSUNG IM ÖSTERREICHISCHEN UND DEUTSCHEN RECHT	331
7.12.	GESETZLICHE ABGRENZUNG ZWISCHEN GPAV UND ARBEITSKRÄFTE-/ARBEITNEHMERÜBERLASSUNG	334
7.13.	VERTRAGLICHE ABGRENZUNG AUS DEN VERSCHIEDENEN RECHTSBEZIEHUNGEN DER BETEILIGTEN	335
7.14.	VERLETZUNG DER ARBEITGEBERPFLICHTEN DURCH EINEN VERLEIHER/ÜBERLASSER	336
7.15.	ARBEITNEHMERÜBERLASSUNG DURCH EINEN GPAV OHNE ERLAUBNIS ZUR ARBEITNEHMERÜBERLASSUNG	339
7.16.	VERMITTLUNG MEHRERER BEFRISTETER ARBEITSVERTRÄGE DURCH EINEN GPAVER ALS FAKTISCHE ARBEITNEHMERÜBERLASSUNG	341
7.17.	RECHTSFOLGEN FAKTISCHER ARBEITNEHMER- ÜBERLASSUNG BEIM GPAVER OHNE ZUSÄTZLICHE ERLAUBNIS ZUR ARBEITNEHMERÜBERLASSUNG	341
7.18.	RECHTSFOLGEN FAKTISCHER ARBEITNEHMER- ÜBERLASSUNG BEIM GPAVER MIT ZUSÄTZLICHER ERLAUBNIS ZUR ARBEITNEHMERÜBERLASSUNG	344
7.19.	ABGRENZUNG GEWERBLICHER PRIVATER ARBEITSVERMITTLUNG GEGENÜBER DER VERMITTLUNG VON WERKVERTRÄGEN	346
7.20.	ABGRENZUNG GEWERBLICHER PRIVATER ARBEITSVERMITTLUNG GEGENÜBER DER VERMITTLUNG VON FREIEN DIENSTVERTRÄGEN	347
7.21.	VERMITTLUNG ARBEITNEHMERÄHNLICHER PERSONEN BZW AUSWIRKUNG SOGENANNTER SCHEINSELBSTÄNDIGKEIT	347
7.22.	ABGRENZUNG GEWERBLICHER PRIVATER ARBEITSVERMITTLUNG GEGENÜBER DER PERSONALBERATUNG	348
7.23.	VORAUSSETZUNGEN FÜR DAS ZUSTANDEKOMMEN EINES GEWERBLICHEN PRIVATEN ARBEITSVERMITTLUNGSVERTRAGS	350

7.24.	AUSWIRKUNG EINES GESETZLICHEN VERBOTS DES VERMITTELTEN VERTRAGS	350
7.25.	DIE PROBEZEIT ALS AUFSCHIEBENDE BEDINGUNG	351
7.26.	NUR VERMITTLUNGS- ODER AUCH NACHWEISMAKLER-TÄTIGKEIT ALS HAUPTLEISTUNGSPFLICHTEN DES GPAVERS	353
7.27.	PFLICHT DES GPAVERS ZUM TÄTIGWERDEN	354
7.28.	AUFKLÄRUNGSPFLICHTEN ALS NEBEN-LEISTUNGSPFLICHTEN DES GPAVERS	354
7.29.	FÖRDERUNGEN DER INTERESSEN DES ARBEITGEBERS ÜBER DIE REINE VERMITTLUNGSTÄTIGKEIT HINAUS	356
7.30.	TÄTIGWERDEN FÜR EINEN ANDEREN ARBEITGEBER ODER SICH SELBST UND DABEI VEREITELUNG DES VERTRAGSABSCHLUSSES DURCH DEN GPAV	357
7.31.	PFLICHT DES ARBEITGEBERS ZUR ZAHLUNG DER VERMITTLUNGSPROVISION AN DEN GPAVER	358
7.32.	HÖHE DER ZU ZAHLENDEN VERMITTLUNGSPROVISION BEI FEHLENDER AUSDRÜCKLICHER VEREINBARUNG ZWISCHEN GPAVER UND ARBEITGEBER	358
7.33.	MÖGLICHKEIT UND GRENZEN EINER ABÄNDERUNG DER GESETZLICHEN VERGÜTUNGSREGELUNGEN DURCH INDIVIDUALABREDE	359
7.34.	ZAHLUNG EINES AUFWENDUNGSERSATZES ALS NEBENLEISTUNGSPFLICHT DES ARBEITGEBERS IN ÖSTERREICH	360
7.35.	PFLICHT DES ARBEITGEBERS ZUR FÖRDERUNG DES PROVISIONSANSPRUCHS DES GPAVERS BZW VEREITELUNG DES PROVISIONSANSPRUCHS DURCH DEN ARBEITGEBER	361
7.36.	INFORMATIONSPFLICHT DES ARBEITGEBERS GEGENÜBER DEM GPAVER ÜBER DIE ERLEDIGUNG DES VERMITTLUNGSAUFTRAGS	361
7.37.	WEITERGABE VON INFORMATIONEN ÜBER DEN ARBEITSUCHENDEN AN EINEN DRITTEN DURCH DEN ARBEITGEBER	362

7.38.	MITTEILUNGSPFLICHT DES ARBEITGEBERS AN DEN GPAVER ÜBER EINE VORKENNTNIS	363
7.39.	WEITERE NEBENLEISTUNGSPFLICHTEN DES ARBEITGEBERS NACH ABSCHLUSS DES ARBEITSVERTRAGES ZWISCHEN DEM ARBEITGEBER UND DEM ARBEITSUCHENDEN	364
ANHANG		365
A.1.	KURZZUSAMMENFASSUNG DEUTSCHE VERSION	365
A.2.	ABSTRACT ENGLISH VERSION	368
A.3.	LEBENS LAUF DES VERFASSERS	370

Verzeichnis der Literatur, Gesetze und Urteile

Kommentare und Lehrbücher:

<i>Baumbach/Hopt</i>	Handelsgesetzbuch	29. Auflage	München	1995
<i>Becker/Wulfgramm</i>	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz	1. Auflage	Neuwied	1997
<i>Bethge</i>	Arbeitsvermittlung im sozialen Rechtsstaat	1. Auflage	Köln	1962
<i>BGB-RGRK (mehrere Verfasser)</i>	Reichsgerätekomentar Bürgerliches Gesetzbuch	12. Auflage	Berlin	1978
<i>Boemke/Lembke</i>	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz	2. Auflage	Frankfurt/ Main	2005
<i>Brockhaus</i>	Enzyklopädie		Mannheim	1986
<i>Brox</i>	Arbeitsrecht	11. Auflage	Stuttgart	1993
<i>Bydlinski</i>	Maklergesetz	1. Auflage	Wien	1996
<i>Dittrich/Tades</i>	ABGB	22. Auflage	Wien	2007
<i>Erman</i>	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch	8. Auflage	Münster	1989
<i>Esser/Schmidt</i>	Schuldrecht Band 1, Teilband 1	7. Auflage	Heidelberg	1992
<i>Fikentscher</i>	Schuldrecht	8. Auflage	Berlin	1992
<i>Fischer</i>	Kommentar zum Gesetz über die Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung	1. Auflage	Stuttgart	1928
<i>Franßen/Haesen</i>	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz	1. Auflage	Karlsruhe	1974
<i>Fromherz</i>	MaklerG	1. Auflage	Wien / New York	1996
<i>Gagel</i>	Arbeitsförderungsgesetz	13. Auflage	München	1986
<i>Gemeinschafts- kommentar (mehrere Verfasser)</i>	Sozialgesetzbuch III		Neuwied	
<i>Geppert</i>	Arbeitskräfteüberlassungsgesetz	1. Auflage	Wien	1989

<i>Glanegger/Güroff</i>	Gewerbsteuergesetz	3. Auflage	München	1994
<i>Grabitz/Hilf</i>	Kommentar zum EWG-Vertrag		München	
<i>Groeben von der/ Thiesing/Ehlermann</i>	Kommentar zum EWG-Vertrag	4. Auflage	Baden-Baden	1991
<i>Gross</i>	Arbeitsrecht Band 1	1. Auflage	Wiesbaden	1986
<i>Hailbronner</i>	Rechtsstellung und Tätigkeitsbereich der öffentlich-rechtlichen Pflicht- und Monopol-versicherungsanstalten in der EG	1. Auflage	Baden-Baden	1991
<i>Hanau/Adomeit</i>	Arbeitsrecht	9. Auflage	Frankfurt	1988
<i>Hauk/Haines</i>	Sozialgesetzbuch IV Kommentar		Berlin	
<i>Herrmann/Heuer/ Raupach</i>	Einkommensteuer- und Körperschafts-teuergesetz	21. Auflage	Köln	1996
<i>Heymann</i>	Handelsgesetzbuch	2. Auflage	Berlin	1995
<i>Hueck/Nipperdey</i>	Lehrbuch des Arbeitsrechts	7. Auflage	München	1963
<i>Jauernig</i>	Bürgerliches Gesetzbuch	8. Auflage	München	1997
<i>Klös</i>	Reform der Arbeitsvermittlung	1. Auflage	Köln	1991
<i>Lackner</i>	Strafgesetzbuch	21. Auflage	München	1995
<i>Larenz</i>	Lehrbuch des Schuldrechts Besonderer Teil	12. Auflage	München	1981
<i>Lohre/Mayer/ Stevens-Bartol</i>	Arbeitsförderungs-gesetz	1. Auflage	Köln	1995
<i>Ludwig</i>	Der gewerbliche Arbeitsnachweis	1. Auflage	Berlin	1906
<i>Mantke</i>	Maklerrecht	1. Auflage	Karlsruhe	1986
<i>Maunz/Zippelius</i>	Deutsches Staatsrecht	28. Auflage	München	1991
<i>Mazal</i>	Arbeitskräfteüber-lassung	1. Auflage	Wien	1988
<i>Mazal/Risak</i>	Das Arbeitsrecht	9. Auflage	Wien	2007
<i>Medicus</i>	Schuldrecht II	7. Auflage	München	1995

<i>Micklitz/Weatherill</i>	European Economic Law	1. Auflage	Aldershot	1997
<i>Mugedan</i>	Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch	1. Auflage	Berlin	1899
<i>Münchner Kommentar (mehrere Verfasser)</i>	Bürgerliches Gesetzbuch (mehrere Bände)	4. Auflage und 3. Auflage	München	2001, 2005 und 1997
<i>Münchner Kommentar (mehrere Verfasser)</i>	Handelsgesetzbuch		München	1996
<i>Münchner Handbuch (mehrere Verfasser)</i>	Arbeitsrecht		München	1992/1993
<i>Niebler/Biebl/Ross</i>	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz	2. Auflage	Berlin	2003
<i>Niebler/Biebl/Ulrich</i>	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz	1. Auflage	Berlin	1999
<i>Niesel (abgekürzt: Niesel AFG)</i>	Arbeitsförderungs-gesetz	1. Auflage	München	1995
<i>Niesel (abgekürzt: Niesel)</i>	SGB III	4. Auflage	München	2007
<i>Nikisch</i>	Arbeitsrecht	3. Auflage	Tübingen	1961
<i>Noss</i>	Maklerrecht	3. Auflage	Wien	2008
<i>Ostermayer/Schuster</i>	Maklerrecht	1. Auflage	Wien	1996
<i>Palandt</i>	Bürgerliches Gesetzbuch	67. Auflage	München	2008
<i>Plancks Kommentar (mehrere Verfasser)</i>	Bürgerliches Gesetzbuch	4. Auflage	Berlin	1913
<i>Roblinski</i>	Gewerberecht	1. Auflage	München	1983
<i>Röhricht/Graf von Westfalen</i>	Handelsgesetzbuch	1. Auflage	Köln	1998
<i>Sacherer/Schwarz</i>	Arbeitskräfteüberlassungsgesetz	2. Auflage	Wien	2006
<i>Sandmann/Marschall</i>	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz	Loseblattsammlung	Frankfurt	Stand 2004
<i>Schaub</i>	Arbeitsrechtshandbuch	4. Auflage	München	1980
<i>Schmid/Trenk-Hinterberger</i>	Grundzüge des Arbeitsrechts	2. Auflage	München	1994

<i>Schrank/Grabner</i>	Werkverträge und freie Dienstverträge	1. Auflage	Wien	1997
<i>Schrank/Mazal</i>	Arbeitsrecht – Ein systematischer Grundriss	4. Auflage	Wien	2008
<i>Schröder</i>	Das Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit im europäischen Vergleich	1. Auflage	Frankfurt/Main	1995
<i>Schüren</i>	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz	1. Auflage	München	1994
<i>Sieg/Leifermann</i>	Gewerbeordnung	4. Auflage	München	1978
<i>Soergel</i>	Bürgerlichen Gesetzbuch	12. Auflage	Stuttgart	1990
<i>Staudinger</i>	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Basisvariante, wenn nicht anders gekennzeichnet)	13. Auflage	Berlin	1995-1997
<i>Staudinger</i>	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Neubearb 2003 in Zitaten gekennzeichnet)	Neubearbeitung 2003	Berlin	2003
<i>Stindt</i>	Private Arbeitsvermittlung	1. Auflage	Baden-Baden	2005
<i>Tomandl/Schrammel</i>	Arbeitsrecht Band 1	5. Auflage	Wien	2004
<i>Windbichler</i>	Arbeitsrecht im Konzern	1. Auflage	München	1989

Aufsätze und sonstiges Schrifttum:

<i>Bethge</i>	Ist das Vermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit und Arbeitslosenversicherung mit dem Grundgesetz vereinbar? in NJW 1964, S 90 f	München	1964
<i>Bleckmann</i>	Die Personenverkehrsfreiheit im Recht der EG in DVBl 1986, S 69 ff	Berlin	1986
<i>Blumenwitz</i>	Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Angleichung von Rechtsvorschriften auf dem Gebiet des Niederlassungsrechts der freien Berufe in NJW 1989, S 621 ff	München	1989
<i>Boemke</i>	Kommentierung des Urteils des BAG vom 28.06.2000 in BB 2000, S 2524 ff	Frankfurt/ Main	2000
<i>Bückle</i>	Beschäftigung von Leiharbeitnehmern ohne Arbeitserlaubnis in BB 1981, S 1529	Frankfurt/ Main	1981
<i>Burghardt</i>	Die Treuepflicht des Grundstücksmaklers, in AcP 140, S 81 f	Tübingen	1935
<i>Canaris</i>	Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen in JZ 1965, S 475 ff	Tübingen	1965
<i>Canaris</i>	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 20.12.1984 in NJW 1985, S 2405	München	1985
<i>Eichendorfer</i>	Das Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit und EG-Recht in NJW 1991, S 2859 ff	München	1991
<i>Fleck</i>	Die Drittanstellung des GmbH-Geschäftsführers in ZHR 149, 387 ff	Heidelberg	1985
<i>Herbert/Mauer</i>	Das Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit im Lichte des nationalen und internationalen Rechts in NZA 1991, S 416 ff	Frankfurt/ Main	1991
<i>Hessel</i>	Nochmals: Das Leiharbeitsverhältnis, in BB 1970, S 307 ff	Frankfurt/ Main	1970

<i>Marschner</i>	Das neue Recht der Arbeitsvermittlung, in AuA 1994, Ausgabe 10, S 307 ff	Berlin	1994
<i>Marschner</i>	Die Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung von anderen Formen des Personaleinsatzes in NZA 1995 Band 14, S 670	Frankfurt/Main	1995
<i>Mayer-Maly</i>	Das Leiharbeitsverhältnis in ZfA 1972, S 1	Berlin	1972
<i>Mazal</i>	Freier Dienstvertrag oder Werkvertrag in ecolex 1997, S 277	Wien	1997
<i>Mazal</i>	Organmitglieder als überlassene Arbeitskräfte in ecolex 2001, 763	Wien	2001
<i>Mazal</i>	Rechtsfragen des Anwendungsbereichs des AÜG in ZAS 2005, S 248	Wien	2005
<i>Mazal</i>	Zur Zulässigkeit von Subüberlassung in ecolex 2001, S 256	Wien	2001
<i>Mohr/Pomberg</i>	Die Änderung der Rechtsprechung zu der vermuteten Arbeitsvermittlung nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz in DB 2001, S 590	Düsseldorf	2001
<i>Nägele</i>	Der Anstellungsvertrag des Geschäftsführers in BB 2001, 308 f	Heidelberg	2001
<i>oV</i>	Repräsentative Befragung zur Vermittlungseffizienz der Bundesanstalt für Arbeit abgedruckt im Handelsblatt vom 20. Juni 1991, S 4	Düsseldorf	1991
<i>oV</i>	Abschlussbericht der Kommission zur Überprüfung der Auswirkungen des Gesetzes zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte in NZS 1999/12, S XI-XIII	München	1999
<i>Ramm</i>	Die Aufspaltung der Arbeitgeberfunktion in ZfA 1973, S 263	Berlin	1973
<i>Resch</i>	Drittanstellung von Organpersonen und Arbeitsrecht in GesRZ 2005, 76	Wien	2005

<i>Siebert</i>	Die Begründung des Arbeitsverhältnisses in Deutsches Arbeitsrecht 1937, S 338 ff		1937
<i>Thode</i>	Die Rechtsprechung des BGH zum Maklerrecht, in WM 1989, Sonderbeilage Nummer 6	Frankfurt/ Main	1989
<i>Vollkommer</i>	Zur Höhe der Maklerprovision in JZ, 1985, S 879 ff		1985
<i>Wolf</i>	Die Rechtsprechung des BGH zum Maklerrecht, in WM 1985, Sonderbeilage Nummer 3	Frankfurt/ Main	1985

Gesetze und Verordnungen:

dÄnderung der dReichsgewerbeordnung	01.07.1883	dRGG 1883, S 159
dArbeitnehmerüberlassungsgesetz	07.08.1972	dBGG I, S 1393
dArbeitsförderungsgesetz	25.06.1969	dBGG I, S 582
dArbeitsförderungs-Reform-Gesetz	24.03.1997	dBGG I, S 594
dArbeitsnachweisgesetz (ANG)	27.07.1922	dRGG 1922 I, S 657
dArbeitsvermittlungsverordnung	11.03.1994	dBGG 1994 I, S 563
dBeschäftigungsförderungsgesetz von 1994	26.07.1994	dBGG 1994 I, S 1786
dBeschäftigungsverordnung	22.11.2004	dBGG 2004 I, S 2937
dBetriebsverfassungsgesetz in der Fassung vom 25.09.2001	25.09.2001	dBGG 2001 I, S 2518 ff
dBürgerliches Gesetzbuch	18.08.1896	dBGG 1896 I, S 219 zuletzt geändert dBGG 2008 I, S 441
dEinkommenssteuergesetz	19.12.2002	dBGG 2002 I, S 4210
dGesetz über Arbeitsvermittlung, Berufsberatung und Lehrstellenvermittlung	05.11.1935	dRGG 1935, S 1281
dGesetz über die Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (AVAVG)	16.07.1927	dRGG 1927 I, S 187 Neufassung 1957: dBGG 1957, S 322
dGesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge	21.12.2000	dBGG 2000 I, S 1966
dGesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte	19.12.1998	dBGG I S 3824
dGesetz zur Förderung der Selbständigkeit	20.12.1999	dBGG I, S 388
dGesetz zur Vereinfachung der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat	23.03.2002	dBGG 2002 I, S 1130
dGewerbeordnung	01.01.1987 in der Neufassung vom 22.02.1999	dBGG I, S 425 (1987) / dBGG I, S 202 (1999)
dGewerbsteuergesetz	15.10.2002	dBGG 2002 I, S 4167

dHandelsgesetzbuch	10.05.1897	dRGBI 1897 I, S 219 zuletzt geändert dBGBI 2007, S 3089
dJob-AQTIV-Gesetz	10.12.2001	dBGBI 2002 I, S 31
dNovelle der dReichsgewerbeordnung	30.06.1900	dRGBI 1900, S 322 ff
dPrivate-Arbeitsvermittlung-Statistik- Verordnung	01.08.1994	dBGBI 1994 I, S 1949
dReichsgewerbeordnung für den Norddeutschen Bund	21.06.1869	dBundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes 1869
dRunderlass der Bundesanstalt für Arbeit	03.08.1990	dANBA 1990, S 1351 ff
dRunderlass der Bundesanstalt für Arbeit	06.11.1970	dANBA 1970, S 889
dSozialgesetzbuch III	24.03.1997	dBGBI 1997 I, S 3845, zuletzt geändert am 23.01.2006
dSozialgesetzbuch IV – Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung	23.12.1976	dBGBI 1976 I, S 594, zuletzt geändert durch dBGBI I, S 2329
dStellenvermittlungsgesetz	02.06.1910	dRGBI 1910, S 860
dUnternehmensgesetzbuch	10.05.1897	dRGBI 1897 I, S 219 zuletzt geändert öBGBI 2005, S 120
dVermittler-Vergütungs-Verordnung	27.06.2002	dBGBI 2002 I, S 2439
dVerordnung zur Änderung des AÜG	31.10.2006	dBGBI I, S 2407
dVerwaltungsverfahrensgesetz des Bundes	25.05.1976	dBGBI 1976 I, S 1253
ILO-Übereinkommen Nr 96	18.07.1951	dBGBI 1954 II, S 456
öAllgemeines Bürgerliches Gesetzbuch	01.06.1811	Kaiserliches Patent, JGS 946 zuletzt geändert öBGBI 113/2006
öÄnderung des öArbeitsmarktförderungsgesetzes	12.01.1999	öBGBI 13/1999
öÄnderung des öArbeitsmarktförderungsgesetzes	27.12.1991	öBGBI 685/1991
öArbeits- und Sozialgerichtsgesetz	07.03.1985	öBGBI 104/1985

öArbeitskräfteüberlassungsgesetz	23.03.1988	öBGBI 1988/196
öArbeitsmarktförderungsgesetz	21.01.1969	öBGBI 31/1969 zuletzt geändert öBGBI 314/1994
öArbeitsmarktservice Begleitgesetz (öAMS-BegleitG)	28.04.1994	öBGBI 313/1994
öArbeitsmarktservicegesetz (AMSG)	28.04.1994	öBGBI 313/1994
öArbeitsverfassungsgesetz	15.01.1974	öBGBI 22/1974
öArbeitsvermittlung- Prüfungsverordnung (AVPV)	17.03.1995	öBGBI 187/1995
öGesetz über die Vereinfachung der Verwaltungsgesetze und sonstige Maßnahmen zur Entlastung der Verwaltungsbehörden (Verwaltungsentlastungsgesetz)	25.07.1925	öBGBI 1925, S 980
öGewerbeordnung von 1859	20.12.1859	öRGGI 1859, S 120
öGewerberechtsnovelle 1991	27.12.1991	öBGBI 686/1991
öGewerberechtsnovelle 1992	15.01.1993	öBGBI 29/1993
öHeimarbeitsgesetz 1960	26.04.1961	öBGBI 105/1961
öKonjunkturbelebungs-gesetz 2002	26.02.2002	öBGBI 68/2002
öMaklergesetz	01.07.1996	öBGBI 262/1996 zuletzt geändert durch öBGBI 131/2004
öNovellierung der Gewerbeordnung von 1883	15.03.1883	öRGGI 1883, S 21
öRechts-Überleitungsgesetz	01.05.1945	öStGGI 6/1945
öVerordnung des Bundesministeriums für Handel und Verkehr über die Privatgeschäftsvermittlung	18.05.1926	öBGBI 1926, S 622
öVerordnung über das Inkrafttreten von Rechtsverordnungen des Reichs im Lande Österreich	22.03.1938	öGGIÖ 1938/16
Vertrag über die Europäische Union mit dem Wortlaut des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften (EGV)	31.08.1992	Amtsblatt Nr C 224

Rechtsprechung:

dBAG Beschluss	10.02.1977	DB 1977, S 1273
dBAG Entscheidung	28.06.2000	BB 1970, S 2522 ff
dBAG Entscheidung	09.11.1994	DB 1995, S 1566
dBAG Entscheidung	09.06.1993	NZA 1994, S 169 ff
dBAG Entscheidung	23.11.1988	DB 1989, S 1572
dBAG Entscheidung	07.06.1984	NZA 1985, S 57 ff
dBAG Entscheidung	22.07.1982	EzAÜG Nr 115
dBAG Entscheidung	12.02.1970	dBAGE 22, S 278 ff
dBAG Entscheidung	22.09.1961	dBAGE 11, S 270 ff
dBayObLG Entscheidung	14.05.1981	DB 1981, S 1460
dBGH Beschluss	26.03.1998	NJW-RR 1998, S 992 ff
dBGH Entscheidung	17.10.1991	NJW-RR 1992, S 560
dBGH Entscheidung	20.03.1991	NJW-RR 1991, S 950
dBGH Entscheidung	04.07.1990	dBGHZ 112, S 59 ff
dBGH Entscheidung	16.05.1990	NJW-RR 1990, S 1008
dBGH Entscheidung	07.02.1990	NJW-RR 1990, S 1370 f
dBGH Entscheidung	28.01.1987	dBGHZ 99, S 374 ff
dBGH Entscheidung	28.01.1987	WM 1987, S 471
dBGH Entscheidung	14.01.1987	WM 1987, S 632 ff
dBGH Entscheidung	08.10.1986	NJW-RR 1987, S 173 f
dBGH Entscheidung	13.03.1985	dBGHZ 1994, S 98 ff
dBGH Entscheidung	19.01.1984	dBGHZ 89, S 369 ff
dBGH Entscheidung	09.11.1983	WM 1984, S 62
dBGH Entscheidung	25.05.1983	dBGHZ 87, S 309 ff
dBGH Entscheidung	26.01.1983	NJW 1983, S 1847 f
dBGH Entscheidung	13.05.1975	AP Nr 1 zu § 12 dAÜG
dBGH Entscheidung	25.10.1967	dBGHZ 48, S 344 ff
dBGH Entscheidung	25.04.1966	dBGHZ 45, S 223 ff
dBGH Entscheidung	24.01.1956	dBGHZ 19, S 382 ff
dBGH Entscheidung	06.11.1985	NJW-RR 1986, S 346 ff
dBGH Vorlagebeschluss	25.09.1991	NZA 92, S 45 ff
dBSG Entscheidung	26.03.1992	NZA 92, S 1050 ff

dBSG Entscheidung	22.11.1973	dBSGE 36, S 262
dBSG Entscheidung	29.07.1970	dBSGE 31, S 235 ff
dBVerfG Entscheidung	04.04.1967	dBVerfGE 21, S 245 ff
dBVerwG Entscheidung	02.02.1982	dBVerwGE 65, S 1 ff
dBVerfG Vorlagebeschluss	02.09.1990	NZA 91, S 948
dOLG Celle Entscheidung	17.11.1994	NJW-RR 1995, S 501
dOLG Hamburg Entscheidung	15.10.1986	NJW-RR 1987, S 175
dOLG Koblenz Entscheidung	06.07.1989	NJW-RR 1998, S 248 f
dOLG Koblenz Entscheidung	16.03.1989	BB 1989, S 2001
dOLG Koblenz Entscheidung	06.07.1989	NJW-RR 1991, S 248 f
dOLG München Vorlage	31.01.1990	NZA 1990, S 372
dOLG Osnabrück Entscheidung	16.01.1989	NJW-RR 1989, S 501 f
dRAG Entscheidung	05.06.1940	dRAG Arbeitsrechtssammlung 40, S 10 f
dRG Entscheidung	04.05.1923	dRGZ 108, S 1 ff
dRG Entscheidung	09.01.1915	dRGZ 86, S 107 ff
EuGH Entscheidung (Webb)	17.12.1981	EuGH, Slg 1981, S 3305 ff
EuGH Entscheidung (Dona/Mantero)	14.07.1976	EuGH, Slg 1976, S 1333 ff
EuGH Entscheidung (Höfner und Elser gegen Macrotron)	23.04.1991	EuGH, Slg 1991, I-1979
EuGH Entscheidung (Job Centre)	11.12.1997	EuGH, Slg 1997 I-7119
EuGH Entscheidung (Reyners)	21.06.1974	EuGH, Slg 1974, S 631 ff
EuGH Entscheidung (Societe Generale Alsacienne de Banque / Koestler)	24.10.1978	EuGH, Slg 1978, S 1971 ff
EuGH Entscheidung (Van Ameyde / UCI)	09.06.1977	EuGH, Slg 1977, S 1091 ff
öOGH Entscheidung	17.11.19987	4 Ob 604/87
öOGH Entscheidung	05.06.2008	6 Ob 71/07w
öOGH Entscheidung	28.08.2007	5 Ob 135/07z
öOGH Entscheidung	09.03.2006	6 Ob 25/06d
öOGH Entscheidung	08.07.2003	5 Ob 120/03p
öOGH Entscheidung	30.09.2002	1 Ob 209/02w
öOGH Entscheidung	14.10.1997	1 Ob 234/97m

öOGH Entscheidung	06.04.1995	60 b 669/94
öOGH Entscheidung	13.01.1993	9 Ob A 260/77
öOGH Entscheidung	19.06.1991	9 Ob A 77/91
öOGH Entscheidung	27.01.1987	14 Ob 180/86
öOGH Entscheidung	26.05.1985	SZ 58/111
öOGH Entscheidung	26.02.1980	2 Ob 610/97
öUVS Wien Entscheidung	24.01.1995	06/36/670/94
öVfGH Entscheidung	30.09.1996	B 1724 / 95
öVfGH Entscheidung	16.06.1990	B 610/89
öVfGH Entscheidung	14.12.1982	B 440/82
öVwGH Entscheidung	17.01.1995	93/08/0182

Verzeichnis der Abkürzungen

Hinweis:

Im Text sind zur Kennzeichnung der Rechtsordnungen die Kürzel „ö“ für österreichisch und „d“ für deutsch vorangestellt. Im nachfolgenden Abkürzungsverzeichnis wurden diese Kürzel nicht hinzugefügt.

aaO	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
aF	alte Fassung
AFG	Arbeitsförderungsgesetz
AG	Arbeitgeber
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
ABGB	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz)
AIZ	Allgemeine Immobilien-Zeitung
allg	Allgemeinen
AMS	Arbeitsmarktservice
AMSG	Arbeitsmarktservicegesetz
AN	Arbeitnehmer
ANBA	Amtliche Nachrichten der Bundesanstalt für Arbeit
ANG	Arbeitsnachweisgesetz
Anm	Anmerkung
ANÜ	Arbeitnehmerüberlassung
ANÜV	Arbeitnehmerüberlassungsvertrag
AP	Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts - Arbeitsrechtliche Praxis
ArbR	Arbeitsrecht
Art	Artikel
AS	Arbeitssuchender
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht
AÜG (Deutschland)	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
AÜG (Österreich)	Arbeitskräfteüberlassungsgesetz
AV	Arbeitsvermittlung
AVAVG	Arbeitsvermittlungs- und Arbeitslosenversicherungsgesetz
AVermV	Arbeitsvermittlungsverordnung
AVPV	Arbeitsvermittlung-Prüfungsverordnung
BA	Bundesanstalt für Arbeit
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebsberater
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BeschFG	Beschäftigungsfördergesetz
BeschVO	Beschäftigungsverordnung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt (Österreich und Deutschland)

BGB-RGRK	Reichsgerätekomentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHE	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes für Zivilsachen
BMfAuS	Bundesministerium für Arbeit und Soziales
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
Bsp	Beispiel
BT-Drucksache	Drucksache des Deutschen Bundestages in den Anlagen zu den Verhandlungen des Deutschen Bundestages der jeweiligen Wahlperiode
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts
bzw	beziehungsweise
cic	culpa in contraendo
DB	Der Betrieb
dh	dass heißt
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
EG	Europäische Gemeinschaften
EGV	EG-Vertrag
Erl	Erläuterung
ESTG	Einkommenssteuergesetz
etc	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EzAÜG	Entscheidungssammlung zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
ff	fort folgende
GBIÖ	Gesetzblatt Österreichs
GesRZ	Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht
GewO	Gewerbeordnung
GewStG	Gewerbsteuergesetz
GG	Grundgesetz
ggü	Gegenüber
GK-AFG	Gemeinschaftskomentar zum AFG
GK-SGB III	Gemeinschaftskomentar zum SGBIII
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GPAV	Gewerbliche private Arbeitsvermittlung
GPAVer	Gewerblicher privater Arbeitsvermittler
GPAVV	Gewerblicher privater Arbeitsvermittlungsvertrag
HGB	Handelsgesetzbuch
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
idR	in der Regel
ILO	International Labour Organisation
inkl	inklusive

iSe	im Sinne eine(r/s)
iVm	in Verbindung mit
JGS	Justizgesetzsammlung
JZ	Juristenzeitung
Kap	Kapitel
LG	Landgericht
LSG	Landessozialgericht
M&A	Mergers & Aquisitions (Zusammenschlüsse und Übernahmen von Unternehmen)
MaklerG	Maklergesetz
max	maximal
mE	meines Erachtens
MünchArbR	Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht
MünchKomm	Münchner Kommentar zum BGB
MünchKomm HGB	Münchner Kommentar zum HGB
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW Rechtsprechungs- Report
nmE	nach meinem Erachten
nmM	nach meiner Meinung
Nr	Nummer
NZA	urspgl.: Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht; jetzt: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
OGH	Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
oV	ohne Verfasser
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
pa	per anno
PflegeVG	Pflege-Versicherungsgesetz
pFv	positive Forderungsverletzung
PrAVV	Private-Arbeitsvermittlung-Statistik-Verordnung
pVv	positive Vertragsverletzung
RAG	Reichsarbeitsgericht
Rdnr	Randnummer
RG	Reichsgericht
RGBI	Reichsgesetzblatt (Österreich und Deutschland)
RGZ	Urteil des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rz	Randzahl
S	Seite
SchwArbG	Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit
SGB	Sozialgesetzbuch
SKWPG	Spar-, Konsolidierungs- und Wachstumsprogrammgesetz
Slg	Sammlung
so	siehe oben
SozR	Sozialrecht
StGB	Strafgesetzbuch
su	siehe unten
ua	unter anderem

UBG	Unternehmensgesetzbuch
UCI	Union Cycliste International
ursprgl	ursprünglich
usw	und so weiter
uU	unter Umständen
UVS	Unabhängiger Verwaltungssenat
VermV	Vermittlungsvertrag
VfGH	Verfassungsgerichtshof
vgl	vergleiche
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht /
ZAS	Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
zB	zum Beispiel
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht

1. EINFÜHRUNG UND ZIELSETZUNG DER ARBEIT

Mit dem deutschen Beschäftigungsförderungsgesetz von 1994¹ (Abkürzung: dBeschFG 1994) wurde gewerbliche private Arbeitsvermittlung (Abkürzung: GPAV) in Deutschland erneut zulässig. Gleichzeitig wurde das Vermittlungsmonopol der damaligen Bundesanstalt für Arbeit (Abkürzung: BA / heute in Bundesagentur für Arbeit umbenannt), welches privat organisierte Arbeitsvermittlung nur in äußerst beschränktem Rahmen zugelassen hatte, weitgehend durchbrochen.

Eine ähnliche Entwicklung fand in Österreich bereits drei Jahre zuvor mit der Änderung des österreichischen Arbeitsmarktförderungsgesetzes im Jahr 1991² (Abkürzung: öAMFG 1991) statt. Auch hier war dies der Ausgangspunkt einer Wiederzulassung GPAV und damit der Aufhebung des staatlichen Arbeitsvermittlungsmonopols.

In der weiteren Entwicklung wurde durch das öKonjunkturbelebungsgesetz 2002³ in Österreich und durch die Anpassungen des dSGB III mit Gesetz vom 23.03.2002⁴ in Deutschland nunmehr auch das Verbot GPAV mit Erlaubnisvorbehalt gänzlich aufgehoben und GPAV vollständig liberalisiert. Lediglich im Verhältnis zwischen gewerblichem privaten Arbeitsvermittler (Abkürzung: GPAVer) und dem Arbeitsuchenden existieren weiterhin noch erhebliche Ausübungsbeschränkungen⁵, kaum aber im hier untersuchten

¹ dBeschäftigungsförderungsgesetz von 1994 vom 26.07.1994, dBGBl 1994 I, S 1786

² Änderung des öAMFG vom 27.12.1991, öBGBl 685/1991

³ öKonjunkturbelebungsgesetz 2002 vom 26.02.2002, öBGBl 68/2002

⁴ Änderungen des dSGB III durch dGesetz zur Vereinfachung der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat vom 23.03.2002, dBGBl 2002 I, S 1130

⁵ Als Beispiel sei hier das Verbot einer Entgegennahme von Vergütungen des Arbeitsuchenden durch den GPAVer in Österreich bzw die Einschränkung solcher Vergütungen in Deutschland genannt, auf die in Kap 2. noch näher eingegangen wird

Vertragsverhältnis zwischen einem GPAVer und einem Arbeitgeber.

Die Folge dieser Liberalisierung ist die Herausbildung einer neuen Berufs- und Unternehmergruppe der gewerblichen privaten Arbeitsvermittler. Dabei ist anzumerken, dass die Bezeichnung "neu" in Bezug auf GPAV, ebenso wie für das Rechtsinstitut des gewerblichen, privaten Arbeitsvermittlungsvertrages (Abkürzung: GPAVV), insoweit einschränkend zu lesen ist, als hiermit erstmals nach dem Zweiten Weltkrieg in der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Österreich GPAV im nennenswerten Rahmen möglich wurde. Im Laufe der Geschichte gab es zuvor sehr wohl Phasen, in denen GPAV sowohl in Österreich wie auch in Deutschland zulässig war.⁶

Die Ausführungen dieser Arbeit beziehen sich ausschließlich auf die Tätigkeit gewerblicher und privater Vermittler.⁷ Ausgeklammert sind damit die Tätigkeitsbereiche von nicht gewerblichen oder nicht privat agierenden Institutionen wie zum Beispiel Vermittlungseinrichtungen kollektivvertraglicher Art oder gemeinnützige Vermittlung durch kirchliche Einrichtungen.

Die Untersuchungen dieser Arbeit sollen eine umfassende Darstellungen und Rechtsvergleichung der wesentlichen Problemfelder des Rechtsverhältnisses zwischen GPAVer und Arbeitgeber zum Gegenstand haben:

- In Kap 2 wird zunächst ein historischer Abriss gegeben von der Entstehung GPAV in Österreich und Deutschland in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts über deren schrittweises Zurückdrängen Anfang/Mitte des 20. Jahrhunderts mit dem parallelen Entstehen der staatlichen Vermittlungsmonopole

⁶ Vgl hierzu ausführlich Kap 2.

⁷ Zur Abgrenzung zwischen gewerblicher und nicht gewerblicher Arbeitsvermittlung bzw privater und nicht privater Arbeitsvermittlung vgl Kap 3.1.

bis hin zur gesellschaftspolitischen und rechtlichen Diskussion Ende des 20. Jahrhunderts, die zur Wiedereingliederung GPAV in Österreich und Deutschland führte.

- Die vergleichende Definition der Tatbestandsvoraussetzungen GPAV in Österreich und Deutschland sowie die Zuordnung der GPAV zu einer Vertragsart des jeweiligen Zivilrechts steht im Mittelpunkt von Kap 3.
- Ein der GPAV nahe stehendes Rechtsinstitut ist die Arbeitnehmerüberlassung. Daher widmet sich Kap 4 im Schwerpunkt der Abgrenzung zwischen GPAV und Arbeitnehmerüberlassung nach den österreichischen und deutschen Vorschriften.
- Zudem erfolgen weitere Abgrenzungen GPAV gegenüber der Vermittlung von Werk- oder freiberuflichen Dienstverträgen sowie zur Personalberatung in Kap 5.
- In Kap 6 werden die typischen Pflichten der Vertragsparteien, also des GPAVers und des Arbeitgebers, im österreichischen und deutschen Recht miteinander verglichen.
- Am Schluss der Arbeit steht eine Zusammenfassung der wichtigsten Thesen in Kap 7.

Ergänzende Hinweise:

Als drittes Buch des deutschen Sozialgesetzbuches⁸ (Abkürzung: dSGB III) wurde die Arbeitsförderung und mit ihr die Regelungen zur GPAV vom deutschen Arbeitsförderungsgesetz⁹ (Abkürzung: dAFG) in das Sozialgesetzbuch überführt. Aufgrund der zahlreichen Rechtsprechungs- und Literaturverweise, die sich noch auf die

⁸ dDrittes Buch des Sozialgesetzbuches vom 24.03.1997, dBGBI I, S 594

⁹ dArbeitsförderungsgesetz vom 25.06.1969, dBGBI I, S 582

Vorschriften des dAFG beziehen, werden an einigen gebotenen Stellen sowohl die Vorschriften des dAFG wie auch des dSGB III zitiert. Soweit Hinweise auf das dAFG mit dem Zusatz aF versehen sind, wird auf Vorschriften des dAFG in ihrer Fassung vor den Änderungen durch das dBeschFG 1994 Bezug genommen.

Zur leichteren Verständlichkeit für den Leser ist in dieser Arbeit den österreichischen Regelungen ein „ö“ und den deutschen Regelungen ein „d“ vorangestellt, die jeweils nicht zur offiziellen Bezeichnung der Regelungen gehören.

2. HISTORISCHE ENTWICKLUNG DES STAATLICHEN ARBEITSVERMITTLUNGSMONOPOLS UND DESSEN AUFHEBUNG IN ÖSTERREICH UND DEUTSCHLAND

2.1. BEGRIFFSEINORDNUNG DES ARBEITS-VERMITTLUNGSMONOPOLS

Ausgangspunkt für diese Arbeit ist die weitgehende Aufhebung des Arbeitsvermittlungsmonopols der damaligen Arbeitsmarktverwaltung in Österreich bzw der damaligen Bundesanstalt für Arbeit in Deutschland. Um die Regelungen nach Aufhebung der Vermittlungsmonopole inhaltlich beurteilen zu können, ist es zunächst notwendig, Begriff und Umfang der zuvor bestehenden Vermittlungsmonopole einzuordnen.

Ihre Grundlage fanden die Vermittlungsmonopole dabei in den Vorschriften der §§ 9 ff öAMFG (Fassung von 1969 = aF) bzw §§ 4 ff dAFG (Fassung vor dBeschFG 1994 = aF).

In § 9 Abs 1 Satz 1 öAMFG aF bzw § 13 dAFG aF wurde zunächst der Begriff der Arbeitsvermittlung, wie er für die Beschreibung des Monopols ausschlaggebend ist, gesetzlich definiert. Mit Reform des öAMFG durch das öKonjunkturbelebungs-gesetz 2002 bzw mit der Eingliederung der Arbeitsförderung in das dSGB III wurde diese gesetzliche Definition inhaltsgleich¹⁰ in § 2 Abs 1 Satz 1 öAMFG bzw § 35 Abs 1 Satz 2 dSGB III übernommen.¹¹ Im dSGB III nicht mehr ausdrücklich erwähnt sind Heimarbeitsverhältnisse, da diese bereits nach § 13 dSGB III mit „normalen“ Arbeitsverhältnissen gleichgesetzt werden, während diese in der Begriffsdefinition des § 2 Abs a Satz 1 öAMFG weiterhin explizit genannt sind.

¹⁰ In § 2 Abs 1 Satz 1 öAMFG wurde lediglich der Begriff „Dienstverhältnis“ in Klammern gesetzt und davor der Begriff „Arbeitsverhältnis“ eingefügt

¹¹ Zu den einzelnen Merkmalen des Begriffs Arbeitsvermittlung siehe auch Kap 3.1.1.

Entsprechend den Regelungen der § 9 Abs 1 Satz 1 öAMFG aF bzw § 2 Abs 1 Satz 1 öAMFG sowie der § 13 dAFG aF bzw § 35 Abs 1 Satz 2 dSGB III ist Arbeitsvermittlung im österreichischen wie im deutschen Recht inhaltsgleich definiert, als eine Tätigkeit, die darauf gerichtet ist, Arbeitsuchende und Arbeitgeber zur Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses zusammen zu führen.

Beim Arbeitsuchenden wird dabei jeweils nicht vorausgesetzt, dass dieser arbeitslos ist oder überhaupt zuvor in einem Arbeitsverhältnis gestanden hat. Entscheidend ist ausschließlich die mit der Vermittlung angestrebte Tätigkeit. Sie muss ein persönlich abhängiges Beschäftigungsverhältnis darstellen, mit all seinen besonderen Merkmalen, wie zB Weisungsrecht des Arbeitgebers bezüglich Arbeitsort, Arbeitszeit und Kontrolle der Arbeitsdurchführung sowie die organisatorische Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb¹² des Arbeitgebers. Dies umfasst ebenso befristete Arbeitsverhältnisse wie Nebenbeschäftigungen.¹³

Nicht unter § 2 Abs 1 Satz 1 öAMFG bzw § 35 Abs 1 Satz 2 dSGB III fällt dagegen die Vermittlung von Werk- oder Dienstverträgen mit Selbständigen¹⁴, die kein Arbeitsverhältnis zum Ziel haben.¹⁵

Die Vermittlungstätigkeit muss zwar zielorientiert sein, einen konkreten Erfolg, dh ein Zustandekommen des Arbeitsverhältnisses, setzen aber weder § 2 Abs 1 Satz 1

¹² Die Anforderungen an ein Beschäftigungsverhältnis sind dabei im österreichischen wie deutschen Arbeitsrecht sehr ähnlich; vgl hierzu *Mazal/Risak*⁹, Das Arbeitsrecht (2007) I 2 ff, *Tomandl/Schrammel*⁶, Arbeitsrecht I, S 92 ff; ständige Rechtsprechung und hM in Deutschland zB dBSGE 36, S 262; dBAG in NZA 1994, S 169 ff; *Schmidt/Trenk-Hinterberger*², Grundzüge des Arbeitsrechts (1994), S 16 ff

¹³ So auch *Niesel*², Arbeitsförderungsgesetz (1997) § 13 Rz 5 (abgekürzt: *Niesel AFG*)

¹⁴ Dienstverträge mit Selbständigen werden auch als „freie Dienstverträge“ bezeichnet, bei denen es gerade am entscheidenden Merkmal der persönlichen Abhängigkeit fehlt vgl hierzu *Dittrich/Tades*²², ABGB (2007) § 1151, *Mazal/Risak*, I 37 ff, *Tomandl/Schrammel*, I S 92ff, 210 ff

öAMFG noch § 35 Abs 1 Satz 2 dSGB III voraus. Vielmehr formulieren beide, dass die Tätigkeit des Vermittlers „darauf gerichtet“ sein muss, ein Beschäftigungsverhältnis entstehen zu lassen, der eigentliche Abschluss eines Beschäftigungsverhältnisses wird dagegen nicht vorausgesetzt. Die Tätigkeit des GPAVers selbst kann vielfältiger Art (eigene Kontaktierung des potentiellen Arbeitgebers schriftlich oder per Telefon; mittelbare Kontaktierung über andere Kontaktpersonen zB Mitarbeiter) sein. Wie der Kontakt zwischen Vermittler und Arbeitsuchendem zustande kommt¹⁶, ist ebenfalls nicht von Bedeutung. Auch Vorbereitungshandlungen (zB Vereinbarung eines Termins mit einem potenziellen Arbeitgeber, der sich aber zwischenzeitlich für einen anderen Arbeitnehmer entscheidet) sind bereits einzubeziehen.¹⁷

§ 9 Abs 3 Satz 1 öAMFG aF und § 13 Abs 2 dAFG aF stellten klar, dass bereits die Herausgabe, der Vertrieb und der Aushang von Listen, Sonderdrucken (zB Versenden von Stellenangeboten an alle Mitglieder eines Verbandes) sowie der Auszug aus periodischen Druckschriften mit Stellenangeboten oder Stellengesuchen eine Arbeitsvermittlung darstelle. Ausdrücklich ausgenommen waren genannte Listen etc nur als Bestandteil von journalistischen Veröffentlichungen, wobei § 9 Abs 3 Satz 2 öAMFG aF voraussetzte, dass die Veröffentlichung von Stellenangeboten und Stellengesuchen nicht Hauptzweck der Veröffentlichung sein dürfen. § 2 Abs 3 öAMFG und der inzwischen abgeschaffte § 291 Abs 2 Nr 3 dSGB III legten dann fest, dass die oben genannten Tätigkeiten zwar eine Arbeitsvermittlung darstellen, aber diese nicht erlaubnispflichtig war, wenn sie nach § 2 Abs 3 öAMFG nicht

¹⁵ So auch *Lohre/Mayer/Stevens-Bartol*, Arbeitsförderungsgesetz (1995) § 13 Rz 2

¹⁶ Hierbei sind vielfältige Varianten denkbar (zB schriftlich, telefonisch, mündlich, „online“, über Dritte etc)

¹⁷ So auch *Niesel AFG*, § 13 Rz 4 und dLG Osnabrück in NJW-RR 1989, S 501 f

Hauptzweck eines Mediums sind bzw. sich nach § 291 Abs 2 Nr 3 SGB III die Arbeitsuchenden nur in geringem Umfang an den Kosten zu beteiligen haben (zB Kosten einer Stellenannoncen in einer nicht journalistischen Veröffentlichung).¹⁸ Eine ausführlichere Betrachtung dieser Thematik findet sich in Kap 3.1.1..

Die so definierte Tätigkeit der Arbeitsvermittlung stand, bis zur Änderung des öAMFG und der österreichischen Gewerbeordnungsnovelle 1991¹⁹ unter dem Monopol der Arbeitsverwaltung bzw. bis zum Erlass des dBeschFG 1994, unter dem Monopol der deutschen Bundesanstalt für Arbeit. Die Verankerung des Monopols fand sich in § 9 Abs 5 iVm § 12 ff öAMFG aF bzw. in § 4 dAFG aF. Dabei gab es in beiden Ländern spezifische Ausnahmen von diesem Monopol:

¹⁸ Das öAMFG kennt dagegen eine solche Einschränkung der Kosten auf einen nur geringen Umfang nicht.

¹⁹ öGewerbeordnungsnovelle vom 27.12.1991, öBGBl 686/1991, mit den Besonderheiten der von der Einführung des Arbeitsmarktservice abhängigen Wirksamkeit des Gesetzes, auf welche unter Kap 2.3.2. eingegangen wird

2.1.1. Ausnahmen nach öAMFG aF

Die Ausnahmetatbestände zur Vermittlung außerhalb des Monopols der Arbeitsmarktverwaltung fand sich in den Vorschriften der §§ 17 f öAMFG aF, wobei zwischen drei Konstellationen zu unterscheiden war.

§ 17 Abs 1 öAMFG aF konnte unentgeltliche Arbeitsvermittlung durch karitative Einrichtungen mit maßgeblicher Bedeutung, gesetzlichen Interessenvertretungen und kollektivvertraglichen Berufsvereinigungen für ihre Mitglieder durchgeführt werden. Die Voraussetzung der Unentgeltlichkeit war zwar nicht in § 17 Abs 1 öAMFG aF direkt erwähnt, ergab sich aber aus der Bedingung des § 17 Abs 1 Nr a, wonach die Vermittlung gemäß den Richtlinien des § 10 öAMFG aF durchzuführen war, welcher in § 10 Nr e ausdrücklich die Unentgeltlichkeit der Vermittlung vorschrieb. Die Ausübung dieser Vermittlung war vor Aufnahme der Tätigkeit beim Bundesministerium für soziale Verwaltung hinsichtlich Ort, Umfang und Personenkreis anzuzeigen und musste bei wiederholtem oder grobem Verstoß gegen die Vorschriften des öAMFG gemäß § 17 Abs 2 öAMFG aF untersagt werden. Wesentliche Voraussetzung für die Aufnahme einer solchen Vermittlungstätigkeit war gemäß § 17 Abs 1 Nr b, dass die Vermittlungstätigkeit nur einen geringen Umfang der Gesamtaufgaben der jeweiligen Institution ausmacht. Lagen diese Voraussetzungen vor, so konnte eine solche Institution bei entsprechender Anzeige eine Vermittlung ohne weitere Erlaubnis aufnehmen - eine Möglichkeit die im deutschen Recht nicht vorgesehen war.²⁰

Eine weitere Ausnahme war die unentgeltliche Vermittlung nach § 17 Abs 3 öAMFG aF, bei der auf Antrag auch einer anderen, als den in Abs 1 genannten Einrichtungen die Durchführung der Vermittlung vom Bundesministerium für soziale Verwaltung

(nach Anhörung des Beirats für Arbeitsmarktpolitik) übertragen werden konnte. Voraussetzung war ein nachhaltiger Bedarf sowie eine Berufsgruppenbezogene Zweckmäßigkeit einer Vermittlung durch eine Einrichtung außerhalb der Arbeitsmarktverwaltung. Dabei hatte der Antragsteller die für eine erfolgreiche Vermittlung in diesen Berufsgruppen nötigen Voraussetzungen nachzuweisen und sich bei der Vermittlungstätigkeit ebenfalls an die Richtlinien des § 10 öAMFG aF zu halten. Die Übertragung konnte gemäß § 17 Abs 4 öAMFG aF an Auflagen geknüpft werden, deren wiederholte oder grobe Nichteinhaltung ebenso wie wiederholte oder grobe Verstöße gegen das öAMFG aF oder ein Wegfall der Voraussetzungen für die Übertragung oder die Verletzung anderer öffentlicher Interessen nach § 17 Abs 5 öAMFG aF zum Widerruf der Übertragung führten.

Während die beiden Ausnahmetatbestände des § 17 Abs 1 und Abs 3 öAMFG aF auf unentgeltliche Vermittlung gerichtet waren, enthielt § 18 Abs 1 öAMFG aF die Möglichkeit, physischen Personen durch das Bundesministerium für soziale Verwaltung auf Antrag die Erlaubnis zu einer entgeltlichen auf Gewinn ausgerichteten Arbeitsvermittlung für eine oder mehrere in den Nr a-e abschließend aufgezählten Vermittlungsarten zu erteilen. Es waren dies die Konzertvermittlung (Nr a), Artistenvermittlung (Nr b), Bühnenvermittlung (Nr c), Filmvermittlung (Nr d) und Musikervermittlung (Nr e). Eine solche Erlaubnis erforderte nach § 18 Abs 2 und Abs 3 öAMFG aF die österreichische Staatsbürgerschaft des Vermittlers²⁰, die Gewähr, dass er die Vorschriften des öAMFG aF (mit Ausnahme der Unentgeltlichkeit) einhält (hierzu waren ihm Auflagen zu

²⁰ Siehe unten

²¹ Ausnahmsweise konnten nach § 18 Abs 7 öAMFG aF auch Ausländer eine Bewilligung erhalten, wenn ein Nachweis materieller Gegenseitigkeit durch den Staat, dem sie angehören vorlag.

machen), den nachhaltigen Bedarf für seine Vermittlungsleistungen und das Vorhandensein eigener Geschäftsräume, welche von Geschäftsräumen anderer selbständiger Erwerbstätigkeiten zu trennen waren. Dem Vermittler oblagen gemäß § 18 Abs 5 öAMFG aF umfassende Auskunftspflichten ggü dem Bundesministerium für soziale Verwaltung und der Arbeitsmarktverwaltung. Ein Widerruf musste gemäß § 18 Abs 6 öAMFG aF ergehen, wenn wiederholt oder in grober Weise gegen das öAMFG aF oder die Auflagen nach Abs 4 verstoßen wurde oder ein Wegfall der Voraussetzungen für die Übertragung vorlag oder andere öffentliche Interesse verletzt wurden.

2.1.2. Ausnahmen nach dAFG aF

Ausnahmen vom Vermittlungsmonopol der BA waren nur die §§ 18 Abs 1 S 2 und 23 Abs 1 dAFG aF. § 23 Abs 1 dAFG aF sah Ausnahmen im Vermittlungsmonopol für die Fälle vor, in denen die BA selbst einen Dritten mit einer Vermittlungstätigkeit (ausschließlich für einzelne Personen- oder Berufsgruppen) beauftragte. Voraussetzung für eine Beauftragung war eine Anhörung der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände, ein Antrag der Vermittlungseinrichtung oder -person, die Zweckmäßigkeit eines solchen Antrags für die Arbeitsvermittlung sowie die Gewähr für deren ordnungsgemäße Durchführung. Es handelte sich bei § 23 Abs 1 dAFG aF nicht etwa um einen Erlaubnisvorbehalt, sondern um die Möglichkeit, Ausnahmeregelungen vom restriktiven Verbot des § 4 dAFG aF zuzulassen.²² Solche Anträge wurden beispielsweise für die Vermittlung von Künstlern genehmigt, welche im Gegensatz zu § 18 Abs 1 öAMFG nicht ausdrücklich im dAFG geregelt war. Ein Anspruch auf Auftragserteilung durch die BA bestand grundsätzlich nicht. Die Entscheidung hierüber lag vielmehr im Ermessen der BA, und zwar anhand ihrer Einschätzung der Zweckmäßigkeit einer solchen Beauftragung. Der Antragsteller hatte also nur einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung der BA. Bei dieser hatte sich die BA von den Festlegungen des ILO-Übereinkommens Nr 96²³ leiten zu lassen (das die Aufhebung aller Büros zur GPAV als Zielsetzung hat und dem Österreich nicht beigetreten war), so dass in der Praxis Aufträge iSd § 23 Abs 1 dAFG aF vorwiegend an unentgeltliche Vermittlungsbüros - vor allem für studentische Hilfsdienste (diese waren bereits damals in vielen Universitätsstädten

²² So auch *Gage*¹³, Arbeitsförderungsgesetz (1986) § 23 Rz 2

verbreitet) - erteilt wurden. Dieser Ausnahmetatbestand des § 23 Abs 1 dAFG aF war in weiten Teilen dem Ausnahmetatbestand des § 17 Abs 3 öAMFG aF vergleichbar. Eine weitere Ausnahmeregelung stellte § 18 Abs 1 S 2 dAFG aF dar. Dieser sah vor, dass Vermittlungen außerhalb eines Auftragsverhältnisses nach § 23 Abs 1 dAFG aF für eine Beschäftigung im Ausland oder Anwerbungen aus dem Ausland in jedem Einzelfall einer Zustimmung der BA bedürfen. Diese vermeintliche Lockerung des Vermittlungsmonopols stellte in Wahrheit dessen Ausweitung auf Fälle dar, bei denen der eigentliche Tätigkeitsbereich der BA, nämlich der deutsche Arbeitsmarkt, nicht berührt war. Hierdurch wurden neben deutschen auch ausländische Arbeitnehmer durch die BA unter den „Schutz“ vor Arbeitsvermittlern gestellt, soweit diese in Deutschland tätig werden wollten. § 18 Abs 2 dAFG aF ließ allerdings ausdrücklich europarechtliche Vorschriften unberührt, so dass eine Anwendung der Vorschrift in Bezug auf EU-Bürger und Vermittlungen ins EU-Ausland (ebenso wie das gesamte Vermittlungsmonopol) nach europarechtlichen Standards anders zu beurteilen war.²⁴

Sowohl in Österreich wie auch in Deutschland stand die Arbeitsvermittlung lange Zeit und mit nur wenigen, sehr begrenzten Ausnahmen unter dem Vermittlungsmonopol der österreichischen Arbeitsmarktverwaltung bzw deutschen Bundesanstalt für Arbeit. Wie es zu diesen Monopolen kam, wird im folgenden Kap 2.2. untersucht.

²³ ILO-Übereinkommen Nr 96, dBGBI 1954 II, S 456; auf dieses Übereinkommen wird näher unter Kap 2.3.1. eingegangen

²⁴ Zur europarechtlichen Diskussion siehe Kap 2.3.1.

2. 2. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE DES STAATLICHEN VERMITTLUNGSMONOPOLS IN ÖSTERREICH UND DEUTSCHLAND

Die historische Entwicklung, die zur Entstehung der staatlichen Vermittlungsmonopole geführt hat, ist im Wesentlichen an zwei Hauptkritikpunkten gegenüber GPAV festzumachen, welche bis heute Bestandteil der Diskussion sind:

- Das mögliche Entstehen eines Abhängigkeitsverhältnisses zwischen GPAVer und Arbeitsuchendem und die Möglichkeit zu dessen finanzieller Ausbeutung durch den GPAVer.
- Die mögliche Abwerbung von Arbeitskräften durch den GPAVer aus bestehenden Beschäftigungsverhältnissen heraus.²⁵

Während GPAV vor Beginn der Industrialisierung nur von sehr untergeordneter Bedeutung war, nahm ihr Stellenwert in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts und um die Jahrhundertwende erheblich zu.²⁶ Die weitestgehende Liberalisierung erfuhr GPAV in Deutschland nach der Änderung der Reichsgewerbeordnung für den Norddeutschen Bund vom 21.06.1869.²⁷ Die Tätigkeit des Arbeits- bzw Stellenvermittlers war noch nicht von den Ausnahmeregelungen der Reichsgewerbeordnung 1869 erfasst und galt somit als stehender Gewerbebetrieb iSd § 14 Reichsgewerbeordnung 1869, der gemäß § 1 Reichsgewerbeordnung 1869 jedermann

²⁵ Zur inhaltlichen Würdigung dieser Kritikpunkte aus heutiger Sicht siehe Kap 2.3.1., wobei nicht unerwähnt bleiben darf, dass aus Sicht der vergleichsweise schwachen Stellung des Arbeitnehmers zu Ende des 19. Jahrhunderts und Beginn des 20. Jahrhunderts diese Kritikpunkte weit mehr Berechtigung hatten, als zum Ende des 20. Jahrhunderts

²⁶ Zur damaligen Situation der Arbeitsvermittlung vgl *Ludwig*¹, Der gewerbliche Arbeitsnachweis (1906), S 3 ff und *Bethge*¹, Arbeitsvermittlung im sozialen Rechtsstaat (1962), S 10

²⁷ Reichsgewerbeordnung für den Norddeutschen Bund, dBundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes 1869, S 245

gestattet war. Lediglich eine Anzeige bei der zuständigen Behörde war erforderlich.²⁸

In Österreich waren die öGewerbeordnung von 1859²⁹ sowie deren Novellierung von 1883³⁰ die zentralen Vorschriften, welche die Gewerbeausübung umfassend regelten. In § 1 der öGewerbeordnung 1859 war festgelegt, dass alle Gewerbe, die nicht zu den concessierten Gewerben nach § 16 öGewerbeordnung 1859 gehörten oder nach Artikel V im Vorspann zur öGewerbeordnung 1859 von deren Anwendbarkeit ausgenommen wurden, als sogenannte freie Gewerbe nach § 3 öGewerbeordnung 1859 lediglich einer bloßen Anmeldung bedurften. Da die Vermittlung von Stellen nicht im Katalog des § 16 öGewerbeordnung 1859 genannt war, kam eine Einordnung als concessiertes Gewerbe nicht in Betracht. Fraglich ist aber, ob die Anwendung der öGewerbeordnung 1859 nicht gemäß Artikel V Buchstabe f des Vorspanns zur öGewerbeordnung 1859 ausgeschlossen war. Dort waren die „Unternehmungen von Privatgeschäftsvermittlungen in anderen als Handelsgeschäften“ von der Anwendbarkeit der öGewerbeordnung 1859 ausgenommen. Man könnte nun die Vermittlung von Stellen als Privatgeschäftsvermittlung einstufen und diese somit vom Anwendungsbereich der öGewerbeordnung 1859 ausschließen. Genau dieses Verständnis einer Zuordnung der Dienst- und Stellenvermittlung unter den Begriff der Privatgeschäftsvermittlung nahm später ausdrücklich § 2 Abs 2 der öVerordnung des Bundesministeriums für Handel und Verkehr vom 18.05.1926

²⁸ Welche Behörde dies war bestimmte sich gemäß § 14

dReichsgewerbeordnung nach den jeweiligen Landesgesetzen

²⁹ öGewerbeordnung von 1859, öKaiserliches Patent vom 20.12.1859, öRGBI 1859, S 120

³⁰ Novellierung der öGewerbeordnung von 1883, öRGBI 1883, S 21

über die Privatgeschäftsvermittlung³¹ vor. Dagegen stehen allerdings die Ausführungen von Karl Schmidt³², der die Arbeitsvermittlung bereits mit der öGewerbeordnung 1859 als freies, lediglich anmeldepflichtiges Gewerbe behandelt wissen wollte. Bei einer genauen Prüfung der Ausführungen Schmidt's stellt man aber fest, dass er sich im Text zwar auf die öGewerbeordnung 1859 bezieht, im Gesetzeszitat aber deren Novellierung von 1883 angibt, in welcher die Einschränkungen des Artikel V des Vorspanns zur öGewerbeordnung 1859 nicht übernommen wurden. Somit muss man also davon ausgehen, dass Arbeitsvermittlung im Jahr 1859 als Form der Privatgeschäftsvermittlung noch nicht unter die freien Gewerbe gerechnet wurde, sondern dies erst mit der öGewerbeordnung 1883 der Fall war.

Neben dieser Zuordnung der privaten Arbeitsvermittlung unter die freien Gewerbe sah die öGewerbeordnung 1883 des weiteren vor, dass Genossenschaften (§ 106 ff öGewerbeordnung 1883) über § 116 öGewerbeordnung 1883 Vormerkungen (Listen) mit offenen Stellen auslegen durften, um so die Besetzung freier Stellen zu erleichtern. Im Jahr 1885 kam es darauf zunächst zur Gründung des Vereins für Arbeitsvermittlung durch mehrere Genossenschaften und Arbeitnehmer, dem dann 1898 die erste kommunale Arbeitsvermittlung durch Gründung des städtischen Arbeitsvermittlungsamtes in Wien folgte. Diese Entwicklung geschah einhergehend mit einer zunehmenden Kritik an der Tätigkeit der privaten Arbeitsvermittler.³³

Vor allem die beiden zu Beginn dieses Kapitels genannten Argumente führten auch im Deutschen Reich bereits 1883 zu

³¹ öVerordnung des Bundesministeriums für Handel und Verkehr über die Privatgeschäftsvermittlung, öBGBI 1926, S 622

³² Schmidt¹, Geschichte der Arbeitsmarktverwaltung Österreichs von ihren Anfängen an (1990), S 17 f

Einschränkungen. Mit Änderung der dReichsgewerbeordnung vom 01.07.1883³⁴ wurde § 35 dReichsgewerbeordnung dahingehend ergänzt, dass die Aufnahme einer Tätigkeit als Stellenvermittler nicht nur der bereits bestehenden Anzeigepflicht bei der zuständigen Behörde unterlag³⁵, sondern bei Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden auch untersagt werden konnte. Ab dem Jahr 1900 wurde dann generell eine staatliche Erlaubnis zur Voraussetzung für die Aufnahme einer Vermittlungstätigkeit notwendig.³⁶

Trotz dieser Beschränkungen wuchs in Deutschland das Bedürfnis nach einer spezialgesetzlichen und einheitlichen Regelung der GPAV. Dem wurde mit dem dStellenvermittlungsgesetz vom 02.06.1910³⁷ Rechnung getragen. Wesentliche Vorschrift war dabei § 2 dStellenvermittlungsgesetz, der bestimmte Versagungsgründe regelte. Danach war eine Stellenvermittlungserlaubnis³⁸ zu versagen, wenn entweder die persönliche Zuverlässigkeit des Vermittlers nicht gewährleistet schien, oder aber ein Bedürfnis nach privater Stellenvermittlung nicht bestand. Ein solches Bedürfnis war immer dann zu verneinen, wenn am selben Ort ein gemeinnütziger, öffentlicher (kommunaler) Arbeitsnachweis vorhanden war. In Überschneidung dazu gründeten sich die ersten kommunalen, öffentlichen Arbeitsvermittlungen.³⁹

³³ Vgl zur historischen Entwicklung ausführlich *Schmidt*, 23 ff

³⁴ Änderung der dReichsgewerbeordnung, dRGBI 1883, S 159

³⁵ Siehe oben

³⁶ Durch Art 3. I. der Novelle der dReichsgewerbeordnung vom 30.06.1900, abgedruckt im dRGBI 1900, S 322 ff wurde § 34 Abs 1

dReichsgewerbeordnung dahingehend geändert

³⁷ dStellenvermittlungsgesetz, dRGBI 1910, S 860

³⁸ Gemäß § 2 dStellenvermittlergesetz oblag es der zuständigen Landesbehörde festzulegen, für die Vermittlung welcher Berufsgruppen überhaupt eine Erlaubnis erteilt wird.

³⁹ Wegweisend war dabei Sachsen, wo in Dresden und später in Leipzig die ersten städtischen Vermittlungseinrichtungen gegründet wurden; vgl auch *Bethge*, S 25 ff

Ab Ende 1918 wurde unter Sozialminister Ferdinand Hanusch eine Sektion Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenfürsorge im österreichischen Ministerium für soziale Fürsorge eingerichtet und eine Arbeitsmarkverwaltung mit Industriellen Bezirkskommissionen und Arbeitslosenämtern installiert, die 1935 in Arbeitsämter und Landesarbeitsämter umbenannt wurden. In Folge dessen kam es auch zur Einschränkung der – inzwischen konzessionierten – privaten Arbeitsvermittlung in Österreich. Mit der Ergänzung des § 21a öGewerbeordnung durch das Verwaltungsentlastungsgesetz von 1925⁴⁰ wurde festgelegt, dass Konzessionen zur privaten Arbeitsvermittlung nur noch dort erteilt werden sollten, wo nicht schon durch die öffentliche Arbeitsnachweisverwaltung ausreichend Vorsorge getroffen ist. Die Erteilung der Konzessionen wurde der Industriellen Bezirkskommission und damit der Arbeitsnachweisverwaltung selbst übertragen.

Wirkliche Bedeutung erfuhr die öffentliche Arbeitsvermittlung in Deutschland erst durch das deutsche Arbeitsnachweisgesetz (dANG) vom 27.07.1922⁴¹ und das deutsche Gesetz über die Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung vom 16.07.1927 (dAVAVG).⁴² Diese Gesetze waren die Grundlage zur Schaffung einer Reichsanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung. Die öffentlich-rechtliche Anstalt verfügte über einen dreistufigen Aufbau mit einem flächendeckenden Netz von Arbeitsämtern⁴³, Landesarbeitsämtern und der in Selbstverwaltung organisierten

⁴⁰ Gesetz vom 21. Juli 1925 über die Vereinfachung der Verwaltungsgesetze und sonstige Maßnahmen zur Entlastung der Verwaltungsbehörden (Verwaltungsentlastungsgesetz), öBGBI 1925, S 980

⁴¹ dArbeitsnachweisgesetz, dRGBI 1922 I, S 657

⁴² dGesetz über die Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung dRGBI 1927 I, S 187; ebenfalls abgedruckt und kommentiert bei *Fischer*, Kommentar zum Gesetz über die Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (1928), S 1ff

⁴³ Zunächst nach § 4 dANG als Arbeitsnachweisämter bezeichnet.

Reichsanstalt. Damit war sie in Struktur und Organisation der späteren BA durchaus in weiten Teilen vergleichbar und kann zu Recht als deren Vorgängerin bezeichnet werden. Der Übergang von der selbstverwalteten Reichsanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung kann (trotz einer zeitweisen Unterbrechung im Dritten Reich, bei der die Selbstverwaltung abgeschafft und eine sogenannte Arbeitseinsatzverwaltung eingerichtet wurde⁴⁴) als kontinuierlich bezeichnet werden.

Mit der Einführung der zentralen öffentlichen Arbeitsvermittlung im Jahre 1922 begann in Deutschland zugleich das schrittweise Verbot der GPAV. Bereits das dANG von 1922 sah in § 48 Abs 1 dANG ein Verbot der GPAV ab dem 01.01.1931 vor. Dieses Verbot wurde dann mit Inkrafttreten des dAVAVG bereits im Jahre 1927 nach § 54 Abs 1 S 1 dAVAVG durchgesetzt, da hier Arbeitsvermittlung zur alleinigen öffentlichen Aufgabe erklärt wurde. Mit dem dGesetz über Arbeitsvermittlung, Berufsberatung und Lehrstellenvermittlung vom 05.11.1935⁴⁵ wurde in § 1 Abs 1 das Vermittlungsmonopol der Reichsanstalt festgeschrieben. Ausnahmen davon waren in § 1 Abs 2 und 3 enthalten. Danach war eine Vermittlung im Auftrag der Reichsanstalt möglich (vergleichbar der späteren Regelung des § 23 Abs 1 dAFG aF). § 1 Abs 3 des dGesetz über Arbeitsvermittlung, Berufsberatung und Lehrstellenvermittlung erachtete eine GPAV mit Genehmigung des Reichsarbeitsministers für einzelne (im Gesetz nicht näher genannte) Berufsgruppen als zulässig.

Nach dem Anschluss Österreichs an das Deutsche Reich fanden ab 1938 auch die Gesetze des Deutschen Reichs in Österreich Anwendung. Über die Verordnung über das

⁴⁴ dRGGI 1934, S 381

Inkrafttreten von Rechtsverordnungen des Reichs im Lande Österreich⁴⁶ war somit auch das dAVAVG und das dGesetz über Arbeitsvermittlung, Berufsberatung und Lehrstellenvermittlung in Österreich geltendes Recht und die private Arbeitsvermittlung verboten.

Nach Ende des Zweiten Weltkrieges und Wiedererlangung der Unabhängigkeit Österreichs hatten das dAVAVG und das dGesetz über Arbeitsvermittlung, Berufsberatung und Lehrstellenvermittlung weiterhin in Österreich Bestand. Entsprechend der Regelung des § 2 öRechts-Überleitungsgesetz⁴⁷ hatten die deutschen Rechtsvorschriften weiterhin Gültigkeit sofern sie nicht aus Gründen des § 1 öRechts-Überleitungsgesetz aufgehoben wurden, was für beide Gesetze nicht zutraf. Erst das Inkrafttreten des österreichischen Arbeitsmarktförderungsgesetzes (= öAMFG aF)⁴⁸ am 01.01.1969 wurde die Wirksamkeit des dAVAVG und des dGesetz über Arbeitsvermittlung, Berufsberatung und Lehrstellenvermittlung gemäß § 52 Abs 1 Nr 1 und 2 öAMFG aF außer Kraft gesetzt.

Gemäß § 12 öAMFG aF war Arbeitsvermittlung mit den in Kap 2.1.⁴⁹ beschriebenen Ausnahmen der §§ 17 und 18 öAMFG aF alleinige Aufgabe der österreichischen Arbeitsmarktverwaltung. Jegliche auf Arbeitsvermittlung gerichtete Tätigkeit durch Dritte außerhalb der Vorschriften der §§ 12 ff öAMFG aF war gemäß § 9 Abs 5 öAMFG aF untersagt und über § 48 öAMFG aF unter Strafe gestellt.

⁴⁵ dGesetz über Arbeitsvermittlung, Berufsberatung und Lehrstellenvermittlung, dRGBI 1935, S 1281

⁴⁶ Verordnung über das Inkrafttreten von Rechtsverordnungen des Reichs im Lande Österreich, öGBIÖ 1938/16

⁴⁷ öRechts-Überleitungsgesetz, öStGBI 6/1945

⁴⁸ Fundstelle siehe Kap 1.

⁴⁹ Siehe dort

Auch in Deutschland bildete das dAVAVG weiterhin die Grundlage für die öffentliche Arbeitsvermittlungstätigkeit und wurde erst 1957 neu gefasst.⁵⁰ Mit dieser Neufassung des dAVAVG wird die Befugnis zur Arbeitsvermittlung gemäß §§ 35 und 54 dAVAVG allein auf die Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung übertragen. Mit Einführung des dAFG wurde diese Regelung sinngemäß in § 4 dAFG⁵¹ aF übernommen.⁵²

Für legale GPAV⁵³ blieb damit weder in der Republik Österreich noch in der Bundesrepublik Deutschland Raum.

⁵⁰ Neufassung des dAVAVG, dBGBI 1957, S 322

⁵¹ Fundstelle siehe Kap 1,

⁵² Nicht übernommen wurde allerdings die Möglichkeit von § 1 Abs 3 des dGesetzes über Arbeitsvermittlung, Berufsberatung und Lehrstellenvermittlung, welcher GPAV für einzelne Berufsgruppen mit Genehmigung des Arbeitsministers zugelassen hat.

⁵³ Abgesehen von den wenigen unter Kap 2.1. aufgezählten Ausnahmen

2.3. HISTORISCHE DISKUSSIONEN UM DIE AUFHEBUNG DES VERMITTLUNGSMONOPOLS UND ZULASSUNG GEWERBLICHER PRIVATER ARBEITSVERMITTLUNG

2.3.1. ***Gesellschaftspolitische Diskussion und Einfluss der europarechtlichen Rechtsprechung***

2.3.1.a. *Gesellschaftspolitische Diskussion in Österreich und Deutschland*

Trotz des in Österreich und Deutschland gesetzlich normierten Vermittlungsmonopols der Arbeitsmarktverwaltung bzw der BA ist die Diskussion um das Verbot⁵⁴ GPAV nie abgerissen. Grund für das stetige Wiederaufleben der Diskussion waren insbesondere zwei Phänomene, die bezüglich der Vermittlungstätigkeit insbesondere der BA in Deutschland zu beobachten waren:

- Immer weniger Unternehmen meldeten ihre zu besetzenden Stellen den Arbeitsämtern. So lag die Zahl der gemeldeten offenen Stellen im Vergleich zu den tatsächlich zu besetzenden Stellen im Jahre 1990 laut einer repräsentativen Befragung unter 28%.⁵⁵ Zeitgleich

⁵⁴ Die zu erwartenden Nachteile, welche als Gründe für dieses Verbot der GPAV herangezogen wurden, sind vor dem Zweiten Weltkrieg insbesondere von *Ludwig*, S 114 ff herausgearbeitet worden und sehr übersichtlich bei *Bethge*, S 13 ff, dargestellt

⁵⁵ Im Ergebnis dieser Umfrage stellte sich heraus, dass im vierten Quartal 1990 ca 1.100.000 offene Stellen verfügbar, davon aber nur 308.000 den Arbeitsämtern gemeldet waren. Das Verhältnis offener Stellen zu Arbeitslosen lag somit nicht - wie angenommen - bei 1:6, sondern bei 1:1,5 / Umfrageergebnisse abgedruckt oV „Repräsentative Befragung zur Vermittlungseffizienz der Bundesanstalt für Arbeit“ im Handelsblatt vom 20. Juni 1991, S 4

gewannen nicht öffentlich-rechtliche Wege der Mitarbeiterakquisition⁵⁶ immer mehr an Bedeutung

- Die Effizienz der Vermittlungstätigkeit der öffentlichen Arbeitsverwaltung ging erheblich zurück. Die durchschnittliche Laufzeit einer gemeldeten Stelle bis zum Vermittlungserfolg betrug zB im Jahre 1990 ca 50 Tage im Gegensatz zu nur ca 23 Tagen im Jahre 1985.⁵⁷

Zum Beleg und zur Erklärung dieser Phänomene wurden in den Jahren 1988 bis 1990 mehrere Befragungen für - sich im gesellschaftspolitischen Bereich zum Teil kontrovers gegenüberstehenden - Auftraggebern bei verschiedenen Gruppen (wie zB Arbeitgebern, Arbeitslosen, Vermittlern der BA) durchgeführt.⁵⁸ Dabei wurden einige Kernproblemfelder der staatlichen Arbeitsvermittlung deutlich, die in der Mehrzahl der Befragungsergebnisse auftraten. Die wichtigsten von ihnen waren:

- Die bereits erwähnte geringe Meldequote von nur ca einem Drittel der tatsächlich offenen Stellen.
- Eine relativ hohe Zahl an unzuverlässigen oder gar arbeitsunwilligen Bewerbern, die von den Arbeitsämtern zu den Unternehmen geschickt wurden (dies war vorwiegend darauf zurückzuführen, daß Arbeitsvermittlung und der Anspruch auf Arbeitslosengeld bzw -hilfe aneinander gekoppelt waren).

⁵⁶ Beispielsweise Anzeigen in der Presse, Einschalten von Personalberatern, direktes Herantreten eines Arbeitsuchenden an den Arbeitgeber, Unternehmensvorstellungen an Universitäten etc

⁵⁷ Im einzelnen sind diese Defizite bei Klös¹, Reform der Arbeitsvermittlung (1991), S 8 ff dargestellt

⁵⁸ Befragung des Forschungsinstituts für Arbeit, Technik und Kultur im Auftrag der Hans-Böckler-Stiftung sowie der Gewerkschaft Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr; Befragung von Infratest Sozialforschung im Auftrag des deutschen Bundesministeriums für Arbeit und Soziales; gemeinsame Befragung der Gesellschaft für Konsumforschung und Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung im Auftrag der Bundesanstalt für Arbeit; Befragung des IFO-Instituts im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft; Befragung des Instituts für Arbeitsmarkt und Betriebsforschung. Eine detaillierte Darstellung der Umfrageergebnisse befindet sich bei Klös, S 14 ff

- Angebotsschwierigkeiten der Arbeitsämter an höher qualifizierten Arbeitnehmern vor allem für kleine und mittelständische Unternehmen.
- Hohe Dauer zwischen der Meldung einer offenen Stelle und dem Beginn des Vermittlungsprozesses.
- Ein aufgrund Personalmangels bei den öffentlichen Arbeitsvermittlungsinstitutionen auftretendes Defizit an Betreuungsintensität gegenüber den Unternehmern, welches sich insbesondere dadurch zeigt, dass die Mitarbeiter der Arbeitsverwaltung Arbeitgeber nur selten direkt kontaktieren.

All diese größtenteils schon länger bekannten Probleme verstärkten die Diskussion um eine (erneute) Zulassung von GPAV. Dabei schienen sich die Argumente der Befürworter und Gegner einer Zulassung von GPAV nahezu unvereinbar gegenüber zu stehen.

Die Hauptargumente der Befürworter einer Zulassung GPAV waren:

- Das nicht von der staatlichen Arbeitsverwaltung abgedeckte Vermittlungspotential von zwei Dritteln der tatsächlich offenen Stellen kann in den Vermittlungsprozess einbezogen und damit das verfügbare Stellenangebot für den Arbeitsuchenden verbreitert werden.
- GPAV haben zudem die Möglichkeit, unternehmensspezifischer auf die Suche nach geeigneten Arbeitskräften zu gehen und damit auch langfristig „passende“ Arbeitsverhältnisse zu begründen. Der GPAV besitzt eher die Möglichkeit, auf die speziellen Bedürfnisse des Unternehmens einzugehen und Bewerber im Vorfeld anhand der Anforderungen des Arbeitgebers zu selektieren.
- Das für ein Unternehmen aus Zeit- wie Kostengründen ineffiziente Vorstellen von arbeitsunwilligen Bewerbern wird bei der Einschaltung GPAV erheblich verringert, da sich in der Regel nur solche Bewerber an einen GPAV wenden,

die auch tatsächlich auf der Suche nach einer Anstellung und arbeitswillig sind.⁵⁹

- Für den Arbeitsuchenden erhöhen sich mit Zulassung der GPAVer zugleich die Möglichkeiten, Zugang zu offenen Stellen zu finden. Gegenüber anderen Zugangswegen, wie zB Zeitungsannoncen, besitzt die GPAV den Vorteil, dass Informationen länger zugänglich sowie oft überregional verfügbar sind. Zudem kann ein persönlicher Kontakt zum GPAVer für Nachfragen oder eigenes Suchbegehren aufgebaut werden.
- Weiterhin muss, wenn auch nicht in allzu bedeutendem Maße, berücksichtigt werden, dass die Einführung der GPAV als Berufsbranche selbst Arbeitsplätze schafft.

Demgegenüber standen die Argumente der Zulassungsgegner:

- Sie führen zunächst die negativen Erfahrungen aus der Zeit vor dem Verbot der GPAV⁶⁰ ins Feld. Der Arbeitsuchende sei das schwächste Glied in der Kette des Arbeitsvermittlungsprozesses und müsse vor einer potentiellen Ausbeutung durch den GPAVer (zB durch eine Abhängigkeit des Arbeitsuchenden vom GPAVer) geschützt werden.
- GPAVer werden sich nur auf solche Arbeitsuchende konzentrieren, die leicht zu vermitteln seien. So würde eine Art „Rosinenpicken“ stattfinden, wobei schwer vermittelbare Arbeitsuchende auf der Strecke blieben.
- Das Durchbrechen der zwingenden, unmittelbaren Verknüpfung von Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung wird als negativer Effekt von GPAV kritisiert.

⁵⁹ Das bereits erwähnte Problem der Kopplung von Arbeitsvermittlung und finanzieller Arbeitslosenunterstützung besteht bei GPAVern nicht.

⁶⁰ Vgl auch Kap 2.2.

- Durch die Tätigkeit der GPAVer gehe die volkswirtschaftlich notwendige Transparenz des Arbeitsmarktes verloren.
- Durch regional begrenzt arbeitende GPAVer trete ein Regionalisierungseffekt der Arbeitsvermittlung ein, der einen überregionalen Ausgleich nicht mehr möglich mache.

So sehr diese Argumente einer Zulassung GPAV auch scheinbar entgegenstehen, so stellen sie mE tatsächlich kein zwingendes Hindernis der Zulassung GPAV dar, sondern zeigen vielmehr einen Teil der Kriterien auf, die bei einer Zulassungsentscheidung beachtet werden sollten. All diese Argumente würden durch entsprechende rechtliche Rahmenbedingungen gegenstandslos:

- Eine finanzielle Ausbeutung von Arbeitsuchenden durch GPAVer läßt sich durch ein Verbot der Provisionsnahme vom Arbeitnehmer verhindern.
- Eine Kopplung der Vermittlungsprovision an das künftige Einkommen des Arbeitnehmers kann "Lohndumping" durch GPAVer vorbeugen, da der Vermittler hierdurch ein Interesse daran hat, den Arbeitsuchenden "so teuer wie möglich" zu vermitteln.
- Abhängigkeitsverhältnisse des Arbeitsuchenden von einem GPAVer lassen sich durch ein Verbot von Ausschließlichkeitsklauseln vermeiden.
- Ein "Rosinenpicken" durch GPAVer läßt sich sicherlich kaum vermeiden, allerdings tritt hierdurch kein prinzipiell negativer Effekt auf. Für den sogenannten „Schwervermittelbaren“ entstehen keinerlei zusätzliche Nachteile gegenüber der Situation ohne GPAVer. Im Gegenteil: Durch die Zulassung gewerblicher privater Arbeitsvermittlung ist zu erwarten, dass auch ein Teil der bislang nicht gemeldeten offenen Stellen (zwei Drittel in Deutschland⁶¹) in den Vermittlungsprozess mit einbezogen werden und somit das Potenzial der

insgesamt in den Vermittlungsprozess einbezogenen Stellen deutlich größer wird. Wenn zudem eine große Zahl der sog „Leichtvermittelbaren“ durch GPAVer vermittelt werden, sind zudem die staatlichen Vermittler besser in der Lage, sich auf die eigentlichen Problemfälle zu konzentrieren.

- Das Wegfallen der unmittelbaren Verknüpfung von Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung ließe sich durch eine Meldepflicht an das Arbeitsamt bei Zustandekommen (und ggf auch bei Beendigung) eines Arbeitsverhältnisses zumindest teilweise ausgleichen.
- Die Transparenz am Arbeitsmarkt kann man durch eine verpflichtende Einbeziehung der Daten der GPAVer in die statistischen Daten der Arbeitsverwaltung erhalten.
- Das Argument des mangelnden regionalen Ausgleichs geht mE in weiten Bereichen fehl, da viele Vermittler nicht nach regionalen, sondern nach branchenspezifischen Kriterien überregionale Dienstleistungen anbieten.

Somit lassen sich alle Argumente der Zulassungsgegner inhaltlich entkräften⁶², da sie nicht wirklich gegen eine Zulassung sprechen, sondern vielmehr helfen, deren Rahmenbedingungen zu definieren. Ein großer Teil von ihnen hatte daher auch Eingang in die Regelungen des öAMFG und des dBeschFG 1994 gefunden.⁶³

Aus dieser Darstellung ergibt sich somit, dass den Befürwortern einer Zulassung GPAV mE über die besseren Argumente in der Diskussion verfügten.

2.3.1.b. Europarechtliche Diskussion

⁶¹ Siehe oben

⁶² Zur Vertiefung findet sich eine gute Darstellung der Diskussion bei: Schröder¹, Das Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit im europäischen Vergleich (1995), S 128 ff

⁶³ Vgl auch Kap 2.3.2. und 2.3.3.

Ein weiterer Aspekt in der Diskussion um das Vermittlungsmonopol der BA, ist die Vereinbarkeit des Vermittlungsmonopols für Arbeitnehmer mit europarechtlichen Vorschriften. Bedenken gegen das Monopol könnten sich aus den Vorschriften der Art 12, 43 ff, 49 ff, 82 ff und 86 EGV⁶⁴ ergeben.

2.3.1.c. Die „Macrotron“-Entscheidung des EuGH vom 23.04.1991

Die wegweisende Entscheidung, bei der das Vermittlungsmonopol der BA - allerdings nur bezüglich der Vermittlung von Führungskräften - überprüft wurde, ist die sogenannte „Macrotron-Entscheidung“ des EuGH vom 23.04.1991.⁶⁵ Auch hier ging es, ähnlich wie beim Vorlagebeschluß des dBGH vom 25.09.1991⁶⁶, um die Honorarforderung eines Personalberaters, deren Begleichung durch den Unternehmer mit dem Hinweis auf §§ 4, 13 dAFG aF iVm § 134 dBGB abgelehnt wurde. Das dOLG München hatte die europarechtlichen Fragen des Falles dem EuGH gemäß Art 234 EGV zur Vorabentscheidung vorgelegt.⁶⁷

Bezüglich der Vereinbarkeit des Monopols der BA für die Vermittlung von Führungskräften mit der Freiheit des Dienstleistungsverkehrs nach Art 49 EGV lehnte der EuGH eine rechtliche Überprüfung ab, da es sich bei Kläger und Beklagtem um deutsche Unternehmen bzw Staatsangehörige handelte und keinerlei grenzüberschreitender und damit in diesem Bereich

⁶⁴ Vertrag über die Europäische Union mit dem Wortlaut des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften (EGV), Amtsblatt Nr C 224

⁶⁵ Entscheidung Höfner und Elser gegen Macrotron in EuGH, Slg 1991 I-1979; ebenso in NJW 1991, S 2891 ff; eine detaillierte Darstellung dieser Entscheidung findet sich bei *Micklitz/Weatherill*¹, European Economic Law, S 176 ff

⁶⁶ Vgl Kap 2.3.3.

⁶⁷ Abgedruckt in NZA 1990, S 372

europarechtlich relevanter Bezug bestand. Eine Verletzung des § 49 EGV schied somit in diesem konkreten Fall aus.

Anders gestaltete sich die Prüfung der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften der Art 82, 86 EGV. Zunächst hatte der EuGH, entgegen der Meinung der Bundesregierung⁶⁸, die BA als „Unternehmen“ iSd Art 82 EGV charakterisiert.

Nicht die öffentlich-rechtliche Rechtsform sowie die für den Arbeitsuchenden bestehende Unentgeltlichkeit der Vermittlungstätigkeit⁶⁹ seien diesbezüglich für die Einstufung als „Unternehmen“ ausschlaggebend. Entscheidend sei vielmehr die Tatsache, dass sich die BA in einem Tätigkeitsfeld engagiere, welches in den Bereich der „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ fiele und genauso von privat-wirtschaftlichen Unternehmen durchgeführt werden könne.⁷⁰ Somit unterliege die BA nach Art 86 Abs 1 EGV den Wettbewerbsregeln des Art 82 EGV, soweit diese mit der Erfüllung der öffentlichen Aufgaben der BA nicht nachweislich unvereinbar sind. Wenn ein Mitgliedsstaat aber ein Vermittlungsmonopol installiere, bei dem die BA zwangsläufig gegen Art 82 EGV verstoßen müsse, so verstieße dieses wiederum gegen Art 86 Abs 1 EGV.

Dies gilt laut EuGH⁷¹ dann, wenn:

- das Monopol sich auf die Vermittlung von Führungskräften der Wirtschaft erstreckt;
- die BA offensichtlich nicht in der Lage ist, die Nachfrage auf dem Markt nach solchen Leistungen zu befriedigen;

⁶⁸ Welche allein aufgrund der öffentlich-rechtlichen Organisationsform der Bundesanstalt für Arbeit die Anwendung von Wettbewerbsvorschriften für Unternehmen ausschließen wollte

⁶⁹ *Eichendorfer* „Das Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit und EG-Recht“ in NJW 1991, S 2859 bezweifelt im Gegensatz zum EuGH auch, dass die Tätigkeit der BA unentgeltlichen Charakter habe, sondern stellt fest, dass die Tätigkeit der BA zwar für den Arbeitsuchenden unentgeltlich ist, aber über den Beitragszahler zur Arbeitslosenversicherung sehr wohl entgeltlich finanziert wird.

⁷⁰ Siehe oben Macrotron-Entscheidung

⁷¹ Siehe oben Macrotron-Entscheidung

- die Verträge über eine Vermittlungstätigkeit von privaten Vermittlern aufgrund von Verbotsgesetzen generell nichtig sind⁷²;
- sich eine betreffende Vermittlungstätigkeit auf Angehörige oder das Gebiet anderer Mitgliedsstaaten erstrecken kann.

Diese vom EuGH aufgestellten Bedingungen müssen alle zusammen vorliegen.

Aufgrund des Vorliegens all dieser Voraussetzungen in Bezug auf das Vermittlungsmonopol der BA auch für Führungskräfte hält der EuGH dieses für nicht vereinbar mit Art 82, 86 EGV.

Diese Entscheidung des EuGH hatte auch unmittelbaren Einfluss auf den Vorlagebeschluss des dBGH vom 29.09.1991.⁷³ Nachdem jeder Personalberater mit EU-Auslandsbezug nun gegen eine Untersagung bzw auch eine Nichtigkeitswirkung seiner Tätigkeit nach § 134 dBGB aufgrund Art 82, 86 EGV vorgehen konnte, war der dBGH der Auffassung, dass eine Untersagung bzw eine vertragliche Nichtigkeitswirkung für nur national tätige Vermittler einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art 3 I dGG aus dem Prinzip der Inländergleichbehandlung darstelle und wollte dies vom BVerfG entschieden wissen. Wie oben bereits erwähnt, kam es nicht mehr zu einer Entscheidung des dBVerfG, da der Gesetzgeber den Bereich der privaten Arbeitsvermittlung zuvor durch das dBeschFG 1994 regelte und GPAV (mit entsprechender Erlaubnis) nun zulässig wurde.

2.3.1.d. Anwendung des EuGH-Urteils auf die Vermittlung von Arbeitnehmern unterhalb der Führungskräfteebene

⁷² Mit dieser Bedingung der generellen Nichtigkeit von privaten Vermittlungsverträgen, stellt der EuGH aus meiner Sicht klar, dass er durchaus Raum für die Tätigkeit eines privaten Vermittlers ausgestaltende Berufsausübungsregelungen sieht.

⁷³ Vgl dBGH in NZA 92, S 45 ff, der dBGH zitiert hier die Entscheidung des EuGH

Offengelassen hat der EuGH neben der Vereinbarkeit mit Art 12, 49 EGV die Frage, ob das Vermittlungsmonopol auch über den Bereich der Führungskräfte hinaus gegen Art 82, 86 EGV verstößt.

Das dBSG geht in seinem Urteil vom 26.03.1992⁷⁴ davon aus, dass die Entscheidung des EuGH vom 23.04.1991 nur für Führungskräfte der Wirtschaft gelten soll. Mit dieser Begründung, dass die Tragweite des EuGH-Urteils auf die Vermittlung von Führungskräften beschränkt sei, lehnt es auch die Vorlage nach Art 234 Abs 3 EGV eines Falles unterhalb der Führungskräfteebene zur Klärung durch den EuGH ab. Mit dieser Haltung verkennt das dBSG mE entweder die Bedeutung des Art 234 Abs 3 EGV als zwingender Vorlageverpflichtung⁷⁵ oder interpretiert das Urteil des EuGH in einer dem Wortlaut widersprechenden Weise als Zulässigkeit des Vermittlungsmonopols für alle Fälle, die andere Arbeitnehmergruppen - als Führungskräfte - betreffen.

Letzteres wäre der Fall, wenn das dBSG aus der Beschränkung des EuGH auf die Vermittlung von Führungskräften im Rückschluss die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit des Vermittlungsmonopols für die übrigen Bereiche herleitet. Die Formulierung „insbesondere“ bei der Definition der Voraussetzungen eines Verstoßes gegen Art 82, 86 EGV beim Vermittlungsmonopol für Führungskräfte lässt die Frage der europarechtlichen Zulässigkeit des übrigen Monopols mE aber offen. Es wäre allenfalls möglich⁷⁶, in die Formulierung „insbesondere“ eine besondere Verstärkung der Gesamtunzulässigkeit des Vermittlungsmonopols zu interpretieren; keinesfalls aber kann eine europarechtliche Zulassung des Vermittlungsmonopols aus dem Urteil hergeleitet werden. Der EuGH hätte dazu anstatt „insbesondere“ die

⁷⁴ dBSG in NZA 92, S 1050; vgl Kap 2.3.3.

⁷⁵ Siehe unten

Formulierung „nur“ gebrauchen müssen. Somit handelt es sich hier mE um eine Auslegungsfrage des Art 234 Abs 1 Nr a EGV, zu dessen Vorlage zur Vorabentscheidung des EuGH das dBSG aufgrund Art 234 Abs 3 EGV verpflichtet gewesen wäre.⁷⁷ Im Gegensatz zur Vorlagepflicht beim dBVerfG nach Art 100 III dGG, setzt Art 234 Abs 3 EGV nicht voraus, dass das nationale Gericht von einer Entscheidung des EuGH abweichen will, es ist vielmehr auch in den Fällen zur Vorlage verpflichtet, in denen der EuGH noch nicht entschieden hat.⁷⁸ Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass es sich beim Verfahren vor dem dBSG um die Tätigkeit eines deutschen Unternehmers in Deutschland handelte⁷⁹, da bereits die Möglichkeit einer nicht auszuschließenden grenzüberschreitenden Tätigkeit geschützt ist. Diesen Grundsatz des EuGH kann man dem Urteil des EuGH vom 23.04.1991 entnehmen.

Aufgrund der vom EuGH aufgestellten Kriterien kann mE auch das Vermittlungsmonopol der BA in den anderen Fällen (als bei einer Vermittlung von Führungskräften) einer Prüfung nach Art 82, 86 EGV nicht standhalten. Auch bezüglich der allgemeinen Arbeitsvermittlung ist die BA offenkundig nicht in der Lage, die Nachfrage auf dem Markt zu befriedigen.⁸⁰ Dabei wird eine tatsächliche Ausübung von Vermittlungstätigkeiten durch GPAVer aufgrund der Beibehaltung einer Gesetzesbestimmung (§ 4, 13 dAFG aF), die diese Tätigkeit mit Folge der Nichtigkeit dieser Verträge⁸¹ verbietet, unmöglich gemacht. Zudem können sich die betreffenden Vermittlungstätigkeiten auf Angehörige oder das Gebiet anderer Mitgliedsstaaten erstrecken. Somit

⁷⁶ Aber auch dies wäre mE eine Fehlinterpretation.

⁷⁷ In der Literatur wird die Frage der Vorlageverpflichtung des dBSG nicht diskutiert.

⁷⁸ Zum Sachverhalt siehe oben

⁷⁹ Vgl hierzu *Krück in Groeben/Thiesing/Ehlermann*⁴, Kommentar zum EWG-Vertrag (1991), Art 177 Rz 68 ff

⁸⁰ Siehe hierzu auch oben

⁸¹ Sowie ihrer Einstufung als Ordnungswidrigkeit nach § 228 Abs 1 Nr 2 dAFG aF

sind alle Kriterien, welche der EuGH in seinem Urteil vom 24.04.1991 für das Vorliegen eines Verstoßes gegen Art 82, 86 EGV durch ein staatliches Arbeitsvermittlungsmonopol definiert hat, bis auf ein Kriterium erfüllt. Dieses Kriterium, welches beim allgemeinen Vermittlungsmonopol der BA nicht vorliegt, ist das Kriterium, dass sich das Monopol auf Tätigkeiten zur Vermittlung von Führungskräften der Wirtschaft erstrecken muss. Diese Voraussetzung ist aber mE nicht als Definition oder gar Ausschlusskriterium zu betrachten. Vielmehr sah der EuGH in seinem obigen Urteil aufgrund des konkreten Falles offensichtlich keine Notwendigkeit, über einen anderen als den Bereich der Führungskräftevermittlung zu entscheiden. Dies geht auch aus der Formulierung „insbesondere, wenn folgende Bedingungen erfüllt sind“⁸² hervor. Es handelt sich bei der Nennung der Vermittlung von Führungskräften somit um ein Beispiel, welches - gerade deshalb, weil alle anderen sachlichen Kriterien des EuGH erfüllt sind - auch auf das allgemeine Vermittlungsmonopol der BA erweitert werden muss.⁸³ Diese Auffassung des Verfassers wird dadurch bestätigt, dass der EuGH in einem späteren, ähnlich gelagerten Fall (Job Centre Entscheidung)⁸⁴, bei dem es generell um die Zulassung eines GPAV in Italien ging, die Kriterien der „Macrotron“-Entscheidung anwendet, aber auf das Kriterium der „Vermittlung einer Führungskraft“ verzichtet.

⁸² Siehe oben Macrotron-Entscheidung

⁸³ *Eichendorfer* geht in NJW 1991, S 2859 f davon aus, dass zumindest für weitere Berufsgruppen „etwa für technische Spezialisten oder Facharbeiter“ die Kriterien des EuGH erfüllt sind, so dass in Folge auch ein Wegfall des Leistungsanspruch des GPAV gegenüber dem Arbeitgeber nicht über § 134 dBGB iVm § 23 dAFG hergeleitet werden kann und damit für Vermittler in diesen Bereichen ein Anspruch auf Erlaubniserteilung gegenüber der BA besteht.

⁸⁴ EuGH, Slg 1997 I, S 7119 (Job Centre)

2.3.1.e. Vereinbarkeit des Vermittlungsmonopols der BA mit Art 43, 49 und 12 EGV

Nachdem der EuGH in seiner „Macrotron“-Entscheidung auf die Frage der Vereinbarkeit des Vermittlungsmonopols der BA mit Art 49 ff ebenso wenig eingegangen ist wie auf eine Vereinbarkeit mit Art 43 ff EGV, muss zu dieser Diskussion auf die Literatur zurückgegriffen werden.⁸⁵

2.3.1.f. Anwendbarkeit der Art 43, 49 EGV auf das Vermittlungsmonopol der BA

Bevor eine konkrete Prüfung der Tatbestände der Art 49 ff und 43 ff EGV erfolgt, muss zunächst die Anwendbarkeit dieser Freiheiten des EGV (Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit) auf das Arbeitsvermittlungsmonopol der BA untersucht werden. Es ist dabei die Frage zu klären, ob Art 45 bzw Art 45 iVm Art 55 EGV nicht einer Anwendbarkeit der Vorschriften über die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit generell entgegenstehen. Dieser Vorbehalt staatlicher Souveränität soll verhindern, dass staatliche Hoheitsregelungen durch die Vorschriften der Dienstleistungs- oder Niederlassungsfreiheit ausgehebelt werden und Private auf diese Weise hoheitliche Aufgaben an sich ziehen können. Problematisch ist, ob die Arbeitsvermittlung der BA hier als eine Tätigkeit mit Ausübung öffentlicher Gewalt zu betrachten ist. Während ein Teil der Literatur⁸⁶ die Definition einer Tätigkeit mit Ausübung öffentlicher Gewalt ausschließlich

⁸⁵ Ausführlich hat sich mit dieser Problematik *Schröder*, S 40 ff befasst.

⁸⁶ *Herbert/Mauer* „Das Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit im Lichte des nationalen und internationalen Rechts“ in NZA 1991, S 416 ff; ähnlich *Randelzhofer* in *Grabitz/Hilf* Kommentar zum EWG-Vertrag, Art 55 Rz 3 ff, der die Definitionsbefugnis zumindest grundsätzlich den Mitgliedsstaaten überlassen will, dann aber in Anlehnung an die Reyners-Rechtsprechung des EuGH (siehe unten) dennoch eine europarechtliche Auslegung zulässt.

dem jeweiligen Mitgliedsstaat überlassen will, vertritt ein anderer Teil⁸⁷ die Auffassung, dass nicht jeder Staat seine eigene Definitionsbefugnis hat, sondern der Begriff der öffentlichen Gewalt einheitlich in der EU auszulegen sei. Demnach genügt die bloße Übertragung einer Aufgabe an eine öffentliche Institution - wie die BA - alleine noch nicht. Dem ist beizupflichten, da sonst von staatlicher Seite die Freiheiten der Art 43 und 49 EGV jederzeit nach Belieben durch staatliche Monopolbildungen durchbrochen werden könnten. Ein Staat müsste dann das öffentliche Bedürfnis nach einer Monopolbildung nicht mehr begründen, da schon der Akt der Übertragung einer Aufgabe in ein staatliches Monopol selbst diese als Ausübung öffentlicher Gewalt qualifizieren würde.

Die EU-Kommission ging im konkreten, der Macrotron-Entscheidung des EuGH⁸⁸ zugrunde liegendem Fall mE zu Recht davon aus, dass Arbeitsvermittlung nicht zu den Bereichen hoheitlicher Gewaltausübung gehören müsse. Zudem würden private Personalberater in Deutschland geduldet, so dass schon von daher keine staatliche Hoheitsgewalt durch Arbeitsvermittlung ausgeübt werde.

Art 45 bzw Art 45 iVm Art 55 EGV steht in Bezug auf das Vermittlungsmonopol der BA somit einer Anwendbarkeit der Art 43 ff, Art 49 ff EGV nicht entgegen.

⁸⁷ Schröder, S 52 ff; Troberg in Groeben/Thiesing/Ehlermann, Art 55 Rz 12; Hailbronner, Rechtsstellung und Tätigkeitsbereich der öffentlich-rechtlichen Pflicht- und Monopolversicherungsanstalten in der EG (1991) S 47 ff; der EuGH geht in seiner Entscheidung Reyners (es ging hierbei um die Frage der Zulassung eines niederländischen Staatsbürgers als Rechtsanwalt in Belgien, dessen Zulassungsordnung die belgische Staatsbürgerschaft voraussetzt) vom 21.06.1974, EuGH, Slg 1974, S 631 ff ebenso davon aus, dass der Begriff der öffentlichen Gewalt "restriktiv" auszulegen sei und impliziert damit, dass nicht jedem Mitgliedstaat eine eigene, freie Definitionsbefugnis zustehe.

⁸⁸ Siehe oben Macrotron-Entscheidung

2.3.1.g. Eingriff in den Schutzbereich der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit

Die Anwendung der Freiheiten des EGV ist in Bezug auf das Arbeitsvermittlungsmonopol der BA in zwei Richtungen denkbar. Zum einen könnte ein im EU-Ausland tätiger Vermittler einzelne Vermittlungsleistungen in Deutschland anbieten wollen, zum anderen könnte er sich für eine dauerhaft angelegte GPAV- Tätigkeit in Deutschland niederlassen wollen. Im ersten Fall liegt eine Tätigkeit des Vermittlers iSd Art 50 EGV vor, während eine auf gewisse Dauer angelegte, wirtschaftliche und selbständige Tätigkeit eines GPAV in Deutschland in den Bereich der Niederlassungsfreiheit nach Art 43 EGV fällt.

Grundsätzlich schützen die genannten Freiheiten zunächst einen EU-Ausländer vor Diskriminierung gegenüber einem Inländer. Fraglich ist, ob dieser Schutz auch auf Fälle ausgedehnt werden kann, in denen Inländer und EU-Ausländer gleichermaßen von einer Einschränkung betroffen sind. Die Ansichten hierüber sind recht unterschiedlich und werden auch bezüglich der Vorschriften des Art 49 ff und des Art 43 ff EGV vielfach verschieden beurteilt.

Die Rechtsprechung des EuGH⁸⁹ stellt – zunächst gegenteiliger Auffassung⁹⁰ – fest, dass Art 49 ff EGV die Dienstleistungsfreiheit unabhängig davon schützt, ob eine Einschränkung auch für Inländer gilt. Vielmehr verlangt der EuGH hierfür eine besondere Rechtfertigung durch das Allgemeininteresse, welchem nicht schon durch Maßnahmen im Ausland ausreichend Rechnung getragen wird.

⁸⁹ EuGH Slg 1981, S 3305 ff (Webb)

⁹⁰ Vgl auch EuGH, Slg 1976, S 1333 ff (Dona / Mantero); EuGH, Slg 1977, S 1091 ff (Van Ameyde / UCI) und EuGH, Slg 1978, S 1971 ff (Societe Generale Alsacienne de Banque / Koestler)

Bezüglich der Niederlassungsfreiheit ist die Rechtsprechung des EuGH bislang nicht einheitlich.⁹¹

Meines Erachtens nach muss, in Parallele zur Dienstleistungsfreiheit, der von der Inländergleichbehandlung unabhängige Schutz auch im Bereich der Niederlassungsfreiheit Anwendung finden. Nur so kann eine echte Freiheit des Personenverkehrs, welcher eines der Grundziele in der EU darstellt, gewährleistet werden. Eine solche Auslegung kann damit aus dem Sinn und Zweck des EGV hergeleitet werden.⁹²

Nachdem ein Eingriff sowohl in Art 49 ff als auch in Art 43 ff EGV durch das Vermittlungsmonopol der BA zu bejahen ist, kommt eine Rechtfertigung dieses Eingriffs nur aufgrund Art 45 bzw Art 45 iVm Art 55 EGV in Betracht. Eine solche Rechtfertigung wurde bereits zu Beginn dieses Abschnitts untersucht und ausgeschlossen.

Gegenüber ausländischer GPAV verstößt das Arbeitsvermittlungsmonopol der BA gegen Art 49 ff bzw Art 43 ff EGV, je nachdem, ob in einem konkreten Fall die Dienstleistung eines Vermittlers vom Ausland nach Deutschland angeboten wird (Fall der Dienstleistungsfreiheit) oder ob sich ein Vermittler in Deutschland niederlassen will (Fall der Niederlassungsfreiheit).

2.3.1.h. Möglicher Verstoß des Vermittlungsmonopols der BA gegen das allgemeine Diskriminierungsverbot

Neben den speziellen Tatbeständen der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit könnte das Arbeitsvermittlungsmonopol

⁹¹ Die Fundstellen der zahlreichen Entscheidungen hierzu sind zusammengefasst bei *Blumenwitz* „Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Angleichung von Rechtsvorschriften auf dem Gebiet des Niederlassungsrechts der freien Berufe“ in NJW 1989, S 621 ff

⁹² Vgl auch *Blumenwitz* in NJW 1989, S 621 ff / *Bleckmann* „Die Personenverkehrsfreiheit im Recht der EG“ in DVBl 1986, S 69 ff

der BA aber auch gegen das allgemeine Diskriminierungsverbot nach Art 12 EGV verstoßen. Allerdings richtet sich das Monopol der BA und somit das Verbot GPAV gegen Ausländer und Inländer gleichermaßen, so dass eine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit nicht in Betracht gezogen werden kann. Art 12 EGV steht dem Monopol der BA nicht entgegen.

2.3.1.i. Völkerrechtliche Rechtfertigung des Vermittlungsmonopols (Exkurs über das Europarecht hinaus)

Bis Anfang der 90er Jahre sprach eine völkerrechtliche Vereinbarung gegen eine Zulassung von GPAV in Deutschland und damit für das staatliche Vermittlungsmonopol der BA. Die Bundesrepublik hatte sich im ILO-Übereinkommen Nr 96⁹³ verpflichtet, keine GPAV zuzulassen. Von dieser völkerrechtlichen Bindung ist die Bundesrepublik Deutschland aber dadurch entbunden, dass sie dieses Übereinkommen am 10.07.1992 wirksam gekündigt hat, so dass dieses Argument gegen eine Aufhebung des Vermittlungsmonopols gegenstandslos geworden ist. Für die Republik Österreich bestand diese Beschränkung und Kündigungsnotwendigkeit nicht, da Österreich diesem ILO-Übereinkommen Nr 96 nicht beigetreten war.

Im Jahr 1997 hat die ILO mit der „Private Employment Agency Convention“ neues ILO-Übereinkommen Nr 181 initiiert, welches den geänderten Rahmenbedingungen bei der privaten Arbeitsvermittlung Rechnung tragen soll. Diesem Übereinkommen sind aber weder die Republik Österreich noch die Bundesrepublik Deutschland beigetreten.

⁹³ Siehe oben

2.3.1.j.. Ergebnis der Diskussion bis zur Aufhebung der Vermittlungsmonopole in Österreich und Deutschland

Zusammenfassend kann man festhalten, dass insbesondere die europarechtliche Würdigung wesentlichen Einfluss auf die Diskussion um eine Aufhebung der Vermittlungsmonopole in Österreich und Deutschland hatte, da diese Monopole gegen Art 49 ff, Art 43 ff und Art 82 EGV verstießen.

2.3.2. *Entwicklung zur Zulassung gewerblicher privater Arbeitsvermittlung in Österreich*

Im Folgenden wird der historische Prozess in Rechtsprechung und Gesetzgebung beschrieben, welcher in Österreich zur Aufhebung des Verbots GPAV geführt haben bis hin zu den Regelungen des öAMFG in der aktuell gültigen Version.⁹⁴

2.3.2.a. *Entwicklung in der österreichischen Rechtsprechung von 1969 bis 1992*

Während die gesellschaftspolitische Diskussion in Deutschland auch die obersten Gerichte dahingehend einbezog, dass sie in drei wesentlichen Entscheidungen über die Zulässigkeit des Verbots GPAV zu befinden hatten⁹⁵, waren die obersten Gerichte in Österreich nicht primär mit der Zulässigkeit des Verbots selbst befasst. Dennoch gab es aber eine Reihe von höchstrichterlichen Entscheidungen⁹⁶, in denen das Verbot eine Rolle spielte. All diesen Entscheidungen gemeinsam war der Umstand, dass die obersten Gerichte keinen Zweifel an der Gültigkeit des Verbots der GPAV, wie es sich in den Vorschriften des öAMFG aF widerspiegelte, ließen.

Im Jahr 1982 hatte der öVfGH⁹⁷ über die Zulässigkeit der Gründung eines Vereins „Arbeitsvermittlungsdienst“ zu entscheiden, welcher in der Auffassung des öVfGH ua Arbeitsvermittlung betreiben wollte. Der öVfGH hat dabei die geplante Tätigkeit des Vereins ausschließlich anhand der Ausnahmetatbestände des § 9 Abs 1 Satz 1 und der §§ 17, 18 öAMFG aF geprüft. Nachdem diese nicht einschlägig waren,

⁹⁴ Stand 01.07.2007

⁹⁵ Vgl Kap 2.3.3.

⁹⁶ Siehe unten

hat er die Untersagung der Bildung des Vereins bestätigt und keine Zweifel am Verbot der Arbeitsvermittlung außerhalb dieser Ausnahmetatbestände belassen.

Der öOGH⁹⁸ hatte im Jahr 1987 ua zu entscheiden, ob der Einsatz eines Arbeitnehmers welcher über ein liberianisches Unternehmen bei einem österreichischen Ölonternehmen in Libyen eingesetzt wurde, eine Arbeitnehmerüberlassung darstellte oder im konkreten aufgrund § 9 Abs 4 öAMFG aF eine Arbeitsvermittlung vorlag. Dabei hat der öOGH ausdrücklich klargestellt, dass im Falle der Fiktion einer Arbeitsvermittlung über § 9 Abs 4 öAMFG aF diese gemäß § 9 Abs 5 öAMFG aF verboten wäre.

In seiner Entscheidung vom 16.06.1990 hatte sich der öVfGH⁹⁹ mit der Frage zu befassen, ob die Bedarfsprüfung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales nach § 18 Abs 2 Nr c öAMFG aF zur Zulassung eines Vermittlers für Musiker aus dem Ausnahmetatbestand des § 18 Abs 1 Nr e öAMFG aF gegen dessen verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht auf Erwerbsfreiheit verstößt. Der öVfGH gelangt dabei zu der Auffassung, dass eine Bedarfsprüfung nur generell den Bedarf nach gewerblicher Vermittlung als subsidiäre Alternative ggü einer unentgeltlichen Vermittlung durch die Arbeitsmarktverwaltung oder Institutionen nach § 17 Abs 1 öAMFG aF prüfen darf, nicht hingegen einen Bedarf hinsichtlich eines konkreten Vermittlers, wenn aufgrund positiver genereller Bedarfsfeststellung bereits andere gewerbliche Vermittlung in diesem Feld aktiv sind. Das öVfGH verlangte dahingehend eine Verfassungskonforme Auslegung des § 18 Abs 2 Nr c öAMFG

⁹⁷ öVfGH 14.12.1982, B 440/82

⁹⁸ öOGH 27.01.1987, 14 OB 180/86

⁹⁹ öVfGH 16.06.1990, B 610/89

aF im obigen Sinne, stellte aber zugleich die Regelungen zur Arbeitsvermittlung verfassungsrechtlich nicht in Frage.

2.3.2.b. Gesetzliche Zulassung von GPAV durch Änderung des öAMFG und der Gewerbeordnung vom 27.12.1991

Die Abschaffung des Vermittlungsmonopols der Arbeitsmarktverwaltung und die damit einhergehende Zulassung GPAV hatte ihre Grundlage im Jahr 1991.

Mit der Änderung des öAMFG vom 27.12.1991¹⁰⁰ (= öAMFG 1991) wurden die neuen Vorschriften der §§ 17a-d in das öAMFG 1991 eingefügt. Nach § 17a Abs 1 öAMFG 1991 war nun jeder zur Durchführung von Arbeitsvermittlung berechtigt, der eine entsprechende Berechtigung nach § 103 Abs 1 Nr a Ziffer 8 der parallel geänderten öGewerbeordnung¹⁰¹ (= öGewerbeordnung 1991) inne hatte. Voraussetzung war eine Anzeige der geplanten Tätigkeitsaufnahme beim zuständigen Landesarbeitsamt, welches eine Untersagung aus den Gründen der § 17d Abs 1¹⁰² bzw einer auf Basis von § 17d Abs 3 öAMFG 1991 erlassenen Verordnung innerhalb von 3 Monaten auszusprechen hatte. Neben der oben erwähnten Berechtigung musste durch einen Vermittler gemäß § 17a Abs 2 öAMFG 1991 der genaue Standort mit Zweigstellen und Niederlassungen, ein Nachweis über Geschäftsräume¹⁰³ und

¹⁰⁰ Siehe Kap 1.

¹⁰¹ Siehe unten

¹⁰² Als Untersagungsgründe waren in § 17d Abs 1 öAMFG 1991 definiert Entgeltforderungen ggü. den Arbeitsuchenden, parallele Ausübung von Arbeitskräfteüberlassung oder Dienstvertragsverschaffung, Vermittlung bei Streik oder Aussperrung oder an Unternehmen, welche die Lohn- und Arbeitsbedingungen nicht einhalten, Vermittlungstätigkeit durch Mitarbeiter ohne fachliche Eignung, widerrechtliche Weitergabe von Daten, Verletzung der Aufsichts-/Meldepflichten oder Einsichtsrechte, Vermittlung in Gesundheitsgefährdende Arbeit oder unter Vorspiegelung falscher Tatsachen.

¹⁰³ Die entsprechend § 17a Abs 6 öAMFG 1991 eine Mindestausstattung für Arbeitsvermittlung haben mussten und von anderen selbständigen Tätigkeiten (außer der Vermittlung von Führungskräften) räumlich getrennt sein mussten.

ein Nachweis über die Qualifikation der für die Arbeitsvermittlung eingesetzten Mitarbeiter beigebracht werden. Der Qualifikationsnachweis richtete sich nach § 17a Abs 8 öAMFG 1991, hierbei war die fachliche Eignung in einer Prüfung nachzuweisen, für welche im Jahr 1995 eine eigene Prüfungsverordnung für Arbeitsvermittler öAVPV¹⁰⁴ in Kraft gesetzt wurde.

Die Tätigkeit des Arbeitsvermittlers hatte sich grundsätzlich nach denselben Kriterien wie die Tätigkeit der Arbeitsmarktverwaltung bzw des Arbeitsmarktservice oder karitativer Institutionen zu richten, soweit nicht das Gesetz ausdrücklich etwas anderes vorschrieb. Der entscheidende Unterschied war hier in § 17b Abs 1 öAMFG 1991 definiert, nach welchem der Vermittler ein Honorar vom Arbeitgeber (nach § 17b Abs 2 öAMFG 1991 dagegen nicht vom Arbeitsuchenden¹⁰⁵) verlangen durfte. Die Inanspruchnahme öffentlicher Mittel war gemäß § 17b Abs 3 öAMFG 1991 ausgeschlossen. Bei seiner Tätigkeit wurden dem Arbeitsvermittler zudem besondere Auflagen gemacht. Gemäß § 17a Abs 4 öAMFG 1991 musste er konkrete Auskunft über eine offene Stelle geben können und haftete dem Arbeitsuchenden wie auch – im Falle des Eintritts einer Arbeitslosigkeit – der Arbeitslosenversicherung für falsche oder fehlerhafte Angaben. Die Berechtigung des Arbeitsvermittlers war gemäß § 17a Abs 5 öAMFG 1991 den Kunden vorab nachzuweisen oder in den Geschäftsräumen auszuhängen, zudem war der Arbeitsvermittler verpflichtet, vierteljährliche Statistiken nach § 17a Abs 9 öAMFG 1991 an die Arbeitsmarktverwaltung zu geben. Gemäß § 17a Abs 7 öAMFG 1991 durften Ausländer nur vermittelt werden, wenn deren

¹⁰⁴ öArbeitsvermittlung-Prüfungsverordnung vom 17.03.1995, öBGBl 187/1995

¹⁰⁵ Allenfalls vom Vermittler erbrachte Geldleistungen oder geldwerte Leistungen konnten nach § 17b Abs 2 Satz 2 öAMFG 1991 erstattet werden.

Beschäftigung dem österreichischen Ausländerbeschäftigungsgesetz nicht unterliegen oder sie über eine Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein verfügen. Dies galt allerdings nur für die Vermittlung von Ausländern nach oder innerhalb Österreichs, dagegen nicht für die Vermittlung von Ausländern außerhalb Österreichs, wie das öOGH¹⁰⁶ richtigerweise feststellt.

Die Überwachung der GPAV oblag – ebenso wie in Deutschland – der Arbeitsmarktverwaltung, so dass sich eventuelle Konflikte aus scheinbar konkurrierender Tätigkeit und Überwachung ergeben könnten. Allerdings sieht der Verfasser einen solchen Konflikt letztlich aus gleichen Gründen¹⁰⁷ weder in Deutschland noch in Österreich.

Über Art II des Gesetzes wurde dann klargestellt, dass die Regelungen der §§ 17a-d öAMFG 1991 sowohl für die Vermittlung von Führungskräften wie auch für die Vermittlung unterhalb der Führungskräfte-Ebene anwendbar sind.¹⁰⁸ Dabei gibt Art II Abs 3 eine Definition von Führungskräften, welche leitende Angestellte mit maßgeblichen Einfluss auf die Führung eines Betriebes sein müssen und daher gemäß § 36 Abs 2 Nr 3 öArbeitsverfassungsgesetz¹⁰⁹ nicht als Arbeitnehmer gelten und ein Gehalt oberhalb der Höchstbeitragsgrundlage der Pensionsversicherung angeboten erhalten.

Eine Deckungsgleiche Definition findet sich auch in § 109a Abs 3 der parallel erlassenen Neufassung der öGewerbeordnung 1973 durch die öGewerbeordnungsnovelle 1991.¹¹⁰ Dort wird zunächst in § 103a Abs 1 Nr a Ziffer 8

¹⁰⁶ Das öOGH verneint in einem solchen Fall bereits das Vorliegen einer Vermittlungstätigkeit iSd § 9 Abs 1 öAMFG 1991. Siehe öOGH, 60b669/94

¹⁰⁷ Vgl hierzu die Ausführungen unter 2.3.3.

¹⁰⁸ Zur Relevanz dieser Unterscheidung bzgl des Inkrafttretens der Regelungen siehe unten.

¹⁰⁹ öArbeitsverfassungsgesetz, öBGBI 22/1974

¹¹⁰ Änderung der öGewerbeordnung 1973 durch öGewerbeordnungsnovelle 1991 siehe oben (im Text werden die Vorschriften zur besseren zeitlichen

öGewerbeordnung 1991 das Gewerbe des Arbeitsvermittlers benannt und in § 108a öGewerbeordnung 1991 die Tätigkeit der Arbeitsvermittlung als gebundenem Gewerbe durch Übernahme der Definition aus § 9 Abs 1 Satz 1 öAMFG 1991 beschrieben.¹¹¹ Als Voraussetzung für eine Gewerbeberechtigung als Arbeitsvermittler müssen gemäß § 108b Abs 1 öGewerbeordnung bei einer natürlichen Person die österreichische Staatsbürgerschaft und der Inlandswohnsitz oder bei einer juristischen Person der österreichische Sitz bzw die österreichische Hauptniederlassung sowie die österreichische Staatsbürgerschaft und Inlandswohnsitz der Vertreter gegeben sein. Ferner schließen sich die Tätigkeit der Arbeitsvermittlung und der Arbeitskräfteüberlassung gemäß § 108a Abs 2 öGewerbeordnung 1991 aus, wobei die Voraussetzungen der § 108a Abs 1 und 2 gemäß Abs 3 öGewerbeordnung 1991 während der Vermittlertätigkeit dauerhaft vorliegen müssen. Eine Besonderheit in Bezug auf die Vermittlung von Führungskräften findet sich in § 109a Abs 1 öGewerbeordnung 1991. Danach dürfen Betriebsberater einschließlich der Betriebsorganisatoren gemäß § 103a Abs 1 Nr b Ziffer 4 öGewerbeordnung 1991 ebenfalls¹¹² Führungskräfte vermitteln und haben hierzu lediglich einen für diese Tätigkeit zu erbringenden Befähigungsnachweis abzulegen.¹¹³ Mit dieser Vorschrift wurde der Tatsache Rechnung getragen, dass sich international sehr viele Unternehmensberatungen zugleich auf den Bereich der

Unterscheidbarkeit der Gesetzesversionen der Gewerbeordnung als „Gewerbeordnung 1991“ bezeichnet)

¹¹¹ § 108a Abs 2 Gewerbeordnung 1991 stellt nochmals klar, dass auch die Vermittlung von Österreich ins Ausland oder vom Ausland nach Österreich Arbeitsvermittlung darstelle, wobei hier auf das entsprechende Urteil des öOGH verwiesen sei (siehe oben).

¹¹² § 109 a Abs 1 erweitert insofern für Führungskräfte den Kreis der Vermittler nach § 108 a Abs 1 Gewerbeordnung 1991.

¹¹³ Gemäß § 376 Nr 14 a Gewerbeordnung 1991 war ein solcher Befähigungsnachweis entbehrlich, soweit ein Betriebsberater oder Betriebsorganisator bereits vor dem 01.01.1992 als solcher tätig war.

Personalberatung mit Vermittlung von Führungskräften spezialisiert haben.

Mit diesen Vorschriften der §§ 17a-b öAMFG 1991 und der §§ 108a und 109a öGewerbeordnung 1991 war damit GPAV in Österreich erstmals nach dem 2. Weltkrieg und unter Auflagen zulässig. Problematisch war aber die Bestimmung des genauen Zeitpunkts des Inkrafttretens der Zulässigkeit, wie die folgenden Ausführungen zeigen.

2.3.2.c. Problematik des Inkrafttretens der Zulassung von GPAV

Mit den Änderungen der öAMFG 1991 und öGewerbeordnung 1991 sollten nicht nur GPAV zugelassen werden, vielmehr war eine grundlegende Änderung der staatlichen Arbeitsmarktverwaltung durch deren Ausgliederung aus der Hoheitsverwaltung des Bundes in ein Dienstleistungsunternehmen des öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit¹¹⁴ – das Arbeitsmarktservice – geplant. Daher war angedacht, die Zulassung GPAV und die Einführung des Arbeitsmarktservice zeitlich parallel stattfinden zu lassen. Entsprechend wurde in Art II Abs 4 öAMFG 1991 und Art II Abs 1 öGewerbeordnungsnovelle 1991 festgelegt, dass die Vorschriften zur Einführung GPAV erst zum 01.01.1993 in Kraft treten, soweit spätestens zu diesem Zeitpunkt auch das Bundesgesetz zum Arbeitsmarktservice in Kraft getreten ist. Allerdings sollte die Vermittlung von Führungskräften von dieser Koppelung ausgenommen werden und gemäß Art II Abs 1 öAMFG 1991 und Art II Abs 2 öGewerbeordnungsnovelle 1991 bereits zum 01.01.1992 in Kraft treten. Es war also ein zeitlicher Versatz von einem Jahr eingeplant. Tatsächlich ist das öAMSG gemäß § 78 Abs 1

öAMSG erst am 01.07.1994 in Kraft getreten, wodurch der zeitliche Versatz über 2,5 Jahre andauerte (wobei genau genommen, die Regelungen für private Arbeitsvermittlung zunächst entfallen und erst neu eingeführt wurden¹¹⁵). In der Praxis hat dieses zeitliche Auseinanderfallen die Gerichte beschäftigt und relevanten Einfluss auf zwei Urteile gehabt. In beiden Fällen ging es um einen von der Anwältin für Gleichbehandlungsfragen gerügten Verstoß gegen § 10d öGleichbG, bei dem gemäß § 10d öGleichbG ein privater Arbeitsvermittler nach §§ 17 ff öAMFG einen Verstoß gegen geschlechtsneutrale Stellenausschreibung begangen haben soll und zwar im Zeitraum zwischen dem 01.01.1992 und dem 01.07.1994. Im ersten Fall des Unabhängigen Verwaltungssenats Wien¹¹⁶ wurde das Straferkenntnis erfolgreich angefochten, da es sich um den Fall einer Vermittlung unterhalb der Führungskräfte-Ebene handelte, für welche zum Zeitpunkt des Verstoßes die §§ 17 ff noch nicht in Kraft waren (Bezug zum öAMSG), so dass aus dem Grundsatz „nullum crimen sine lege“ auch keine Bestrafung nach §§ 10d öGleichbG iVm §§ 17 ff öAMFG 1991 in Betracht kommt. Im zweiten Fall des öVfGH¹¹⁷ kam der selbe Sachverhalt zur Verhandlung, nur dass es sich diesmal um die Tätigkeit eines Unternehmensberaters bei der Vermittlung von Führungskräften handelte. Der Unternehmensberater rügte hier beim Straferkenntnis einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz und die Erwerbsausübungsfreiheit, da eine Arbeitsvermittlung unterhalb der Führungskräfte-Ebene aus den obigen Erläuterungen straffrei geblieben ist, während er aufgrund der für ihn bereits in Kraft getretenen §§ 17 ff öAMFG 1991 iVm

¹¹⁴ So definiert in § 1 Abs 1 öAMSG vom 28.04.1994, öBGBl 313/1994

¹¹⁵ Siehe unten

¹¹⁶ öUVS Wien, 06/36/670/94

¹¹⁷ öVfGH, B 1724 / 95

§ 10d GleichbG bestraft werden soll. Der öVfGH sah diese Problematik, erblickte darin aber keinen Verfassungsverstoß.

Gesetzlich findet sich die Problematik beim Blick in die erste Fassung der öGewerbeordnung 1994 wieder. Dort sollten sich in den §§ 128 f öGewerbeordnung 1994¹¹⁸ eigentlich die Vorschriften zur privaten Arbeitsvermittlung finden. Da aber zum vorgesehenen Zeitpunkt 01.01.1993 das öAMSG noch nicht in Kraft war, findet sich in der öGewerbeordnung 1994 bei §§ 128 f zunächst nur ein „entfällt“. Erst wenige Wochen später mit dem öArbeitsmarktservice-Begleitgesetz¹¹⁹ fanden die §§ 128 ff Eingang die öGewerbeordnung 1994 und traten die Regelungen zu GPAV auch unterhalb der Führungskräfte-Ebene in Kraft.

2.3.2.d. Weitere relevante gesetzliche Regelungen bis 2007

Eine erste Anpassung der Arbeitsvermittlung betreffenden Regelungen des öAMFG 1991 gab es 1992¹²⁰, welche aber ausschließlich den Bereich der Künstlervermittlung betraf und auf die hier nicht im Einzelnen eingegangen wird.

Die letzte grundlegende Änderung haben die Arbeitsvermittlungsvorschriften des öAMFG durch das öKonjunkturbelebungs-gesetz 2002¹²¹ erfahren. Neben zahlreichen sprachlichen und strukturellen Vereinfachungen/Verbesserungen ist eine wesentliche Neuerung der Wegfall des Verbots gleichzeitiger

¹¹⁸ Diese waren durch die öGewerberechtsnovelle 1992, öBGBl 29/1993 innerhalb der öGewerbeordnung wortgleich von §§ 108 a f in §§ 128 ff übertragen worden.

¹¹⁹ öAMS-BegleitG, öBGBl 314/1994; dort wurden zugleich auch mehrere formale Anpassungen des öAMFG durchgeführt sowie die Betriebsberater zeitgemäß in Unternehmensberater umbenannt

¹²⁰ Änderung des öAMFG 1999, öBGBl 13/1999

¹²¹ Siehe Kap 1.

Arbeitsvermittlung und Arbeitskräfteüberlassung.¹²² Zwar stellt § 2 Abs 4 öAMFG weiterhin klar, dass eine Arbeitskräfteüberlassung, bei denen der Überlasser seinen Arbeitgeberpflichten nicht nachkommt, eine Arbeitsvermittlung darstelle, allerdings kann es nun Fälle geben, in denen der Überlassung zugleich auch die Berechtigung zur Arbeitsvermittlung hat.

Die Grundsätze, nach denen eine Arbeitsvermittlung zu erfolgen hat, sind weiterhin im öAMFG geregelt, wobei es hier Lockerungen gegeben hat, wie die Reduzierung von Datenerhebungen auf einen halb- statt vierteljährigen Turnus gemäß § 4 Abs 2 Satz 2 öAMFG. Wesentlich geändert sind auch die Regelungen über die Aufsicht der GPAVer. Während hier früher die Arbeitsmarktverwaltung¹²³ bzw nach dem AMS-BegleitG das Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen sowohl für die Aufsicht nach öAMFG wie auch für die gewerbliche Aufsicht nach öGewerbeordnung 1994 zuständig war, obliegt diese jetzt gemäß § 4 Abs 2 Satz 1 öAMFG und ebenfalls geändertem § 260 Abs 1 und 2 öGewerbeordnung 1994 den Gewerbebehörden und dem Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit bzw der zuständigen Landeskammer der gewerblichen Wirtschaft und der zuständigen Landeskammer für Arbeiter und Angestellte. Ansonsten stellt § 129 Abs 2 öGewerbeordnung 1994 jetzt nochmals klar, dass die Ausübung der Tätigkeit eines Arbeitsvermittlers nach den Vorschriften des öAMFG zu geschehen hat. Im Gegensatz zum deutschen Recht¹²⁴ sind Exklusivverträge zur Arbeitsvermittlung nicht generell ausgeschlossen, sondern erfordern gemäß § 5 Abs 4 öAMFG eine sachliche Rechtfertigung.

¹²² Siehe oben

¹²³ Siehe oben

¹²⁴ Vgl Kap 2.3.3.

Mit dem öKonjunkturbelebungs-gesetz 2002 hat die GPAV die weitestgehende Freizügigkeit nach dem 2. Weltkrieg erfahren. Sie ist jetzt jedem erlaubt, der über eine entsprechende entsprechende Berechtigung nach § 97 öGewerbeordnung 1994 verfügt und sich an die Vorschriften des öAMFG hält.

Die wesentliche Einschränkung, welcher GPAV nach wie vor unterliegt, ist die Unentgeltlichkeit der Vermittlungsleistung für den Arbeit-suchenden (außer Künstlern) nach § 5 Abs 2 öAMFG, dh die Honorare der entgeltlichen Arbeitsvermittlung sind ausschließlich vom Arbeitgeber zu tragen und zwischen diesem und dem GPAVer zu vereinbaren.

2.3.3. Entwicklung zur Zulassung gewerblicher privater Arbeitsvermittlung in Deutschland

Die gesellschaftspolitische Diskussion um eine Aufhebung des Vermittlungsmonopols der BA und eine Zulassung GPAVer spiegelt sich in weiten Bereichen auch in der deutschen Rechtsprechung wieder. Dabei waren mit dieser Thematik sowohl der dBGH als auch das dBSG und das dBVerfG befaßt.

2.3.3.a. Das Urteil des dBVerfG vom 04.04.1967

Im Urteil vom 04.04.1967¹²⁵ hatte sich das BVerfG mit zwei Fragen zu beschäftigen. Gegenstand war sowohl das Vermittlungsmonopol der BA und somit die Zulässigkeit GPAV im allgemeinen, als auch die Einbeziehung der GPAV von Führungskräften in dieses Verbot. Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Ein Psychologe hatte einen "arbeitspsychologischen Beratungsdienst" betrieben, bei welchem er ua Bewerbungsunterlagen von Führungskräften sammelte, auswertete und daraufhin Unternehmen "passende" Bewerber zur Einstellung vorschlug. Einen Antrag auf Arbeitsvermittlung im Auftrag der BA, gemäß dem damals einschlägigen § 54 dAVAVG, hatte er gestellt. Dieser wurde negativ beschieden. In diesen Tätigkeiten sahen die Große Strafkammer des dLG Düsseldorf sowie der dBGH für Strafsachen eine fortgesetzte, unerlaubte, gewerbsmäßige Arbeitsvermittlung. Der Psychologe wurde nach §§ 35 und 37 Abs 1 dAVAVG, welche unerlaubte Arbeitsvermittlung unter Strafe stellten, zu einer Geldstrafe verurteilt.

Der Kläger hielt dies für verfassungswidrig und legte Verfassungsbeschwerde ein, da er im - dem Strafverfahren

zugrunde liegenden - Vermittlungsmonopol der BA einen Verstoß gegen die Freiheit der Berufswahl nach Art 12 Abs 1 dGG und gegen die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art 2 Abs 1 dGG sah. Ein solcher Verstoß liege insbesondere im Vermittlungsmonopol auch für Führungskräfte der Wirtschaft. Das dBVerfG sah im Vermittlungsmonopol der BA und dem Verbot GPAV einen Eingriff in die Schutzbereiche der Art 12 Abs 1 dGG und Art 2 Abs 1 dGG. Allerdings hielt es diese Eingriffe für gerechtfertigt und somit für verfassungsgemäß. Mit dem Vermittlungsmonopol der BA sei der Schutz von besonders wichtigen Gemeinschaftsgütern bezweckt, welcher einen Eingriff in die Freiheit des Einzelnen rechtfertige. Als schutzwürdige Gemeingüter sah das dBVerfG die Verringerung und Vermeidung von Arbeitslosigkeit sowie die Deckung des Bedarfs der Wirtschaft an Arbeitskräften. Das Sozialstaatsprinzip sei es, welches diese Aufgaben der öffentlichen Daseinsvorsorge zuweise. Diese Aufgaben (und somit zwei wichtige Gemeinschaftsgüter) betrachtete das dBVerfG durch die Zulassung GPAVer schweren und höchstwahrscheinlichen Gefahren ausgesetzt, welche aus der mangelnden Vorbildung und Eignung der Vermittler resultiere. Das dBVerfG verwies zudem auf Missstände und negative Erfahrungen mit GPAV in der Vergangenheit.¹²⁶ Unterstützt wurde das BVerfG in seiner Ansicht von *Bethge*, welcher feststellte, dass „gewerbsmäßige Stellenvermittler aufgrund ihres Erwerbsinteresses an langfristigen Arbeitsverhältnissen, durch die erst echte Betriebsgemeinschaft entstehen kann, nicht interessiert sind“.¹²⁷ Vielmehr sei es Ziel von GPAVern, die Bildung echter Vertrauensverhältnisse zu vereiteln, um so

¹²⁵ dBVerfG, dBVerfGE 21, S 245 ff

¹²⁶ Vgl auch Kap 2.2.

¹²⁷ *Bethge* „Ist das Vermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit und Arbeitslosenversicherung mit dem Grundgesetz vereinbar?“ in NJW 1964, S 90 f

ein Klima für Stellenwechsel und damit erneuten Gewinn für den GPAAVer zu erreichen.

Eine solche pauschale Kritik an GPAAVer ist mE unangemessen. Ebenso unangebracht wäre es, wollte man Ärzten oder anderen Angehörigen von Heilberufen unterstellen, sie hätten kein Interesse an der Heilung und Genesung ihrer Patienten, da ihnen dadurch weitere Honorare entgingen. Sowohl bei den einen wie auch bei den anderen mag dies für einige negative Einzelfälle durchaus zutreffen; eine Pauschalisierung kann mE so nicht vorgenommen werden.

2.3.3.b. Kritik am Urteil des BVerfG

Das Urteil des dBVerfG bezüglich des allgemeinen Verbots GPAAV entsprach dabei der vorherrschenden Meinung in der gesellschaftspolitischen Diskussion¹²⁸, die damals noch hauptsächlich von den Argumenten der Monopolbefürworter geprägt war.

Neben dem gesellschaftspolitischen Wandel, der sich im Arbeitsbereich von der kapitalistischen Struktur des 19. Jahrhunderts zum System sozialer und mitbestimmter Marktwirtschaft vollzogen hat, beachtet das dBVerfG mE in seinem Urteil ebenso nicht ausreichend, dass GPAAV auch zum Wohle der Gemeinschaftsgüter "Arbeitslosigkeitsbekämpfung" und "Arbeitskräftebereitstellung" beitragen kann. Es ist zudem sicherlich kaum haltbar, GPAAVer pauschal als ohne Vorbildung und entsprechende Eignung abzuqualifizieren, wie das dBVerfG dies in seinem Urteil getan hat. Um solchen Gefahren einer mangelnden Eignung vorzubeugen, wären Berufsausübungsregeln für GPAAVer ausreichend. Gegenüber einem Berufsverbot wären sie ein ebenso geeignetes, aber verhältnismäßigeres (da ausreichendes) Mittel.

Bei der Vermittlung von Führungskräften sah das dBVerfG einen Grenzbereich berührt, stützte sich aber letztlich auf dieselben Argumente wie bei der Vermittlung "normaler" Arbeitnehmer: Auch Führungskräfte der Wirtschaft müssten vor der Betätigung GPAVer geschützt werden. Zudem führte das dBVerfG zwei sich mE widersprechende Argumente ins Feld. Es stellte fest, dass es sich bei der Vermittlung von Führungskräften nur um "Besonderheiten, insbesondere kleiner Minderheiten" handele, die der Gesetzgeber "vernachlässigen darf", zugleich sah es aber die Gefahr, dass bei der Ausklammerung von Führungskräften "das Vermittlungsmonopol in einer Weise aufgespalten wird, dass es seine Fähigkeiten zur Erfüllung der geschilderten, umfassenden Aufgaben in weitem Umfang einbüßen müsste".¹²⁹ Würde es sich bei der Vermittlung von Führungskräften nur um eine zu vernachlässigende Besonderheit handeln, so wäre diese nach meiner Überzeugung wohl kaum geeignet, die BA in der Fähigkeit zur Erfüllung ihrer Aufgaben in weitem Umfang einzuschränken und umgekehrt. An der dargestellten Rechtsprechung über die Zulassung GPAVer hat das dBVerfG auch in seinem Beschluss vom 02.09.1990¹³⁰ festgehalten. Sowohl die verfassungsrechtliche Rechtfertigung des allgemeinen Vermittlungsmonopols der BA als auch dessen Erstreckung auf die Vermittlung von Führungskräften können aus den genannten Gründen mE nicht überzeugen. Dagegen hat das dBVerfG mit dem Urteil vom 04.04.1967 mE richtigerweise entschieden, dass das Verbot der Arbeitnehmerüberlassung, wie es in § 37 Abs 3 dAVAVG noch normiert war, gegen Art 12 Abs 1 dGG verstößt und damit

¹²⁸ Vgl Kap 2.3.1.

¹²⁹ Siehe oben

¹³⁰ dBVerfG in NZA 91, S 948; hier klagte ein Künstlervermittler gegen Vermittlungstätigkeiten der Bundesanstalt für Arbeit im künstlerischen Bereich

zumindest den Weg zur Zulassung von Arbeitnehmerüberlassung geebnet.

2.3.3.c. Urteil des deutschen Bundessozialgerichts vom 26.03.1992

Das deutsche Bundessozialgericht hatte sich in seinem Urteil vom 26.03.1992¹³¹ insgesamt mit drei Bereichen zu befassen:

- der Zulässigkeit von GPAV für Arbeitskräfte unterhalb der Führungskräfteebene auf Grundlage des deutschen Bundesrechts,
- der Zulässigkeit von GPAV für Führungskräfte auf Grundlage deutschen Bundesrechts,
- der Vereinbarkeit des Vermittlungsmonopols der BA mit Europarecht,

Auf die europarechtliche Diskussion wurde unter Kap 2.3.1. eingegangen, wobei die Auffassung des BSG an dieser Stelle Berücksichtigung findet.

2.3.3.d. Auffassung des BSG zu GPAV in Bezug auf Arbeitnehmer unterhalb der Führungskräfteebene

Bezüglich der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit des Arbeitsvermittlungsmonopols im allgemeinen (also für die Vermittlung von Arbeitnehmern unterhalb der Führungskräfteebene), schließt sich das dBSG voll den Auffassungen des dBVerfG in dessen Urteil vom 04.04.1967¹³² an. Es sieht keinerlei Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse im Vergleich zur Situation des Jahres 1967 und damit keine Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des Vermittlungsmonopols. Eine erneute Vorlage der Thematik zum

¹³¹ Siehe oben

¹³² Siehe oben

dBVerfG nach Art 100 Abs 1 dGG kommt für das dBSG daher nicht in Betracht.

2.3.3.e. Auffassung des BSG in Bezug auf GPAV von Führungskräften

Neben der Frage einer generellen Zulassung GPAV¹³³ stand besonders der Bereich der Vermittlung von Führungskräften in der öffentlichen Diskussion. Diese sogenannte Personalberatung gilt als eine der klassischen Aufgabenfelder von Unternehmensberatungen, wurde von diesen immer mehr angeboten und von Unternehmern nachgefragt. Da die Zulassung von Personalberatern auch den Befürwortern einer allgemeinen Aufhebung des Arbeitsvermittlungsmonopols der BA Vorschub leisten würde¹³⁴, befasste sich das dBSG in seinem Urteil vom 26.03.1992 - über den konkreten Streitgegenstand hinaus - auch mit dieser Frage.¹³⁵

Das dBSG stellte damals fest, dass es die Auffassung des dBVerfG aus dessen Urteil vom 04.04.1967 weiterhin auch bezüglich der Vermittlung von Führungskräften für richtig hält. Es sieht selbst keinerlei Veranlassung für eine erneute verfassungsrechtliche Prüfung aufgrund einer Änderung der tatsächlichen Situation. Vielmehr geht es auf den Vorlagebeschuß des dBGH vom 29. September 1991 nur insoweit ein, als es ausdrücklich erwähnt, dass auch nach Ansicht des dBGH eine Abspaltung der Vermittlung von Führungskräften das übrige Arbeitsvermittlungsmonopol nicht berührt.¹³⁶

¹³³ Siehe oben

¹³⁴ So auch rückwirkend konstatiert von *Marschner* „Das neue Recht der Arbeitsvermittlung“ in dAuA 1994, S 307 ff

¹³⁵ Im zu entscheidenden Fall war die Vermittlung von Führungskräften nicht Bestandteil des Streitgegenstandes, wie das dBSG selbst festgestellt hat, so dass ein Eingehen auf diesen Bereich nicht notwendig gewesen wäre.

¹³⁶ Siehe oben

2.3.3.f. Kritik an der Auffassung des BSG

Mit seiner Auffassung geht das dBSG weit hinter die bereits gängige Praxis der BA zurück. Diese hatte sich mit dem Bundesverband Deutscher Unternehmensberater und dem Arbeitskreis der Personalberater in Deutschland bereits im Jahre 1990¹³⁷ auf die "Grundsätze zur Abgrenzung von Personalberatung und Arbeitsvermittlung bei der Besetzung von Stellen" geeinigt.¹³⁸ In diesen Grundsätzen wird festgelegt, nach welchen Kriterien Personalberatung zu erfolgen hat, um nicht in den Bereich der unerlaubten Arbeitsvermittlung zu fallen. Gemäß Punkt 1.2. der Grundsätze gehören zu den regelmäßigen Aufgaben eines Personalberaters Stellenanalysen, das Erstellen von Anforderungsprofilen, Bewerbersuche und Vorauswahl sowie Beratung bei Festlegung der Vertragsbedingungen. All dies sind Tätigkeiten, die auch zum spezifischen Wirkungsbereich von Arbeitsvermittlern gehören. Um dennoch "nur" Personalberatung darzustellen, dürfen sich diese Tätigkeiten ausschließlich auf die Suche und Auswahl von Führungskräften beschränken. Definiert wird der Begriff der Führungskraft in Punkt 1.1. der Grundsätze. Wichtigstes Kriterium ist dabei die bedeutende Position, die ein Angestellter für den Bestand und die Entwicklung des Unternehmens haben muss. Es werden zudem Beispiele für Führungskräfte aufgezählt. Diese Aufzählung ist aber nicht abschließend. Auch Angestellte, die mit der Zielsetzung des unmittelbaren Nachrückens in eine Führungsposition eingestellt werden, zählen zu den Führungskräften.

Ein entscheidendes Kriterium, welches Personalberatung von GPAV unterscheidet, ist in Punkt 1.2. Abs 3 der Grundsätze

¹³⁷ Basierend auf dem Runderlass vom 06.11.1970, Amtliche Nachrichten der Bundesanstalt für Arbeit (ANBA 1970), S 889

festgelegt. Dieser schreibt die Vereinbarung eines Fest- oder Zeithonorars vor und wertet Erfolgshonorare als Indiz für unerlaubte Arbeitsvermittlung. In Punkt 2.1. der Grundsätze ist eine Art Verhaltenskodex für die Tätigkeit von Personalvermittlern vorgegeben. Punkt 2.2. der Grundsätze bestätigt nochmals das Vermittlungsmonopol der BA und definiert jene Fälle, bei denen der Personalberater die Grenze zur unerlaubten Arbeitsvermittlung überschreitet. Dies ist der Fall, wenn er andere Personen als Führungskräfte vermittelt, ohne konkreten Auftrag tätig wird, Stellen und Erwerberlisten veröffentlicht, für Unternehmer und Arbeitnehmer zugleich tätig wird, in der Öffentlichkeit den Eindruck einer GPAV erweckt, Bewerbungsunterlagen nach Entscheidung des Arbeitgebers nicht zurückgibt und Erfolgshonorare oder aber Honorare vom Arbeitsuchenden verlangt.

Diese gängige Praxis, die in den "Grundsätze zur Abgrenzung von Personalberatung und Arbeitsvermittlung bei der Besetzung von Stellen" festgehalten ist, stellt das dBSG mit seiner Entscheidung vom 26.03.1992 in Frage. Das dBSG steht dabei in Widerspruch sowohl zur faktischen Entwicklung in Bezug auf Führungskräfte, welche sich zudem auch in der Auffassung des dBGH¹³⁹ und in der europarechtlichen Debatte¹⁴⁰ widerspiegelte, als auch dem zwischenzeitlich immer stärker werdenden gesellschaftspolitischen Trend¹⁴¹ in Bezug auf GPAV insgesamt.

Die hinter den „Grundsätzen zur Abgrenzung von Personalberatung und Arbeitsvermittlung bei der Besetzung von Stellen“ stehenden Überlegungen sind später auch in die gesetzlichen Regelungen eingeflossen. Zunächst geschah dies über § 13 Abs 3 Nr 3 dAFG aF, in welchem die dort

¹³⁸ Runderlass vom 03.08.1990, ANBA 1990, S1351 ff

¹³⁹ Siehe unten

¹⁴⁰ Vgl Kap 2.3.1.

¹⁴¹ Vgl Kap 2.3.1.

beschriebene Tätigkeit von Personalberatern – ebenso wie in den Grundsätzen – vom Begriff der Arbeitsvermittlung ausgenommen wird. Die veränderte sich mit Überführung des Tatbestandes in § 291 Abs 2 Nr 2 dSGB III, durch welchen die Tätigkeiten der Personalvermittler zwar begrifflich eine Arbeitsvermittlung darstellten, aber nicht dem Erlaubnisvorbehalt unterlagen.¹⁴²

2.3.3.g. Vorlagebeschluss des dBGH vom 25.09.1991 bezüglich der Vermittlung von Führungskräften

Die durch die „Grundsätze zur Abgrenzung von Personalberatung und Arbeitsvermittlung bei der Besetzung von Stellen“ eingetretene faktische Entwicklung war Grundlage eines Beschlusses des dBGH vom 25.09.1991¹⁴³, mit welchem er die Vorschriften des Vermittlungsmonopols nach § 4 und § 13 dAFG aF für den Bereich der Vermittlung von Führungskräften dem dBVerfG zur Überprüfung vorlegte. Im zugrunde liegenden Zivilrechtsverfahren weigerte sich ein Unternehmer einem Personalberater das vertraglich vereinbarte Honorar für die Vermittlung einer Führungskraft zu entrichten. Der Unternehmer begründete dies damit, dass er den dem Honoraranspruch zugrunde liegende Personalvermittlungsvertrag aufgrund §§ 4, 13 dAFG aF iVm § 134 dBGB als nichtig betrachtete.

Der dBGH führte zu Recht aus, dass es sich bei den „Grundsätzen zur Abgrenzung von Personalberatung und Arbeitsvermittlung bei der Besetzung von Stellen“¹⁴⁴ nicht etwa um eine gesetzliche Definition handelte, sondern vielmehr nur

¹⁴² Vgl hierzu Kap 3.1.1. zum Begriff der Vermittlungstätigkeit und Kap 5.2. mit einer Abgrenzung zwischen GPAV und Personalberatung, die mE nicht auf die Frage der Vermittlung von Führungskräften, sondern auf die inhaltliche Qualität der Vermittlungstätigkeit abstellen muss

¹⁴³ Siehe oben

¹⁴⁴ Siehe oben

um eine Selbstbeschränkung der Verwaltung. Insoweit fiel auch die in den Grundsätzen als Personalberatung definierte Tätigkeit richtigerweise in den Bereich der Arbeitsvermittlung iSd §§ 4, 13 dAFG aF. Für eine Anwendung des § 134 dBGB blieb somit nach Auffassung des dBGH grundsätzlich Raum. Der dBGH wollte daher eine Überprüfung der §§ 4 und 13 dAFG aF durch das dBVerfG über Art 100 Abs 1 dGG vornehmen lassen, da er der Überzeugung war, diese Vorschriften verstießen gegen Art 3 dGG und Art 12 Abs 1 dGG. Der mögliche Verstoß gegen Art 3 dGG wurde aus der europarechtlichen Diskussion iVm dem Grundsatz der Inländergleichbehandlung hergeleitet, so dass auf diesen Teil des Vorlagebeschlusses an späterer Stelle eingegangen wird.¹⁴⁵ In Bezug auf Art 12 Abs 1 dGG erkannte der dBGH an, dass über diese Frage bereits durch das dBVerfG im Urteil vom 04.04.1967¹⁴⁶ entschieden wurde. Er hielt aber eine wesentliche Änderung der heutigen zur damaligen gesellschaftlichen Situation für gegeben. Zwei der Hauptargumente des dBVerfG für die Bestätigung des Vermittlungsverbots für Führungskräfte seien die Risiken bei GPAV, welche auch für Führungskräfte bestünden, sowie die Gefahr, die BA könne ihre Aufgaben im Falle einer Aufspaltung in Vermittlung für Führungskräfte und sonstige Vermittlung nicht hinreichend ausfüllen. Beide Befürchtungen hätten sich als unbegründet erwiesen, wie der tatsächlichen Praxis der Personalvermittlung, ausgehend von den „Grundsätzen zur Abgrenzung von Personalberatung und Arbeitsvermittlung bei der Besetzung von Stellen“, zu entnehmen sei. Somit sei nach (mE zutreffender) Ansicht des BGH kein ausreichender Grund vorhanden, der in diesem Bereich ein generelles Verbot erforderlich mache und dieses auch verfassungsrechtlich

¹⁴⁵ Vgl Kap 2.3.1.

¹⁴⁶ Siehe oben

rechtfertigen würde. Vielmehr seien weniger starke Eingriffe in Form von Berufsausübungsregeln zum Schutz vor Gefahren als mildere Mittel ebenso geeignet.

Zu einer erneuten Entscheidung des dBVerfG ist es aber letztlich nicht mehr gekommen, da der Gesetzgeber diesen Bereich zuvor durch das dBeschFG 1994 geregelt hat und GPAV (mit entsprechender Erlaubnis) nun zulässig wurde.

2.3.3.h. Modellversuch nach dem Ersten Gesetz zur Umsetzung des Spar-, Konsolidierungs- und Wachstumsprogrammes vom 21.12.1993

Der erste gesetzliche Vorstoß, der das Arbeitsvermittlungsmonopol der BA durchbrechen und GPAV zulassen sollte, war das Erste Gesetz zur Umsetzung des Spar-Konsolidierungs- und Wachstumsprogrammes vom 21.12.1993¹⁴⁷ (kurz 1. dSKWPG), dessen Art 1 weitreichende Änderungen des dAFG aF vorsah.

Wesentlich war dabei die Änderung des § 23 dAFG aF durch Art 1 Nr 5 1. dSKWPG. § 23 dAFG aF, der bisher die Vermittlung im Auftrag der BA regelte, sollte nun in seinem ersten Absatz die entscheidende Vorschrift zur Zulassung nicht-öffentlicher Arbeitsvermittlung mit Erlaubnis der BA¹⁴⁸ werden. Nach § 23 Abs 2 dAFG aF sollte für die Erteilung einer Lizenz zur privaten, aber nicht-gewerblichen Arbeitsvermittlung die Erwartung einer nicht unerheblichen Erleichterung des Arbeitsmarktausgleiches Voraussetzung sein. Mit § 23 Abs 3 dAFG aF sollte der BA die Möglichkeit eingeräumt werden, Erlaubnisse für GPAV (möglichst nach vorheriger Anhörung der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände) an einzelne Berufs- oder Personengruppen zu erteilen, wenn sie dies für

¹⁴⁷ 1. dSKWPG, dBGBI 1993 I, S 2353

erforderlich hielt. Lediglich bei der Vermittlung von Führungskräften iSd § 5 Abs 3 dBetrVG¹⁴⁹ sollte ein Bewerber einen Anspruch auf Erlaubniserteilung nach § 23 Abs 1 Satz 2 dAFG aF haben. Damit hätte der Gesetzgeber erstmals das Vermittlungsmonopol der BA für Führungskräfte durchbrochen und die jahrelange Rechtsunsicherheit beendet.¹⁵⁰ § 23 Abs 4 dAFG sollte festlegen, dass grenzüberschreitende Arbeitsvermittlung einer besonderen Erlaubnis der BA bedürfe. Die jeweilige Erlaubnis zur Arbeitsvermittlung sollte gemäß § 23 Abs 6 dAFG aF auf drei Jahre befristet und danach unbefristet verlängerbar sein. Als Voraussetzung für eine Erlaubniserteilung sollte § 23 Abs 5 dAFG aF geordnete Vermögensverhältnisse sowie angemessene Geschäftsräume definieren.

Die mit dem immer wieder in der Diskussion auftauchenden Begriff "Modellversuch" verbundene Vorschrift sollte § 23 Abs 7 dAFG aF sein. Diese sollte vorsehen, dass im Zeitraum vom 01.04.1994 bis 31.03.1996 in zwei bis drei Regionen Deutschlands die Möglichkeit einer befristeten und räumlich auf die jeweilige Region begrenzten Erlaubnis¹⁵¹ zur GPAV erteilt wird. Über die Ergebnisse dieses Modellversuchs hätte die Bundesregierung dem Bundestag bis Ende 1995 Bericht erstatten sollen. Im selben Absatz sollten die Rahmenbedingungen zum Schutz von Arbeitnehmer- und Arbeitgeber-Daten festgeschrieben werden. Zudem sollte explizit verboten werden, dass in denselben Geschäftsräumen Arbeitsvermittlung und Arbeitnehmerüberlassung betrieben wird. Dieses Verbot, welches im dBeschFG 1994 nicht mehr enthalten ist, sollte verhindern, dass

¹⁴⁸ Zur Abgrenzung zwischen Arbeitsvermittlung mit Erlaubnis und im Auftrag der BA vgl Kap 2.1.

¹⁴⁹ dBetriebsverfassungsgesetz in der Fassung vom 25.09.2001, dBGBI 2001 I, S 2518 ff

¹⁵⁰ Siehe oben

¹⁵¹ Die aber nicht auf einzelne Berufsgruppen beschränkt war.

Arbeitnehmerüberlassungs-Unternehmen ihre Marktstellung ausnutzen und von Beginn an den Bereich der GPAV dominieren. Außerdem sah man Gefahren durch ein mögliches "Hin- und Herschieben" von Arbeitsuchenden zwischen den Bereichen Arbeitnehmerüberlassung und Arbeitsvermittlung innerhalb eines Unternehmens.

Mit der Erlaubniserteilung für GPAV sollte nach § 23 b dAFG aF eine Pflicht zur Meldung statistischer Daten an die BA entstehen. Die Zulassung sollte entzogen werden, wenn binnen zwei Jahren keine Vermittlungstätigkeit nachgewiesen werden konnte, oder der Vermittler schwerwiegend gegen gesetzliche Bestimmungen verstoßen hat. Vergütungen für seine Tätigkeit sollte der GPAVer nach § 24 Abs 1 dAFG aF nur vom Arbeitgeber verlangen dürfen. Gemäß § 24 a dAFG aF sollten Provisionsvereinbarungen mit dem Arbeitnehmer¹⁵² ebenso unwirksam sein wie Vereinbarungen von GPAVeren ohne Erlaubnis oder Ausschließlichkeitsvereinbarungen zugunsten eines Vermittlers. Ebenso sollten alle Vereinbarungen mit dem Arbeitgeber bezüglich eines Vermittlungsverhältnisses, bei welchem zugleich eine unzulässige Provisionsvereinbarung mit dem Arbeitnehmer getroffen wurde, unwirksam sein.

§ 24 b dAFG aF sollte der BA ein weitreichendes Auskunftsrecht bezüglich der Tätigkeit des GPAVers und seiner Geschäftsunterlagen einräumen.

Eine zusätzliche Neuerung war in § 29 Abs 4 dAFG aF vorgesehen, in welchem das Vermittlungsmonopol der BA für Ausbildungsstellen insofern durchbrochen wurde, als auch unentgeltliche private Ausbildungsstellenvermittlung zulässig sein sollte, wenn hiervon im Einzelfall ein positiver Ausgleich auf dem Ausbildungsmarkt zu erwarten wäre.

¹⁵² Außer in den gesetzlich zulässigen Fällen (zB Fotomodelle, Künstler etc)

Desweiteren sollten auch die Straf- und Bußgeldvorschriften der §§ 225 ff dAFG aF durch Art 1 Nr 58 ff 1. dSKWPG der neuen Gesetzeslage angepasst werden.

Zu einer Durchführung des Modellversuchs kam es letztlich nicht, da der Gesetzgeber mit dem dBeschFG 1994 sowie dem Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und anderer Gesetze im Jahre 1994 GPAV bundesweit zugelassen hat.¹⁵³ Allerdings sind ein großer Teil der Vorschriften des 1.dSKWPG übernommen worden und bilden so eine wesentliche Grundlage zur Regelung der Arbeitsvermittlung in Deutschland.

2.3.3.i. Änderungen des dAFG aF durch das dBeschFG 1994

Im Jahr 1994 hat sich der Gesetzgeber aufgrund der verschiedenen bereits diskutierten Argumente¹⁵⁴ entschlossen, gewerbliche private Arbeitsvermittlung in Ergänzung zur Tätigkeit der BA zuzulassen und damit das Vermittlungsmonopol der BA weitestgehend zu durchbrechen. Gesetzliche Grundlagen sind dabei das dBeschFG 1994 sowie die Änderungen des Gesetzes zur Bekämpfung von Schwarzarbeit.¹⁵⁵ Zudem wurde die dVerordnung über die Arbeitsvermittlung durch private Arbeitsvermittler (dAVermV) geändert¹⁵⁶ und eine dVerordnung über die Meldung statistischer Daten der privaten Arbeitsvermittler (dPrAVV)¹⁵⁷ erlassen.

Die wesentlichen Änderungen des dAFG aF zur Zulassung GPAV wurden durch das dBeschFG 1994 eingeführt.

¹⁵³ Siehe unten

¹⁵⁴ Vgl auch Kap 2.3.1.

¹⁵⁵ Beide wurden in das dAFG aufgenommen, abgedruckt in dBGBI 1994 I, S 1786 und 1792

¹⁵⁶ dArbeitsvermittlungsverordnung, dBGBI 1994 I, S 563

¹⁵⁷ dPrivate-Arbeitsvermittlung-Statistik-Verordnung, dBGBI 1994 I, S 1949

Das in § 4 dAFG aF normierte Vermittlungsmonopol der BA wurde nun im neu gefassten § 4 dAFG auf Berufsberatung und die Vermittlung in berufliche Ausbildungsstellen beschränkt. Ausgenommen wurde damit der Bereich der Arbeitsvermittlung, welcher in der alten Fassung der wesentliche Bestandteil zur gesetzlichen Festlegung des Vermittlungsmonopols der BA bildete.

Die Begriffsdefinition der Arbeitsvermittlung des § 13 dAFG aF wurde in § 13 Abs 3 Nr 2 und 3 dAFG geändert. § 13 Abs 3 Nr 2 dAFG erweiterte die auch bisher schon nicht unter den Begriff der Arbeitsvermittlung subsumierte gelegentliche und unentgeltliche Empfehlung von Arbeitskräften um eine solche auch aus EU- bzw EWR-Mitgliedsstaaten. Die neue Formulierung des § 13 Abs 3 Nr 2 dAFG war dabei etwas unglücklich, da nach dem Wortlaut der Eindruck entstehen konnte, nur die gelegentliche und unentgeltliche Empfehlung aus EU- bzw EWR-Staaten stellten keine Arbeitsvermittlung dar, nicht aber die Empfehlung im Inland. Eine solche Interpretation würde aber dem Sinn der Änderung zuwider laufen, da mit ihr dem europarechtlichen Gleichbehandlungsgebot¹⁵⁸ Rechnung getragen, nicht aber die bisherige Regelung für das Inland abgeändert werden sollte. Es handelte sich bei § 13 Abs 3 Nr 2 dAFG also um eine echte Erweiterung.

Als eher unglücklich formuliert musste man auch den neuen § 13 Abs 3 Nr 3 dAFG bezeichnen. Dieser wollte eine „im allgemeinen Interesse und Auftrag eines Arbeitgebers erfolgende Unterstützung bei der Selbstsuche nach Arbeitskräften“ nicht unter den Begriff der Arbeitsvermittlung fallen lassen.

Eine solche „Unterstützung des Arbeitgebers zur Selbstsuche“ war dabei ein unbestimmter Rechtsbegriff, der einer Ausfüllung bedarf. Die von *Niesel* für den Begriff „Unterstützung zur

Selbstsuche“ vorgeschlagene Formulierung, dass der Arbeitgeber weiterhin „Herr des Besetzungsverfahrens“ bleiben mußte¹⁵⁹, kann nicht voll befriedigen, da diese Formulierung mE weiterhin ungenau war. Eher führte da der Vorschlag von *Lohre/Mayer/Stevens-Bartol* zu brauchbaren Ergebnissen, der unter den Begriff "Unterstützung" nur eine Beratung fassen wollte, wobei der Arbeitgeber „Herr des Beratungsverfahrens“ war.¹⁶⁰ Dies musste aber voraussetzen, dass die Kontaktaufnahme zwischen Arbeitgeber und Arbeitsuchendem bereits vor Einschaltung des Dritten erfolgte und der Dritte erst dann (auch entgeltlich) am Einstellungsverfahren beteiligt wurde (zB psychologische Tests von Personalberatern, Assessment-Center ua).

Wurde schon der Kontakt zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitsuchendem durch den Dritten hergestellt, so berührte dies gerade den Kernbereich einer Vermittlungstätigkeit und war höchstens über § 13 Abs 3 Nr 2 dAFG ausgeschlossen. Die endgültige Einstellungsentscheidung nach dem Beratungsprozess musste wieder beim Arbeitgeber liegen. Eine genaue Abgrenzung von Unterstützung zur Selbstsuche und Arbeitsvermittlung konnte nur auf Grundlage des Einzelfalls erfolgen.¹⁶¹

Eine wichtige Vorschrift für die Zulassung GPAV war § 23 dAFG, der die Erlaubniserteilung zur Arbeitsvermittlung regelte. Unverändert ist dabei § 23 dAbs 1 AFG geblieben, der die Zuständigkeit der Erlaubniserteilung durch die Bundesanstalt für Arbeit regelte. Die Beibehaltung dieses Absatzes ist in den Medien vielfach kritisiert worden¹⁶², da man einen Interessenkonflikt auf Seiten der BA befürchtete, wenn sie für

¹⁵⁸ Aus Art 12 EGV

¹⁵⁹ *Niesel AFG*, § 13 Rz 19

¹⁶⁰ *Lohre/Mayer/Stevens-Bartol*, §13 Nr7

¹⁶¹ Zur Abgrenzung zwischen GPAV und Personalberatung vgl Kap 5.2.

¹⁶² Vorwiegend in Rundfunk und Fernsehcommentaren zur Gesetzesänderung.

die Zulassung und Kontrolle ihrer eigenen „Konkurrenz“ verantwortlich ist. So berechtigt diese Kritik auf den ersten Blick auch gewesen sein mochte, dürften diese Bedenken wohl unbegründet sein. Die Bundesanstalt für Arbeit war organisatorisch sehr wohl in der Lage, Erlaubniserteilung und Aufsicht behördenintern unabhängig von der öffentlichen Arbeitsvermittlung durchzuführen. Zudem unterlag die BA der vollen gerichtlichen Kontrolle durch die Verwaltungsgerichte, so dass eine Missbrauchsgefahr als gering einzuschätzen war.¹⁶³

Der neue § 23 Abs 2 dAFG hatte nur insoweit eine Neuerung erfahren, als für die Vermittlung von und in Nicht-EU- bzw EWR-Staaten § 18 Abs1 S 3 dAFG entsprechend anzuwenden war, dh eine Erlaubnis hierfür durch die BA nur unter Abwägung der schutzwürdigen Interessen deutscher Arbeitnehmer und der einheimischen Wirtschaft sowie unter Berücksichtigung der Arbeitsmarktlage zu erteilen war.

Wesentlich waren dagegen die Neuerungen des § 23 Abs 3 dAFG. Im Satz 1 des § 23 Abs 3 dAFG wurden die Voraussetzungen beschrieben, die eine Bewerbung, sofern es sich um eine natürliche Person handelt, erfüllen musste, um eine Erlaubnis für GPAV durch die BA zu erlangen. Es handelte sich bei § 23 Abs 3 Satz 1 dAFG um eine die BA bindende Vorschrift, dh der BA stand kein Ermessensspielraum zu. Erfüllte ein Bewerber die Voraussetzungen, so war die Erlaubnis zu erteilen. Der Antragsteller hatte also ein Recht auf Erlaubniserteilung.¹⁶⁴ Im Einzelnen muss der Bewerber nachweisen, dass er die erforderliche Eignung und Zuverlässigkeit für eine Tätigkeit als GPAV besitzt. Wie dies

¹⁶³ Zwischenzeitlich war die Zuständigkeit für die Erlaubniserteilung gemäß § 294 Abs 1 Satz 1 dSGB III von der Bundesanstalt für Arbeit an die Landesarbeitsämter übergegangen, was an obiger Diskussion allerdings nichts änderte, welche aber mit dem späteren Wegfall der Erlaubnispflicht hinfällig wurde.

¹⁶⁴ dBT-Dr 12/5502, S 26 / so auch *Niesel AFG*, § 23 Rz 2

nachzuweisen ist, regelte die dAVermV.¹⁶⁵ Desweiteren muss ein Bewerber in geordneten Vermögensverhältnissen leben und über angemessene Geschäftsräume verfügen.¹⁶⁶

Die persönlichen Voraussetzungen eines Bewerbers (erforderliche Eignung und Zuverlässigkeit) mussten bei Personengesellschaften oder juristischen Personen gemäß § 13 Abs 3 Satz 2 dAFG hinsichtlich jener Personen vorliegen, die innerhalb der Gesellschaft für die Vermittlungstätigkeit bestellt werden sollen. Die nach § 23 dAFG von der BA erteilte Erlaubnis zur Arbeitsvermittlung gibt dem Vermittler das Recht zur eigenen Vermittlungstätigkeit. Er handelt nicht für die BA in Übertragung einer hoheitlichen Aufgabe, auch wenn die BA diese hoheitliche Aufgabe wahrnimmt und zugleich auch die Erlaubnis erteilt. Es handelt sich hier um zwei getrennte Aufgabenbereiche der BA.¹⁶⁷

§ 23 c dAFG wurde durch das dBeschFG 1994 neu ins dAFG eingeführt. Es handelte sich dabei um eine datenschutzrechtliche Vorschrift zur Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Daten, insbesondere zum Umgang mit personenbezogenen Daten oder Geschäfts- bzw Betriebsgeheimnissen.

Gemäß § 230 dAFG stellten Zuwiderhandlungen gegen die datenschutzrechtlichen Vorschriften des § 23 Abs 1 und 2 dAFG, auch in Verbindung mit § 29 Abs 4 Satz 4 dAFG, sowie Verstöße gegen die Auskunftspflichten des § 24 b Abs 1 dAFG, ebenfalls auch iVm § 29 Abs 4 Satz 4 AFG Ordnungswidrigkeiten dar.

2.3.3.j. Änderungen des dAFG durch Änderungen des dGesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit

¹⁶⁵ Näheres dazu siehe unten

¹⁶⁶ Im Einzelnen dazu siehe unten

Neben den Regelungen des dBeschFG 1994 wurden für die Zulassung GPAV auch Vorschriften mittels Änderungen des dSchwArbG ins dAFG aufgenommen.

§ 23 b dAFG schrieb vor, daß vom Empfänger einer Vermittlungserlaubnis statistische Daten über Bewerber, offene Stellen und Vermittlungen an die BA zu geben sind. Art und Umfang der Meldungen wurden gemäß § 23 b Satz 3 dAFG durch das deutsche Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMfAuS) festgelegt.¹⁶⁸

Als Ordnungswidrigkeit mit einer Geldstrafe von bis zu 1000.-DM bedrohte § 230 a dAFG die unterlassene, nicht richtige, nicht vollständige und nicht rechtzeitige Meldung statistischer Daten nach § 23 b Satz 1 dAFG, auch iVm § 29 Abs 4 Satz 4 dAFG, oder nach § 23 b Satz 3 dAFG, wenn eine sich auf § 233 Satz 3 dAFG stützende Rechtsverordnung auf § 230 a dAFG verweist. Es musste dabei ein Verschulden iSv Vorsatz oder Fahrlässigkeit auf Seiten des Vermittlers vorliegen.

2.3.3.k. Änderungen und Abschaffung der dAVermV sowie Einführung der dVermittler-VergütungsVO

Neben den Änderungen im dAFG hatte mit der Zulassung der GPAV auch die inzwischen abgeschaffte dAVermV Änderungen erfahren.

Ein Antrag auf Erlaubniserteilung musste nun nach § 2 dAVermV Angaben über die Eignung des Vermittlers enthalten. Dazu mussten gemäß § 2 Abs 1 Nr 3 und Abs 2 Nr 5 dAVermV Angaben über eine berufliche Ausbildung, ein Hochschulstudium sowie über die bisherige berufliche Tätigkeit des Vermittlers gemacht werden.

¹⁶⁷ Vgl auch *Niesel AFG*, § 23 Rz 2

¹⁶⁸ Siehe hierzu unten

Im neu eingefügten § 3 dAVermV wurde nun konkretisiert, welche Eignung für eine fachlich zuverlässige Tätigkeit des Vermittlers vorausgesetzt wurde. Der Antragsteller bzw. derjenige, der innerhalb eines Antrag stellenden Unternehmens die Vermittlungstätigkeit verantwortlich durchführen sollte, musste nach § 3 Abs 1 dAVermV entweder mindestens drei Jahre in den Bereichen Personalwesen, Arbeitsvermittlung, Arbeitnehmerüberlassung oder Personalberatung tätig gewesen sein oder mindestens drei Jahre berufstätig gewesen sein und eine anerkannte Berufsausbildung, ein Hochschulstudium oder eine sonstige Ausbildung abgeschlossen haben. Eine begrenzte Erlaubnis nur für eine bestimmte Berufsgruppe war nach § 3 Abs 2 dAVermV zu erteilen, wenn ein Bewerber zwar die Voraussetzungen des § 3 Abs 1 dAVermV nicht erfüllte, er aber in diesem bestimmten Beruf eine Befähigung sowie dreijährige Tätigkeit vorweisen könnte. In jedem Fall (§ 3 Abs 1 und 2 dAVermV) durfte die Berufsausübung gemäß § 3 Abs 3 dAVermV nicht länger als zehn Jahre zurückliegen.

In § 4 Satz 2 dAVermV wurde klargestellt, dass auch jeder GPAV aus einem anderen EU- oder EWR- Staat, der in Deutschland eine Zweigniederlassung eröffnen wollte, die Eignung seiner für die Vermittlung verantwortlichen Mitarbeiter entsprechend § 3 dAVermV nachzuweisen hatte.

§ 5 dAVermV regelte, dass Arbeitsvermittlung aus oder in Nicht-EU- bzw. Nicht-EWR-Staaten nur in den sehr beschränkten Berufs- oder Personengruppen der Nummern 1-5 (zB Künstler, Sportler, Au-pair-Beschäftigte) betrieben werden durfte.

Neu in § 8 dAVermV aufgenommen wurde Abs 3, der vorschrieb, dass eine Verlegung oder Schließung des Geschäftssitzes oder einer Zweigniederlassung (ebenso wie deren Eröffnung) vorher der BA anzuzeigen ist.

§ 9 dAVermV legte fest, dass die §§ 11-13 dAVermV über Vermittlungsgebühren, die vom Arbeitnehmer zu entrichten

waren, nur in den wenigen Berufs- und Personengruppen des § 10 dAVermV anwendbar waren. Ansonsten blieb es bei dem Grundsatz des § 9 Abs 1 dAVermV, dass Vermittlungsgebühren unberührt von den §§ 11-13 dAVermV nur vom Arbeitgeber verlangt und entgegengenommen werden durften.

Die folgenden Änderungen der §§ 11 und 12 dAVermV bezogen sich wie gesagt nur auf Gebühren, die auf Grundlage des § 10 dAVermV vom Arbeitnehmer verlangt und entgegengenommen werden konnten.

Eine solche Gebührenvereinbarung muss gemäß § 11 Abs 1 dAVermV schriftlich erfolgen. Die Gebühr durfte gemäß § 11 Abs 2 dAVermV nur bei Zustandekommen eines Arbeitsvertrages und bei Erteilung einer Arbeitserlaubnis für Vermittlungen ins Ausland genommen werden, wobei Vorschüsse verboten waren. Die Höhe der Gebühr durfte nach § 12 Abs 1 dAVermV 12% des vereinbarten Arbeitsentgelts, höchstens aber 12% eines Jahresarbeitsentgelts betragen. Bei Arbeitsverhältnissen von bis zu sieben Tagen waren nach § 12 Abs 2 dAVermV 15% Gebühr gestattet, um so aufgrund des kurzen Zeitraums dem GPAV eine etwas höhere Gebühr für seine Leistungen zuzugestehen. Wird sowohl vom Arbeitgeber als auch vom Arbeitnehmer eine Gebühr verlangt, so galten gemäß § 12 Abs 4 Satz 1 dAVermV die Werte der Abs 1 und 2 als Obergrenze der Gesamtgebühr (Summe aus Arbeitnehmer- und Arbeitgeber-Gebühr). Bei Au-pair-Verträgen durfte nach § 12 Abs 3 dAVermV eine Gebühr von 300.- DM nicht überschritten werden.

Verstöße gegen §§ 11 und 12 dAVermV wurden nach § 14 dAVermV als Ordnungswidrigkeiten iSd § 228 Abs 1 Nr 6 dAFG behandelt, wenn sie vorsätzlich oder fahrlässig erfolgt waren.

Mit Aufhebung der Erlaubnispflicht im dGesetz vom 23.03.2002¹⁶⁹ wurde auch die dAVermV aufgehoben. Zur Regelung der Vergütung für die Vermittler von Künstlern ist an ihre Stelle die dVermittler-VergütungsVO vom 27.06.2002¹⁷⁰ getreten.

2.3.3.1. Erlaß der dPrAVV

Anlässlich der Zulassung GPAV ist vom dBMfAuS auf Grundlage des § 23 b dAFG eine Verordnung über die Meldung statistischer Daten der privaten Arbeitsvermittlung¹⁷¹ (dPrAVV) am 01.08.1994 erlassen worden.

Die §§ 1-3 dPrAVV verpflichtete jeden Erlaubnisinhaber, halbjährlich (jeweils zwei Monate nach Halbjahresende), statistische Daten anhand eines Vordrucks der BA zu melden. Der Inhalt der zu meldenden Daten richtete sich nach § 4 Abs1 Nr 1-9 dPrAVV. Hierin wurde nach

- Branchenzugehörigkeit
- Größe des Betriebes, Arbeitnehmer den ein Arbeitnehmer vermittelt worden ist
- Berufsgruppe
- Stellung im Betrieb
- Geschlecht, Alter und Nationalität des Arbeitnehmers
- Befristung des Arbeitsverhältnisses oder Teilzeitarbeitsverhältnis

sowie danach, ob es sich beim Arbeitnehmer um

- einen Arbeitslosen bzw einen Langzeitarbeitslosen (Unterbrechung der Erwerbstätigkeit um länger als ein Jahr)
- einen Schwerbehinderten oder
- einen Berufsanfänger

¹⁶⁹ Siehe unten

¹⁷⁰ dVermittler-VergütungsVO, dBGBI 2002 I, S 2439

¹⁷¹ Siehe oben

handelt, gefragt.

Die Daten sollten gewährleisten, dass trotz Zulassung der GPAV der Überblick über die Situation und Entwicklung am Arbeitsmarkt bei der BA erhalten bleibt. Damit wurde einem Hauptkritikpunkt der Zulassungsgegner¹⁷² Rechnung getragen.

Bei vorsätzlicher oder leichtfertiger Nichtmeldung, Falschmeldung, unvollständiger oder nicht rechtzeitiger Meldung der Daten stellte dies nach § 5 dPrAVV eine Ordnungswidrigkeit iSd § 230 a Abs 1, 2. Alt dAFG dar. Allerdings wollte § 5 dPrAVV nur zumindest leichtfertiges Handeln bzw. Unterlassen des Vermittlers als Ordnungswidrigkeit behandelt wissen, während § 230 a dAFG von Fahrlässigkeit sprach.¹⁷³

Da das dBMfAuS mit der dPrAVV seine Verordnungskompetenz aus § 23 b Satz 3 dAFG voll ausgeschöpft hatte, fand eine Ahndung als Ordnungswidrigkeit somit nur in Fällen der Leichtfertigkeit nach § 5 dPrAVV iVm § 230 a Abs 1, 2. Alt dAFG statt. Für eine weitergehende Ahndung wegen Fahrlässigkeit nach § 230 a dAFG blieb somit kein Raum mehr.

Im dSGB III aF¹⁷⁴ bildete § 299 iVm § 301 Abs 1 Satz 2 Nr 4 die Grundlage, auf welche die dPrAVV statistische Daten vom GPAV abfragte. Im Laufe der Änderung der Vorschriften zur Arbeitsvermittlung im dSGB III¹⁷⁵ sind auch § 299 sowie § 301 Abs 1 Satz 2 Nr 4 dSGB III aF weggefallen, so dass für eine Anwendung der dPrAVV keine gesetzliche Grundlage mehr

¹⁷² Vgl auch Kap 2.3.1.

¹⁷³ Zur Abgrenzung zwischen Fahrlässigkeit und Leichtfertigkeit existiert keine spezielle Begriffsdefinition im Bereich der Arbeitsförderung, so dass sich die Grundsätze aus dem Strafrecht heranziehen lassen, wonach Leichtfertigkeit "ein erhöhter Grad der Fahrlässigkeit" ist, "objektiv der groben Fahrlässigkeit des bürgerlichen Rechts entspricht" und "subjektiv die persönlichen Fähigkeiten und Kenntnisse des Täters zugrunde legt", *Lackner*²¹, Strafgesetzbuch (1995), § 15 Rz 55

¹⁷⁴ Siehe unten

¹⁷⁵ Siehe unten

Bestand. Entsprechend wurde die dPrAVV auch mit Gesetz vom 23.02.2003 aufgehoben.

2.3.3.m. Übertragung der Arbeitsvermittlung vom dAFG in das dSGB III

Die Vorschriften zur Arbeitsvermittlung wurden mit dem dArbeitsförderungs-Reform-Gesetz vom 24. März 1997¹⁷⁶ aus dem dAFG in das deutsche Sozialgesetzbuch III (dSGB III) eingefügt. Dabei wurden die bisherigen dAFG-Vorschriften nur geringfügig geändert, wobei auch diese Änderungen im wesentlichen redaktionellen Charakter hatten. Im nachfolgenden werden daher nur die Änderungen beschrieben, welche über ihren redaktionellen Charakter hinaus auch rechtliche Auswirkungen hatten.

In § 35 Abs 1 dSGB III wurde der Begriff der Arbeitsvermittlung definiert. Von der bisherigen Regelung des § 13 Abs 1 dAFG wich § 35 Abs 1 dSGB III dahingehend ab, dass die Vermittlung von Heimarbeitsverhältnissen an Auftraggeber oder Zwischenmeister in der neuen Regelung nicht mehr ausdrücklich erwähnt wird, da Heimarbeiter gemäß § 13 dSGB III auch Arbeitnehmer im Sinne des dSGB III sind und es daher keiner Differenzierung mehr bedurfte.

§ 13 Abs 2 dAFG enthielt drei Fallgruppen, welche laut gesetzlicher Definition keine Arbeitsvermittlung darstellten. Diese drei Fallgruppen waren auch in der Regelung des § 291 Abs 2 dSGB III enthalten, nur dass sie nun im Gesetz als nicht-erlaubnispflichtig beschrieben werden. Eine entfallende Erlaubnispflicht bedeutete im Rückschluss aber, dass mit der Gesetzesänderung diese drei Fallgruppen nun auch eine (wenn auch erlaubnisfreie) Arbeitsvermittlung darstellten.

¹⁷⁶ dArbeitsförderungs-Reform-Gesetz, dBGBI 1997 I S 594

Eine wesentliche Änderung war im Erlaubnisverfahren zur Erteilung einer Erlaubnis zur GPAV eingefügt worden. Während bislang nach § 23 Abs 1 dAFG die Bundesanstalt für Arbeit die zuständige Behörde für die Erlaubniserteilung gewesen war, war dies nun nach § 294 Abs 1 dSGB III das jeweilige Landesarbeitsamt. Auch bei den Fristen hatten sich Änderungen ergeben. Die erste Erlaubnis zur GPAV blieb auch weiterhin auf drei Jahre befristet. Während nach bisheriger Regelung des § 23 dAFG eine Fristverlängerung bis spätestens drei Monate vor Fristablauf beantragt werden musste, galt diese Beschränkung nicht mehr. Der neue § 294 Abs 1 Satz 4 dSGB III schrieb nur vor, dass eine Verlängerung frühestens 6 Monate vor Fristablauf beantragt werden konnte. Die Verlängerung der Erlaubnis geschah dann nach § 294 Abs 1 Satz 3 dSGB III unbefristet. Die alte Vorschrift des § 23 Abs 4 Satz 2 dAFG wonach sich die Frist um ein Jahr verlängerte, wenn die BA eine beantragte Verlängerung nicht vor Ablauf eines Jahres ablehnte, wurde aufgehoben. In § 294 Abs 2 Satz 3 dSGB III wurde die Regelung aufgenommen, dass die Erlaubnisbehörde auf eine Gebühr für die Erlaubniserteilung verzichten konnte, wenn die Arbeitsvermittlung unentgeltlich erfolgen sollte.

§ 296 dSGB III regelte die Vergütung des Vermittlers für GPAV. Die Vorschrift stimmte inhaltlich im Wesentlichen mit der alten Regelung des § 24 Abs 1 dAFG überein. Neu war lediglich § 296 Satz 3 dSGB III, der klarstellte, dass auch alle Leistungen, die zur Vorbereitung und Durchführung der Vermittlung erforderlich waren, insbesondere die Feststellung der Kenntnisse des Ausbildungssuchenden und Arbeitsuchenden, sowie die mit der Vermittlung verbundene Berufsberatung, Leistungen zur Vermittlung iSd § 296 Satz 1 dSGB III darstellten.

Während die Regelungen des § 297 Nr 1 und 2 dSGB III in Konsequenz aus den vorherigen Regelungen Vereinbarungen

unwirksam machten, die gegen die Erlaubnis- und Vergütungsregelungen verstießen, gingen § 297 Nr 3 und 4 dSGB III einen Schritt weiter und griffen zudem auch unmittelbar in das Vertragsverhältnis zwischen GPAV und Arbeitgeber ein. § 297 Nr 3 dSGB III machte auch Vereinbarungen mit dem Arbeitgeber unwirksam, wenn zugleich eine unzulässige Vereinbarung des GPAV mit dem Arbeitnehmer vorlag. Zudem verbot § 297 Nr 4 dSGB III Exklusivvereinbarungen sowohl mit dem Arbeitgeber wie mit dem Arbeitsuchenden.

Alle übrigen Änderungen hatten – wie bereits erwähnt – im Wesentlichen redaktionellen Charakter.

2.3.3.n. Abschaffung der Erlaubnispflicht und einseitigen Vergütung durch Gesetz vom 23.03.2002

Während mit dem Job-AQTIV Gesetz vom 10.12.2001¹⁷⁷ über § 291 Abs 1 Nr 6 dSGB III nur ein neuer erlaubnisfreier Tatbestand der Vermittlung in Förderung- bzw Weiterbildungsmaßnahmen in die Regelungen zur GPAV eingefügt wurden, kamen umwälzende Änderungen mit dem Gesetz vom 23.03.2002¹⁷⁸ ins dSGB III. Ein Kern der neuen Regelung war zunächst die Aufhebung der Erlaubnispflicht für GPAV durch gänzliche Abschaffung des § 291 dSGB III. Damit ist GPAV nun ein „normales“ Gewerbe, welches nicht mehr unter besonderen Auflagen zur Gewerbeaufnahme und unter der Aufsicht der Landesarbeitsämter steht. Vielmehr kann jetzt jeder ohne besondere Qualifikation ein entsprechendes Gewerbe anmelden. Eine Untersagung kann dabei nur noch nach den Regelungen des § 35 dGewO wegen

¹⁷⁷ dJob-AQTIV-Gesetz, dBGBI 2002 I, S 31

¹⁷⁸ dGesetz zur Vereinfachung der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat, siehe Kap 1. (die Bezeichnung des Gesetzes erschließt nicht sofort die Inhalte in Bezug auf GPAV)

Unzuverlässigkeit durch die Gewerbeaufsicht erfolgen. Unzuverlässigkeit ist dabei nach hM dann gegeben, wenn der Gewerbetreibende keine Gewähr dafür bietet, dass er sein Gewerbe zuverlässig ausüben kann¹⁷⁹, wobei solche Untersagungen restriktiv gehandhabt werden.¹⁸⁰ Die Arbeitsämter bzw Landesarbeitsämter können gegen einen aus ihrer Sicht unzuverlässigen Arbeitsvermittler nicht mehr selbst vorgehen, sondern können sein Verhalten nur der Gewerbeaufsicht melden, die darauf nach eigenem Befinden tätig werden kann. Mit dem Wegfall des § 291 dSGB III aF sind in Folge auch die Vorschriften der §§ 293 bis 295 dSGB III aF weggefallen, welche die Ausgestaltung bzw Aufhebung der Erlaubniserteilung regelten.

Neben dem Wegfall der Erlaubnispflicht für Vermittlungen im Inland, ist auch die besondere Erlaubnispflicht des § 292 dSGB III aF für Auslandsvermittlungen weggefallen. Im neu gestalteten § 292 dSGB III ist nun grundsätzlich auch die Vermittlung vom Ausland nach Deutschland und von Deutschland ins Ausland durch einen GPASer möglich, das Bundesministerium für Arbeit und Soziales kann diese aber durch den Erlass von Verordnungen beschränken und die Vermittlung für bestimmte Berufsgruppen bzw Tätigkeiten auf die Bundesagentur für Arbeit beschränken. Hiervon hat das Bundesministerium Gebrauch gemacht und mit § 42 dBeschVO¹⁸¹ vom 22.11.2004 die Vermittlung von Saisonarbeitern, Haushalthilfen, häuslichen Pflegehilfen ua ausschließlich der Bundesagentur für Arbeit übertragen.

Eine weitere ganz wesentliche Änderung ist die Zulässigkeit von Vereinbarungen über Vermittlungsvergütungen mit dem Arbeitsuchenden. Während § 296 dSGB III aF noch regelte,

¹⁷⁹ So zB dBVerwG, dBVerwGE 65, S 1 ff; *Robinski*¹, Gewerberecht (1983), S 50

¹⁸⁰ Vgl hierzu auch Ausführungen bei *Niesel*⁴, SGB III (2007), § 296 Rz 2 ff

¹⁸¹ dBeschäftigungsverordnung, dBGBI 2004 I, S 2937

dass eine Vermittlungsvergütung¹⁸² nur vom Arbeitgeber verlangt werden dürfe, sieht § 296 Abs 1 dSGB III jetzt ausdrücklich auch entgeltliche Vereinbarungen zwischen dem GPAV und dem Arbeitsuchenden vor. Ein solcher Vertrag hat gemäß § 296 Abs dSGB III schriftlich zu erfolgen, die Leistungen des GPAV und dessen Vergütung zu regeln und ist in Textform zu übergeben. § 296 Abs 2 dSGB III stellt klar, dass Vergütungen des GPAVer ausschließlich erfolgsabhängig sind, wobei als Erfolg das zustande kommen eines Arbeitsvertrags durch die Vermittlungstätigkeit definiert wird. Dabei sind Vorschüsse unzulässig. Die Vergütungshöhe ist in § 296 Abs 3 dSGB III¹⁸³ nach oben beschränkt auf die Höhe eines Vermittlungsgutscheins nach § 421g Abs 2 dSGB III¹⁸⁴, so dass ein Arbeitsloser den GPAVer mittels seines Vermittlungsgutscheins bezahlen kann, wobei der GPAVer gemäß § 296 Abs 4 dSGB III an die Auszahlungsmodalitäten des Vermittlungsgutscheins auch hinsichtlich der Auszahlung seines Honorars gebunden ist. Die Koppelung der Vergütungshöhe an die Vermittlungsgutscheine der Bundesagentur für Arbeit bedeutet aber nicht, dass die Vorschrift des § 296 Abs 3 dSGB III nur auf Fälle anwendbar ist, in denen ein Arbeitsloser über einen Vermittlungsgutschein verfügt. Vielmehr gilt diese Regelung für jede Vergütungsvereinbarung zwischen einem GPAVer und einem Arbeitsuchenden, gleich ob er über einen Vermittlungsgutschein verfügt oder nicht.¹⁸⁵

§ 297 dSGB III regelt weiterhin die Unwirksamkeit von Vereinbarungen des GPAVer sowohl mit dem Arbeitgeber als

¹⁸² Mit Vorbehalt anderweitiger Regelungen in Verordnungen (zB für Künstler)

¹⁸³ Ausnahmen für bestimmte Berufsgruppen wie Künstler sind wiederum über Rechtsverordnung möglich.

¹⁸⁴ Auf einen solchen Vermittlungsgutschein auf Bezahlung eines GPAVer hat ein Arbeitsloser unter den Voraussetzungen des § 421g Abs 1 dSGB III Anspruch. Die Höhe beträgt Stand 01.07.2007 2.000,00 €.

¹⁸⁵ So auch *Niesel*, § 296 Rz 12

auch mit dem Arbeitsuchenden. Dabei wurden die bisherigen Regelungen um die Änderungen im Vertragsverhältnis zwischen GPAVer und Arbeitsuchenden nach § 296 dSGB III angepasst und ansonsten weitgehend belassen.

Die Regelungen über die Behandlung von Daten nach § 298 dSGB III sind weitgehend unverändert geblieben, mit dem Zusatz, dass der Arbeitsuchende gemäß § 298 Abs 2 Satz 4 dSGB III dem GPAVer schriftlich gestatten kann, persönliche Daten auch nach Ablauf der Aufbewahrungspflicht weiter aufzubewahren, statt diese zu löschen.

Mit der Erlaubnispflicht sind auch die Melde- und Auskunftspflichten nach §§ 299 f dSGB III aF des GPAVer an die Bundesagentur für Arbeit entfallen.

Mit den neuen gesetzlichen Regelungen ist die GPAV in Deutschland wieder uneingeschränkt zulässig und wie jedes andere Gewerbe entsprechend den Regelungen der dGewO zu behandeln. Damit ist nach über 200 Jahren rechtlich nahezu die Situation wieder hergestellt, welche mit der dReichsgewerbeordnung von 1869 Ausgangspunkt der historischen Überlegungen war. Sogar Vergütungen zwischen dem GPAVer und dem Arbeitsuchenden sind jetzt wieder zulässig, allerdings nur unter klar geregelten Voraussetzungen und hinsichtlich ihrer Höhe nach oben gedeckelt.

2.4. FAZIT DER HISTORISCHEN ENTWICKLUNG IN ÖSTERREICH UND DEUTSCHLAND

Als Fazit der historischen Betrachtung kann man festhalten, dass die Entwicklung GPAV in Österreich und Deutschland in den großen Zügen parallel verlaufen ist. Während in beiden Ländern gegen Mitte/Ende des 19. Jahrhunderts GPAVer vergleichsweise frei ihrem Gewerbe nachgehen konnten bzw nur den auch in anderen Berufsständen üblichen Auflagen unterlagen, wurde deren Tätigkeit zu Beginn des 20. Jahrhunderts immer mehr in Frage gestellt. Dies führte anschließend zur Abschaffung des Berufsstandes der GPAVer und Einführung staatlicher Arbeitsvermittlungsmonopole, welche über das deutsche AVAVG nach dem Anschluss Österreichs aber auch noch einige Zeit über den 2. Weltkrieg hinaus eine einheitliche Rechtsgrundlage fanden. Auch in den dem dAVAVG anschließenden Gesetzen des öAMFG 1969 und des dAFG waren die Vermittlungsmonopole der österreichischen Arbeitsmarktverwaltung bzw der deutschen Bundesanstalt für Arbeit weiter zementiert.

Einhergehend mit einer breiten gesellschaftspolitischen Debatte und klaren europarechtlichen Entscheidungen wurde in beiden Ländern Anfang der neunziger Jahre des 20. Jahrhunderts die staatlichen Arbeitsvermittlungsmonopole abgeschafft und der Berufsstand GPAVer wieder eingeführt. Dieser stand zunächst noch unter der Kontrolle der staatlichen Arbeitsverwaltungen und einem Erlaubnisvorbehalt mit vergleichsweise strengen Regelungen zur Zulassung und Berufsausübung. Hier unterschieden sich das österreichische und deutsche Recht zwar nicht hinsichtlich der „großen Linie“, aber sehr wohl in den Details der Ausgestaltung, wie zB der österreichischen Prüfungsverpflichtung für GPAVer.

In den ersten Jahren des 21. Jahrhunderts hat dann GPAV in beiden Ländern eine weitgehende Liberalisierung erfahren, die in Deutschland noch etwas weiter gegangen ist, als in Österreich. In beiden Ländern unterliegt die Kontrolle der Berufsausübung nicht mehr der staatlichen Arbeitsverwaltung (die in der ursprünglichen Form so selbst nicht mehr existiert), sondern der „normalen“ Gewerbeaufsicht. Während in Deutschland für das Gewerbe des GPAVers zwar eine Anmeldung, aber keine Zulassung mehr erforderlich ist, verlangt das österreichische Recht eine Berechtigung nach § 97 öGewerbeordnung 1994. Hinsichtlich der Möglichkeit von Exklusivverträgen eines GPAVers sind diese im deutschen Rechts ausgeschlossen, während im österreichischen Recht eine sachliche Rechtfertigung für die Exklusivität verlangt wird. Der gravierendste Unterschied besteht derzeit noch in den Vergütungsregelungen. Im österreichischen Recht sind Vergütungen des GPAVer durch den Arbeitsuchenden weiterhin ausgeschlossen, während diese nach deutschem Recht erfolgsabhängig zulässig, aber an Auflagen geknüpft in der Höhe gedeckelt sind.

3. RECHTLICHE EINORDNUNG DES GEWERBLICHEN PRIVATEN ARBEITSVERMITTLUNGSVERTRAGES

Im folgenden Kapitel soll eine Zuordnung des GPAVV zwischen dem GPAVer und dem Arbeitgeber zu einer einschlägigen Vertragsart im österreichischen sowie im deutschen Recht erfolgen. Zugleich soll der GPAVV von ähnlichen Vertragsarten abgegrenzt werden.

3.1. DEFINITION DER TATBESTANDSVORAUSSETZUNGEN FÜR DAS VORLIEGEN EINES GEWERBLICHEN PRIVATEN ARBEITSVERMITTLUNGSVERTRAGES

Um eine Definition des GPAVV vorzunehmen und diesen von anderen Vertragsarten abgrenzen zu können, ist es zunächst notwendig, die rechtlichen Merkmale zu definieren, bei deren Vorliegen man von GPAV sprechen kann.

Zur Definition der rechtlichen Merkmale müssen die einzelnen Bestandteile des GPAVV untersucht werden. Ausgegangen wird dabei von der gesetzlichen Definition von Arbeitsvermittlung des § 2 Abs 1 Satz 1 öAMFG bzw des § 35 Abs 1 Satz 2 dSGB III, welche den Begriff der Arbeitsvermittlung sozialrechtlich festlegen. Im folgenden Kapitel wird untersucht, inwieweit die rechtlichen Merkmale der GPAV zivilrechtlich mit der sozialrechtlichen Definition von Arbeitsvermittlung allgemein übereinstimmen bzw inwieweit sich Einschränkungen oder Abweichungen für die zivilrechtliche Definition ergeben.

Solche Einschränkungen bzw Abweichungen einer zivilrechtlichen Definition von der des § 2 Abs 1 Satz 1 öAMFG bzw des § 35 Abs 1 Satz 2 dSGB III können sich aus den unterschiedlichen Zielsetzungen der beiden Definitionen ergeben. Die sozialrechtlichen Definitionen im öAMFG wie auch im dSGB III bzw früheren dAFG sollten ursprünglich (also vor der weitgehenden Liberalisierung von GPAV¹⁸⁶) den Umfang des Vermittlungsmonopols der österreichischen Arbeitsmarktverwaltung bzw der deutschen Bundesanstalt für Arbeit umreißen und festlegen, welche Handlungen sanktionierbare Verstöße gegen das Monopol darstellten. Ziel war es, unberechtigte Vermittlungstätigkeiten zu verhindern. In

dieser Zielsetzung ist auch der Grund zu sehen, weshalb *Niesel*¹⁸⁷ bereits Vorbereitungshandlungen, wie die Entgegennahme von Gesuchen und Angeboten, unter den Begriff der „Arbeitsvermittlung“ fallen ließ.

Im Gegensatz zur sozialrechtlichen Definition dient die zivilrechtliche Definition der Ausgestaltung von vertraglichen begründeten Rechtsverhältnissen im privaten Rechtskreis zwischen einem GPAVer und einem Arbeitgeber bzw einem GPAVer und einem Arbeitnehmer. Dabei ist allerdings anzumerken, dass im Rechtsverhältnis zwischen GPAV und Arbeitnehmer sowie im Rechtsverhältnis GPAVer mit dem Arbeitgeber Sozial- und Zivilrecht eng ineinander greifen, da sowohl das öAMFG wie auch das dSGB III sozialrechtlich regelnd in das zivilrechtliche Vertragsverhältnis eingreifen.

¹⁸⁶ Vgl Kap 2.3.

¹⁸⁷ *Niesel/AFG*, § 13 Rz 4

3.1.1. Begriff der Arbeitsvermittlung

Im ersten Schritt wird untersucht, ob sich bereits beim Begriff der Arbeitsvermittlung (ohne dessen Beschränkung auf gewerbliche und private Tätigkeit) Abweichungen der zivilrechtlichen von der sozialrechtlichen Definition ergeben.

Ausgangs- und Ansatzpunkt der Betrachtung ist somit die sozialrechtliche Definition des § 2 Abs 1 Satz 1 öAMFG bzw des § 35 Abs 1 Satz 2 dSGB III.¹⁸⁸ Auch mit dem Wegfall des Vermittlungsmonopols der Arbeitsmarktverwaltung bzw der BA hatte sich an den sozialrechtlichen Definitionen des ursprünglichen § 9 Abs 1 Satz 1 öAMFG¹⁸⁹ und heutigen § 2 Abs 1 Satz 1 öAMFG sowie des ursprünglichen § 13 dAFG und heutigen § 35 Abs 1 Satz 2 dSGB III im wesentlichen nichts geändert¹⁹⁰, da sie nun anstelle der Abgrenzung für das Verbot von Arbeitsvermittlung zunächst den Rahmen für die Erlaubnispflicht absteckte, welche aber zwischenzeitlich gänzlich entfallen ist. Heute geben diese Definitionen nur noch die Grundlage für die gewerberechtliche Einordnung einer Tätigkeit als Arbeitsvermittlung und bilden den Ausgangspunkt für die weiterhin existierenden Spezialregelungen zur Arbeitsvermittlung im öAMFG und dSGB III.

Laut § 2 Abs 1 Satz 1 öAMFG bzw § 35 Abs 1 Satz 2 dSGB III ist Arbeitsvermittlung eine Tätigkeit, die darauf gerichtet ist, Arbeitsuchende mit Arbeitgebern zur Begründung von Arbeits- bzw Beschäftigungsverhältnissen zusammenzuführen.¹⁹¹ Dabei

¹⁸⁸ In § 35 Abs 1 Satz 2 dSGB III wurde § 13 dAFG inhaltlich nahezu gleich übernommen, die neue Vorschrift erwähnt lediglich Arbeitsverhältnisse und Heimarbeitsverhältnisse nicht mehr getrennt, da beide über § 13 dSGB III in der neuen Formulierung „Beschäftigungsverhältnisse“ zusammengefasst werden.

¹⁸⁹ öArbeitsmarktförderungsgesetz in der Fassung vom 21.01.1969, öBGBl 1969/31

¹⁹⁰ Ausnahmen bilden hier nur § 13 Abs 3 Nr 2 und 3 dAFG

¹⁹¹ *Eichendorfer* ergänzt hierzu in dNJW 1991, S 2857, dass es sich bei Arbeitsvermittlung um das „Zusammenführen von Angebot und Nachfrage“ am Arbeitsmarkt handele

ist es im Sozialrecht ohne Belang, welcher Art die Tätigkeit des Vermittlers sein soll.¹⁹² Entscheidend ist allein ihre Zielrichtung, also die Begründung eines Arbeitsverhältnisses. Auch zivilrechtlich ist es grundsätzlich zunächst nicht entscheidend, welche Art die Tätigkeit des Vermittlers ist, da auch hier die gleiche Zielsetzung, nämlich die Begründung eines Arbeitsverhältnisses ausschlaggebend ist. Um diese Zielsetzung zu Erreichen muss die Tätigkeit aber mE qualitative Mindestanforderungen erfüllen, welche im Verlaufe dieses Kapitels dargestellt werden.

3.1.1.a. Begriff des Arbeitsverhältnisses

Im österreichischen Recht ist ein Arbeitsverhältnis dadurch gekennzeichnet, dass sich ein Arbeitsuchender kraft Rechtsgeschäfts, also mittels schuldrechtlichen Vertrags, zur Erbringung von Arbeitsleistungen für einen Arbeitgeber verpflichtet.¹⁹³ Kennzeichnend für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses sind dabei die persönliche Abhängigkeit und die persönliche Leistungspflicht des Arbeitnehmers bei seiner Leistungserbringung.¹⁹⁴ Eine Unterscheidung zwischen einer sozialrechtlichen und vertragsrechtlichen Definition des Begriffes Arbeitsverhältnis existiert im österreichischen Recht nicht, vielmehr wird – wie zB im Umfeld der Arbeitskräfteüberlassung – ausdrücklich auf das Arbeitsvertragsrecht verwiesen.¹⁹⁵

Auch das deutsche Bundessozialgericht zieht für die sozialrechtliche Auslegung des Begriffs „Arbeitsverhältnis“ generell dessen arbeitsrechtliche Definition heran.¹⁹⁶ Dies

¹⁹² Vgl auch *Niesel AFG*, § 13 Rz 4

¹⁹³ Vgl *Radner* in *Mazal/Risak*, I Rz 3, 18 ff

¹⁹⁴ Vgl *Radner* in *Mazal/Risak*, I Rz 2; *Tomandl/Schrammel*, S 43 f

¹⁹⁵ *Sacherer/Schwarz*², Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (2006), S 114

¹⁹⁶ Ständige Rechtsprechung des dBSG seit Entscheidung vom 22.11.1973, siehe Kap 2.

geschieht nach dem Prinzip der Einheitlichkeit der Rechtsordnung mE zu Recht, da kein Grund erkennbar ist, der eine Abweichung rechtfertigt, sondern vielmehr eben diese arbeitsrechtliche Definition bereits aus dem zivilrechtlichen Teil des Arbeitsrechts stammt.¹⁹⁷ Somit ist sie auch für die Klärung der zivilrechtlichen Tatbestandsvoraussetzungen von GPAV ausschlaggebend.

*Hueck/Nipperdey*¹⁹⁸ verstehen unter Arbeitsverhältnis „das Rechtsverhältnis zwischen dem einzelnen Arbeitnehmer und seinem Arbeitgeber, aufgrund dessen der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber zur Leistung von Arbeit verpflichtet ist.“ Konkretisiert wird diese Definition von *Brox*, der auf die „Leistung unselbständiger Dienste“ abstellt.¹⁹⁹ Dieser Konkretisierung schließt sich auch das dBSG an, wenn es von der „Begründung sogenannter abhängiger Dienstverträge“ spricht.²⁰⁰

All diese Definitionen sehen den Abschluss eines Arbeitsvertrages als Mittelpunkt für die Begründung eines Arbeitsverhältnisses und vertreten daher die sogenannte Vertragstheorie, welche sich im deutschen Recht inzwischen generell durchgesetzt hat.²⁰¹ Eine umfassende Darstellung von Rechtsprechung und Literatur zur Begründung eines

¹⁹⁷ Neben dem Zivilrecht, welches den Schwerpunkt des Arbeitsrechts bildet, wirken auch Teile des öffentlichen Rechts in den Bereich des Arbeitsrechts hinein; vgl hierzu *Schmid/Trenk-Hinterberger*², Grundzüge des Arbeitsrechts (1994), S 3

¹⁹⁸ *Hueck/Nipperdey*⁷, Lehrbuch des Arbeitsrechts (1963), S 114

¹⁹⁹ *Brox*¹¹, Arbeitsrecht (1993), Rz 8

²⁰⁰ Siehe Kap 2.

²⁰¹ Im Gegensatz zu ihr steht die vor allem von *Siebert* „Die Begründung des Arbeitsverhältnisses“ in Deutsches Arbeitsrecht 1937, S 338 ff und lange auch von *Nikisch*³, Arbeitsrecht (1961), S 168 vertretene Eingliederungstheorie, welche erst die faktische Einstellung des Arbeitnehmers in den Betrieb des Arbeitgebers als Begründungszeitpunkt für ein Arbeitsverhältnis ansah, die heute aber nicht mehr vertreten wird. Für die Definition eines GPAV ist diese Diskussion praktisch unerheblich, da wohl kein Vermittlungsvertrag abgeschlossen würde, der zwar auf den Abschluss eines Arbeitsvertrages abzielt, von Beginn an aber nicht auf dessen Vollzug. Allenfalls für die Frage der Erfüllung der Leistungspflicht

Arbeitsverhältnisses (mit Erörterung spezifischer Probleme) findet sich bei im österreichischen Recht bei *Mazal/Risak* bzw im deutschen Recht bei *Richardi*.²⁰²

Fraglich ist, wie in Bezug auf GPAV Arbeitsverhältnisse zu behandeln sind, bei denen zwar die Arbeitsleistung erbracht wurde, der Arbeitsvertrag aber rechtsunwirksam war. Im deutschen Recht werden diese Fälle zunächst nach den Grundsätzen über das sog faktische Arbeitsverhältnis²⁰³ behandelt, während die herrschende Lehre in Österreich das Institut vom faktischen Vertragsverhältnis ablehnt und diese Fälle über die Anwendung bereicherungsrechtlicher Regelungen löst.²⁰⁴ Unabhängig wie mit solchen Arbeitsverhältnissen in der Folge umgegangen wird, müssen sie von der Definition der GPAV zunächst mit umfasst werden. Auch wenn dem GPAVer und dem Arbeitgeber von vornherein klar ist, dass der zu vermittelnde Arbeitsvertrag unwirksam ist²⁰⁵, so bezog sich die Vermittlungsleistung dennoch auf ein Arbeitsverhältnis im oben dargelegten Sinne.

Nicht relevant für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses ist die Frage, ob es sich um ein befristetes oder unbefristetes handelt. Beide werden von der arbeitsrechtlichen Definition erfasst, da für beide ein Arbeitsvertrag die Grundlage ist.

Ein Arbeitsverhältnis, auf welches die Tätigkeit eines GPAVer gerichtet sein muss, kann somit im österreichischen und deutschen Recht einheitlich definiert werden als unbefristetes

des GPAVers könnte es entscheidend sein, ob der Arbeitsvertrag auch vollzogen wurde oder nicht.

²⁰² *Radner* in *Mazal/Risak*, I Rz 1 ff und *Richardi* in *Münchener Handbuch Arbeitsrecht* (= *MünchArbR*) (1991/1992), §§ 43 und 44

²⁰³ *Birk* in *MünchArbR* § 20, Rz 140, *Gross*¹, *Arbeitsrecht* Band 1 (1986), S 61

²⁰⁴ *Egermann* in *Mazal/Risak*, V Rz 46; allerdings sehen *Schrank/Mazal*⁴, *Arbeitsrecht - Ein systematischer Grundriss* (2008), S 1 „auch bloß faktische Arbeitsverhältnisse, soweit dem nicht die Art des Nichtigkeitsgrundes entgegen steht“ ... „vom Arbeitsrecht weitgehend erfasst“

oder befristetes Vertragsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, aufgrund dessen der Arbeitnehmer zur Leistung unselbständiger/persönlicher Dienste und der Arbeitgeber zur Leistung einer Vergütung verpflichtet ist. Eine auf die Vermittlung eines solchen Arbeitsverhältnisses gerichtete Tätigkeit ist Arbeitsvermittlung. Dies gilt sowohl für Arbeitsverhältnisse mit Arbeitern wie mit Angestellten.²⁰⁶ Ebenso zählt hierzu die Vermittlung von Heimarbeitsverhältnissen. Diese sind in § 2 Abs 1 Satz 1 öAMFG ausdrücklich erwähnt²⁰⁷ In der Formulierung des alten § 13 Abs 1 dAFG waren Heimarbeitsverhältnisse noch explizit erwähnt, während sie heute im neuen Begriff des Beschäftigungsverhältnisses nach § 35 Abs 1 Satz 2 iVm § 13 dSGB III mit enthalten sind.²⁰⁸

²⁰⁵ Beispielsweise wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot wie zB §§ 1 und 2 dSchwarzG; Beispiel aus Gross, S 61

²⁰⁶ Zur Abgrenzung vgl im deutschen Recht *Schmid/Trenk-Hinterberger*, S 20f.; im österreichischen Recht erwähnt § 2 Abs 1 öAMFG ausdrücklich Arbeitsverhältnisse und als Klammerzusatz Dienstverhältnisse

²⁰⁷ Unter Bezugnahme auf das öHeimarbeitsgesetz 1960, öBGBl 105/1961

²⁰⁸ So auch *Rademacher* in Gemeinschaftskommentar GBS III (= GK-SGB III), § 35, Rz 3

3.1.1.b. Begriff der Vermittlungstätigkeit

Fraglich ist, ob an die Art der Tätigkeit, welche zur Begründung von Arbeitsverhältnissen führt, besondere Anforderungen zu stellen sind, um sie als Vermittlungstätigkeit zu qualifizieren. Ausgangspunkt dieser Fragestellung ist zB § 2 Abs 3 öAMFG, welcher im Rückschluss seines Wortlauts die Verbreitung und Veröffentlichung von Stellenanzeigen vom Begriff der Arbeitsvermittlung ausnimmt, wenn diese nicht Hauptzweck des veröffentlichenden Mediums sind.

209

Diese sozialrechtlichen Vorschriften lassen sich aber nicht ohne weiteres auf eine zivilrechtliche Definition von GPAV übertragen. Prinzipiell ist es nämlich nicht zwingend, auch Stellenanzeigen in der Presse oder anderen Medien vom Begriff der Arbeitsvermittlung auszunehmen, da auch ihr Ziel die Begründung von Arbeitsverhältnissen ist. Allerdings muss man sich die Frage stellen, ob die Qualität einer reinen Veröffentlichung von Stellenanzeigen ohne weitere Aktivitäten tatsächlich als Vermittlungstätigkeit qualifiziert werden kann oder ob diese nicht lediglich den Arbeitgeber bei seiner „Selbstsuche“ von Arbeitskräften unterstützen. Die Verlage bzw Unternehmen, die solche Stellenanzeigen veröffentlichen, übernehmen nach meiner Ansicht gerade keinerlei aktive eigene Rolle in einem Vermittlungsprozess, sondern stellen lediglich eine öffentliche Plattform zur Verfügung, durch welche Arbeitgebern und Arbeitssuchenden die „Selbstsuche“ erleichtert werden soll. Insofern stellt mE allein die Veröffentlichung von Stellenanzeigen zivilrechtlich keine Arbeitsvermittlung dar, selbst wenn sie Hauptzweck des veröffentlichenden Mediums sein sollte und damit aufgrund des Wortlauts des § 2 Abs 3

öAMFG im sozialrechtlichen Sinne unter den Begriff der Arbeitsvermittlung fällt. Sozial- und zivilrechtliche Definition weichen hier mE voneinander ab.

Eine sinngleiche Regelung wie bei § 2 Abs 1 Satz 1 öAMFG fand sich in § 13 Abs 2 Satz 2 dAFG bzw § 291 Abs 3 dSGB III aF²¹⁰, welche die Veröffentlichung von Stellenanzeigen in Medien vom sozialrechtlichen Begriff der Arbeitsvermittlung ausnahmen. Durch die Abschaffung der Erlaubnispflicht von GPAV und damit auch des gesamten § 291 dSGB III spielt diese Frage im deutschen Recht aus sozialrechtlicher Perspektive keine Rolle mehr, wenngleich sie aus zivilrechtlichen Aspekten weiter zu beantworten ist. Hier gilt das oben zu § 2 Abs 1 Satz 1 öAMFG gesagte, wonach auch im deutschen Recht die reine Veröffentlichung von Stellenanzeigen ohne weitere Vermittlungsaktivitäten qualitativ nicht ausreichend ist, um zivilrechtlich als Vermittlungstätigkeit definiert zu werden.

Bei zivilrechtlicher Betrachtung ist es stets notwendig, gewisse Grundkriterien an die Qualität einer Vermittlungstätigkeit zu stellen, um sie als Arbeitsvermittlung zu qualifizieren. Ein GPAVer muss über die bloße Publizierung eines Stellenangebotes hinaus in irgendeiner Weise am Auswahlprozess des Arbeitgebers beteiligt sein. Dies setzt nicht zwingend voraus, dass der GPAVer aus einer Vielzahl von Bewerbungen eine Vorauswahl zu treffen hat oder vor der Weitergabe an den Arbeitgeber die Bewerber persönlich kennen gelernt haben muss. Er sollte aber zumindest eingehende Bewerbungsunterlagen oder Bewerber, die sich bei

²⁰⁹ § 2 Abs 3 öAMFG vereinfacht hier die sinngleiche, aber deutlich ausführlichere Formulierung des ursprünglichen § 9 Abs 3 öAMFG in der Fassung von 1969

²¹⁰ Die folgenden Ausführungen gelten im wesentlichen auch für den früheren § 291 Abs 2 Nr 3 dSGB III aF, welcher die dort genannten Veröffentlichungen zwar im Gegensatz zu § 291 Abs 3 dSGB III aF nicht vom Vermittlungsbegriff ausschloss, wohl aber die Erlaubnispflicht entfallen ließ.

ihm melden, dahingehend überprüft haben, ob sie die Grundvoraussetzungen für die zu besetzende Stelle und die Mindestvorgaben des Arbeitgebers erfüllen oder - falls dies nicht der Fall ist - ob der Arbeitgeber aus sonstigen Gründen die Bewerber dennoch in Betracht ziehen könnte. Im Rückschluss bedeutet dies, dass es nicht ausreicht, wenn - wie es zum Beispiel bei Chiffre-Anzeigen in der Presse üblich ist - Unterlagen verschlossen ohne irgendeine Sichtung durch an den Arbeitgeber weitergegeben oder auf Nachfrage eines Arbeitsuchenden ohne inhaltliche Besprechungen nur schlicht Name, Anschrift oder Telefonnummer des Arbeitgebers an einen Arbeitsuchenden gegeben werden, damit dieser sich selbst beim Arbeitgeber um die Stelle bewirbt. In diesen Fällen tritt die qualifizierte Vermittlungsleistung so weit hinter das Veröffentlichen von Stellenanzeigen (wie sie auch bei Immobilien, Fahrzeugen etc. üblich sind) zurück, dass man nicht mehr von einem Arbeitsvermittlungs-, sondern nur von einem Anzeigenvertrag sprechen kann. Solche Tätigkeiten unterstützen den Arbeitgeber lediglich bei seiner „Selbstsuche“ nach einem geeigneten Mitarbeiter.

Generell muss die Tätigkeit eines GPAV mE qualitative Mindestanforderungen erfüllen um als Vermittlungstätigkeit betrachtet zu werden. Der GPAV muss dem Arbeitgeber darlegen, dass bei einem konkreten Arbeitnehmer Bereitschaft zu einem Vertragsschluss besteht. Nur allgemeine Hinweise auf ein Unternehmen, von welchem geeignete Mitarbeiter (ohne namentliche Nennung) angeworben werden könnten oder auf den Namen eines Arbeitnehmers ohne dessen Vertragsbereitschaft zu kennen, sind mE nicht konkret genug, um als zielgerichtete Tätigkeit ein Zusammenführung wirklich zu

fördern.²¹¹ In solchen Fällen liegt mE sowohl sozial- wie auch zivilrechtlich keine Vermittlungstätigkeit vor.

Zu überprüfen sind nun noch die weiteren Einschränkungen des sozialrechtlichen Begriffs der Arbeitsvermittlung durch § 2 Abs 1 Satz 1 öAMFG sowie die Regelungen der früheren § 13 Abs 3 dAFG bzw. § 291 Abs 2 und Abs 3 dSGB III aF bezüglich ihrer Auswirkungen auf den zivilrechtlichen Bereich.

Über § 2 Abs 1 Satz öAMFG ist eine gelegentliche unentgeltliche Tätigkeit bereits vom Begriff der Arbeitsvermittlung ausgenommen, während in den früheren § 13 Abs 3 dAFG und § 291 Abs 2 Nr 4 dSGB III aF lediglich die diesbezügliche Erlaubnispflicht entfiel. Im Gegensatz zu den Regelungen des § 2 Abs 1 Satz 1 öAMFG und des § 291 Abs 3 dSGB III aF führten die Tatbestände des § 291 Abs 2 Nr 1-6 dSGB III aF gerade nicht zu einem Ausschluss vom Begriff der Arbeitsvermittlung, sondern lediglich zu einem Wegfall der Erlaubnispflicht.²¹²

Im österreichischen und früheren deutschen Recht nur von der Erlaubnispflicht ausgeschlossen, aber sehr wohl dem Begriff der Arbeitsvermittlung zuzuordnen, waren die Tätigkeiten des Arbeitsmarktservice nach § 4 Abs 1 Nr 1 öAMFG bzw von öffentlichen Trägern nach § 13 Abs 3 dAFG bzw. § 291 Abs 2 Nr 1 dSGB III aF. Zivilrechtlich stellten beide Tatbestände (gelegentliche, unentgeltliche Vermittlung und Vermittlung durch öffentliche Träger) zwar der Sache nach eine Arbeitsvermittlung dar, zur Einordnung unter GPAV fehlt es aber sowohl an der gewerblichen - und bei öffentlichen Trägern auch an der privaten - Erbringung der Vermittlungsleistung.²¹³

²¹¹ Vgl hierzu ausführlich Kap 5.1.1., in welchem die Hauptleistungspflichten eines GPAVV dargestellt werden.

²¹² So auch *Stindt*, Private Arbeitsvermittlung (2005), S 126 am Beispiel des § 291 Abs 2 Nr 2 dSGB III aF

²¹³ Vgl hierzu im Einzelnen Kap 3.1.2. und Kap 3.1.3.

Als Besonderheit des öAMFG wird in § 2 Abs 1 Satz 1 auch eine nur auf Einzelfälle beschränkte Vermittlungstätigkeit bereits vom Begriff der Arbeitsvermittlung ausgeschlossen, selbst wenn sie entgeltlich erfolgt.²¹⁴ Auch dieser Ausschluss hat eindeutigen sozialrechtlichen Charakter, der letztlich darauf abzielt, diesen Tatbestand nicht einer Berechtigungspflicht zu unterwerfen, in dem er diesen schon begrifflich ausschließt. Zivilrechtlich ist es dagegen ohne Belang, ob eine entgeltliche Arbeitsvermittlung regelmäßig oder nur auf Einzelfälle beschränkt stattfindet, sie ist in jedem Fall eine Arbeitsvermittlung im zivilrechtlichen (nicht dagegen sozialrechtlichen) Sinne.

²¹⁴ Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 2 Abs1 Satz 1 öAMFG, welcher die Unentgeltlichkeit nur an die Alternative der gelegentlichen Vermittlung koppelt, nicht dagegen an die Beschränkung auf Einzelfälle.

3.1.2. Begriff der Gewerblichkeit

Eine Voraussetzung für das Vorliegen GPAV ist deren gewerbliche Durchführung. In den beiden Rechtsordnungen finden sich unterschiedliche Definitionen des Begriffs „gewerblich“, wie zB

- der handelsrechtliche Gewerbebegriff des § 1 dHGB²¹⁵ bzw der österreichische Unternehmensbegriff des § 1 Abs 2 öUGB²¹⁶ (in welches das HGB überführt wurde)²¹⁷, welcher sich vom deutschen Gewerbebegriff aber wesentlich dadurch unterscheidet, dass es in § 1 Abs 2 öUGB gerade nicht auf eine Gewinnerzielungsabsicht ankommt,
- der steuerrechtliche Gewerbebegriff des § 2 dGewStG²¹⁸ (ausgehend vom Begriff des Gewerbebetriebs)²¹⁹ bzw des § 2 Abs 4 und § 23 öEinkommensteuergesetz 1988²²⁰ oder

²¹⁵ Gewerbebegriff im deutschen Handelsrecht: „Gewerbebetrieb soll berufsmäßige Tätigkeit in der Absicht dauernder Gewinnerzielung sein“ vgl *Baumbach/Hopt*²⁹, Handelsgesetzbuch (1995), § 1 Rz 2 ff; dHandelsgesetzbuch, dRGBI 1897 I, S 219

²¹⁶ „Ein Unternehmen ist jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein.“

²¹⁷ öUnternehmensgesetzbuch, dRGBI 1897 I, S 219

²¹⁸ dGewerbsteuergesetz, dBGBI 2002 I, S 4167

²¹⁹ Gewerbebegriffe im Steuerrecht: „Unter Gewerbebetrieb ist ein gewerbliches Unternehmen im Sinne des Einkommensteuergesetzes zu verstehen.“ „Als Gewerbebetrieb gilt stets und in vollem Umfang die Tätigkeit der Kapitalgesellschaften.“ (§ 2 dGewStG)“vgl auch *Glanegger/Güroff*³, Gewerbsteuergesetz (1994), § 2. Der Begriff des Gewerbebetriebs nach § 15 dEStG setzt sich wiederum aus den 4 Komponenten „Selbständigkeit, Nachhaltigkeit, Gewinnerzielungsabsicht und Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr“ zusammen; vgl hierzu *Herrmann/Heuer/Raupach*²¹, Einkommensteuer- und Körperschaftssteuergesetz (1996), § 15 Anm 3

²²⁰ Gewerblich ist demnach die „selbständige, nachhaltige Betätigung, die mit Gewinnabsicht unternommen wird und sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt, wenn die Betätigung weder als Ausübung der Land- und Forstwirtschaft noch als selbständige Arbeit anzusehen ist.“ Zudem kommt „stets und in vollem Umfang Einkünfte aus der Tätigkeit der offenen Gesellschaften, Kommanditgesellschaften und anderer Gesellschaften, bei denen die Gesellschafter als Mitunternehmer eines Gewerbebetriebes anzusehen sind“; dEinkommenssteuergesetz vom 19.12.2002, dBGBI 2002 I, S 4210

- der verwaltungsrechtliche Gewerbebegriff nach § 1 Abs 2 öGewerbeordnung 1994²²¹ bzw der für die dGewO relevante, aber dort nicht definierte Gewerbebegriff²²².

Einen eigenen sozialrechtlichen Gewerbebegriff für den Bereich der Arbeitsvermittlung kennt das dSGB III nicht. Auch im öAMFG findet sich keine ausdrückliche Definition des Gewerbebegriffs, allerdings definiert § 2 Abs 2 öAMFG die – im Gegensatz zur gewerblichen Entgeltlichkeit stehende – Unentgeltlichkeit einer Tätigkeit der Arbeitsvermittlung als nicht auf Gewinn gerichtet und ohne sonstigen wirtschaftlichen Nutzen.

Nachfolgend soll der Begriff der „Gewerblichkeit“ aus der zivilrechtlichen Sichtweise des GPAVV definiert werden. In Zusammenhang mit GPAV beschreibt der Begriff „gewerblich“ die Entgeltlichkeit der Arbeitsvermittlung. Dabei ist eine Gewerblichkeit noch nicht allein dadurch begründet, dass ein einmaliger Kosten- oder Mitgliedsbeitrag zB beim Eintritt in einen gemeinnützigen Verein erhoben wird. Die Entgeltlichkeit muss sich mE vielmehr auf die konkrete Vermittlungsleistung beziehen und somit erkennbar eine Gegenleistung zu dieser darstellen. Dabei kommt es aus meiner Sicht für die zivilrechtliche Definition auf eine Gewinnerzielungsabsicht oder sonstige Ziehung eines wirtschaftlichen Nutzens im Sinne des Handels-/Unternehmensrechts oder auch des oben erwähnten § 2 Abs 2 öAMFG nicht an. Für den Vertrag zwischen GPAVer und Arbeitgeber ist es letztlich unerheblich, ob der Vermittler mit

²²¹ Dieser stellt auf die direkt oder nur indirekt mit der Gewerbetätigkeit verbundene Erzielung eines Ertrags oder sonstigen Vorteils ab

²²² Gewerbebegriff im Verwaltungsrecht: „Jede auf dauernde Gewinnerzielung gerichtete, gleichmäßig fortgesetzte und erlaubte Tätigkeit, mit Ausnahme der Urproduktion, künstlerischer und wissenschaftlicher Tätigkeit und der Dienste höherer Art, die eine höhere Bildung erfordern. Grundsätzlich nur selbständige Tätigkeit, jedoch ist in § 55 auch unselbständige Reisegewerbebetriebe erfasst.“; vgl *Sieg/Leifermann*⁴,

der an ihn gezahlten Vergütung einen Gewinn oder einen sonstigen wirtschaftlichen Nutzen erzielen will. Entscheidend ist ausschließlich, dass eine entgeltliche Forderung des Vermittlers erkennbar als wirtschaftliche Gegenleistung für seine Vermittlung entsteht.

Dies gilt ausdrücklich nur für die privatrechtliche Definition der gewerblichen privaten Arbeitsvermittlung im Vertragsverhältnis zwischen Arbeitgeber und GPAVer. Bezüglich der öffentlich-, handels-, steuer-, oder sozialrechtlichen Bewertung der Gewerblichkeit der Tätigkeit eines GPAVers kommt es weiterhin auf die dem jeweiligen Rechtsgebiet eigenen Zuordnungsmerkmale an (zB die Absicht zur Gewinnerzielung) an.

3.1.3. Begriff der Privatheit der Arbeitsvermittlung

Der Begriff der „privaten“ Arbeitsvermittlung ist in Bezug zur Organisationsform und das Auftreten des Vermittlers im Rechtsverkehr zu setzen. Vollkommen unproblematisch - sowohl von der Organisationsform wie auch von ihrem Auftreten im Rechtsverkehr - handeln Personen und Unternehmen (gleich ob in Form von Personen- oder Kapitalgesellschaften organisiert) als „private“ Arbeitsvermittler, welche das Gewerbe des Arbeitsvermittlers gemäß österreichischer oder deutscher Gewerbeordnung betreiben.

Sie stehen mit ihrem Handeln zu eigenen Gunsten im Gegensatz zur staatlichen Arbeitsvermittlung, wie sie durch das österreichische Arbeitsmarktservice und die deutsche Bundesagentur für Arbeit durchgeführt wird. Auch wenn beide Institutionen nicht mehr Teil der staatlichen Verwaltung, sondern selbst verwaltete öffentlich-rechtliche Unternehmen bzw Körperschaften sind, so agieren sie doch weiterhin klar in Wahrnehmung der ihr übertragenen staatlichen Aufgaben und nicht als auf Gewinnerzielung ausgerichtete Privatunternehmen. Somit scheidet der Begriff der „Privatheit“ sowohl beim Arbeitsmarktservice wie auch bei der Bundesagentur für Arbeit aus.

Fraglich ist, wie die Arbeitsvermittlung durch gesetzliche Interessenvertretungen und kollektivvertragsfähige Berufsvereinigungen sowie gemeinnützige Einrichtungen gemäß § 4 Abs 1 Nr 2 und 3 öAMFG zu behandeln ist. Gemäß § 5 Abs 1 öAMFG hat diese in jedem Fall unentgeltlich zur erfolgen, was eine gewerbliche Vermittlung ausschließt, dagegen nicht das Kennzeichen der Privatheit. Bei gesetzlichen Interessensvertretungen wird man die Privatheit bereits aus ihrem gesetzlichen Auftrag heraus verneinen müssen. Anders sieht dies bei kollektivvertraglichen Berufsvereinigungen und

gemeinnützigen Einrichtungen aus. Auch wenn diesem ihrem Wesen nach nicht als Unternehmen konzipiert sind, so können sie doch im Rechtsverkehr zweifelsfrei auch wie Private agieren. Sie sind hinsichtlich ihrer Organisationsform eher als privat, denn als hoheitlich handelnde Institutionen zu verstehen. Wenn sie demnach Arbeitsvermittlung betreiben und dabei ggf. (wenn auch unentgeltliche) Vereinbarungen schließen, so treten sie damit nicht hoheitlich, sondern privat (wenn auch nicht gewerblich) handelnd auf. Selbiges gilt auch für ein solches Tätigwerden von gemeinnützigen Einrichtungen in Deutschland oder zB für den Fall, dass eine Kommune eine kommunale Arbeitsvermittlung installieren wurde und dieses in Form eines kommunalen Unternehmens geschehen würde.²²³ Auch in diesem Fall würde ein kommunales Unternehmen hier privat (wenn auch vielleicht nicht gewerblich) handeln.

Ausschlaggebend ist neben der Organisationsform also stets das Auftreten im Rechtsverkehr. Werden keine hoheitlichen Aufgaben und Rechte wahrgenommen, so ist bei Arbeitsvermittlung regelmäßig von einer „privaten“ Arbeitsvermittlung auszugehen, die aber häufig mangels der Gewerblichkeit dennoch nicht als GPAV definiert werden kann.

²²³ Die Frage, inwieweit dies überhaupt kommunalrechtlich zulässig wäre, wird hier nicht untersucht. Aus der Praxis ist derzeit kein solcher Fall bekannt.

3.2. VERTRAGSRECHTLICHE ZUORDNUNG DES GEWERBLICHEN PRIVATEN ARBEITSVERMITT- LUNGSVERTRAGES

Nachdem unter Kap 3.1. die rechtlichen Merkmale definiert wurden, bei deren Vorliegen man von einem GPAVV sprechen kann, soll in diesem Abschnitt der GPAVV einer der gesetzlich normierten Vertragsarten zugeordnet werden. Gelingt dies nicht, würde es sich beim GPAVV um einen Vertrag eigener Art (sui generis) handeln.

3.2.1. Übersicht über die in Betracht kommenden Vertragsarten

Auf den ersten Blick sind sechs Vertragsarten denkbar, deren rechtlichen Merkmale Überschneidungen mit denen eines GPAVV erkennen lassen und die daher Gegenstand einer näheren Betrachtung sein sollen. Es sind dies

- der Dienstvertrag nach §§ 611 ff dBGB²²⁴ bzw §§ 1151 Abs 1 1. Alt, 1153 öABGB²²⁵,
- der Werkvertrag nach §§ 631 ff BGB bzw §§ 1151 Abs 1 2. Alt, 1165 öABGB,
- der Dienstverschaffungsvertrag,
- der Geschäftsbesorgungsvertrag nach §§ 675 dBGB (als entgeltliche Form des Auftrags) bzw der entgeltlichen Geschäftsführung nach §§ 1002 ff öABGB,
- der Maklervertrag nach §§ 652 ff dBGB bzw §§ 1 ff öMaklerG²²⁶ und
- der Handelsmaklervertrag nach §§ 93 ff dHGB bzw §§ 19 ff öMaklerG.

Im folgenden sollen die rechtlichen Merkmale dieser Vertragsarten kurz dargestellt²²⁷ und ein Abgleich mit den Tatbestandsvoraussetzungen des GPAVV durchgeführt werden, um so zu versuchen, den GPAVV einer dieser Vertragsarten zuzuordnen.

²²⁴ dBürgerliches Gesetzbuch, dRGBI 1896 I, S 195

²²⁵ öAllgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, Kaiserliches Patent, JGS 946

²²⁶ öMaklergesetz, öBGBI 262/1996

²²⁷ Diese Darstellung beschränkt sich auf die hier wesentlichen Kennzeichen und Abgrenzungskriterien der Vertragsarten. Detaillierte Abgrenzungen dieser Vertragsarten zueinander mit all ihren Spezialproblemen würden den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Insoweit wird hierfür auf die einschlägige Literatur in zivilrechtlichen Lehrbüchern, Kommentare zum dBGB und dHGB, öABGB und öMaklerG sowie die ausgiebige Rechtsprechung verwiesen. zB *Larenz*¹², Lehrbuch des Schuldrechts, Band II Besonderer Teil (1981); *Dittrich/Tades*, ABGB (2007)

3.2.2. Dienstvertrag

Der Dienstvertrag ist in den §§ 611 ff BGB bzw §§ 1151 Abs 1 1. Alt, 1153 öABGB gesetzlich geregelt. Neben dem Werkvertrag ist er der wichtigste Vertragstyp des dBGB und öABGB, der das zur Verfügung stellen menschlicher Arbeitsleistung gesetzlich regelt. Er enthält die Verpflichtung des Dienstverpflichteten im Dienst und Interesse eines Dienstberechtigten tätig zu werden. Dabei geht die hL in Deutschland regelmäßig von einer Entgeltlichkeit der Tätigkeit des Dienstverpflichteten aus, während in Österreich in § 1152 öABGB die Möglichkeit einer unentgeltlichen Tätigkeit ausdrücklich genannt ist.²²⁸

Unterteilt werden Dienstverträge gemeinhin in zwei Arten²²⁹:

- Der unselbständige Arbeitsvertrag, bei dem der Dienstverpflichtete weisungsgebundene, abhängige Dienste für den Dienstberechtigten, oftmals in dessen Betrieb, leistet.
- Der Dienstvertrag eines Selbständigen, auch als freier Dienstvertrag bezeichnet, bei dem der Dienstverpflichtete unabhängig und eigen bestimmt die vertraglich vereinbarte Dienstleistung erbringt.

Bei beiden handelt es sich um Dauerschuldverhältnisse, wobei es auf die konkrete Dauer der Tätigkeit in beiden Fällen nicht ankommt.²³⁰

²²⁸ Siehe hierzu *Kraft* in Soergel¹², Bürgerliches Gesetzbuch (1990), Vor § 611 Rz 1; ähnlich *Putzo* in Palandt⁶⁷, Bürgerliches Gesetzbuch (2008), Vor § 611 Rz 1; *Medicus*⁷, Schuldrecht II (1995), § 96 Rz 317 ff; anders *Schlechtriem* in Jauernig⁸, Bürgerliches Gesetzbuch (1997), Vor § 611, Rz 1 der in Ausnahmefällen auch unentgeltliche Dienstverträge zulassen will; *Radner* in Mazal/Risak, I Rz 1 ff; *Dittrich/Tades*, §§ 1151, 1152

²²⁹ Siehe hierzu *Radner* in Mazal/Risak, I, Rz 2 ff und 37 ff; *Dittrich/Tades*, § 1151; *Müller-Glöge* in Müncher Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch^{3&4} (= MünchKomm) (1997, 2001 und 2005), § 611 Rz 7; *Kraft* in Soergel, Vor § 611 Rz 2 ff; *Schlechtriem* in Jauernig, Vor § 611 Rz 2; *Fikentscher*⁸, Schuldrecht (1992), § 79 Rz 866

²³⁰ Vgl *Radner* in Mazal/Risak, Kap I, Rz 37 ff; *Dittrich/Tades*, § 1151; *Medicus*, § 96 Rz 311; für den Arbeitsvertrag ebenso *Schrank/Mazal*, S 1

Gegenstand eines Dienstvertrags können Dienste jeder Art sein. Eine Beschränkung kennen die §§ 611 ff BGB bzw §§ 1151 Abs 1 1. Alt, 1153 öABGB grundsätzlich nicht.²³¹

Mangels einer arbeitsvertraglichen Beziehung zwischen GPAVer und Arbeitgeber käme als mögliche Form des Dienstvertrags zwischen diesen beiden nur ein freier Dienstvertrag in Betracht. Dabei muss zunächst geklärt werden, welche Dienstleistung Gegenstand eines solchen freien Dienstvertrages sein könnte. Man könnte zunächst auf den Gedanken kommen, die Arbeitsleistung des vermittelten Arbeitnehmers als geschuldete Dienstleistung des GPAVV annehmen zu wollen. Dies widerspräche aber gänzlich dem Wesen des GPAVV, dessen hauptsächlicher Inhalt die Vermittlung eines Arbeitnehmers, nicht aber dessen eigentlich zu leistende Arbeit beim Arbeitgeber ist.

Somit verbleibt nur die Vermittlungstätigkeit des GPAVers selbst als Dienstleistung eines möglichen freien Dienstvertrages zwischen ihm und dem Arbeitgeber.

Mit einem typischen freien Dienstvertrag hat der GPAVV gemeinsam, dass der GPAVer gegen Entgelt im Interesse des Arbeitgebers tätig wird. Allerdings verpflichtet der Dienstvertrag den Dienstverpflichteten zum Tätig werden gegen Zahlung des vereinbarten Entgeltes, während dies bei GPAV regelmäßig nicht der Fall ist und das Entgelt nur im Falle des Vermittlungserfolgs fällig wird.²³² Dem GPAVer steht es in den meisten Fällen frei, ob und in welchem Umfang er für den Arbeitgeber tätig werden will.²³³ Ausnahmen sind dabei nur

²³¹ Im deutschen Recht gehen dabei aber die speziellen Regelungen für besondere Vertragsarten, wie beispielsweise Verwahrung nach §§ 688 ff dBGB oder der Spedition nach §§ 407 ff dHGB den allgemeinen Regelungen zum Dienstvertrag nach §§ 611 ff dBGB vor, so auch *Fikentscher*, § 79 Rz 866

²³² Vgl hierzu auch Kap 6

²³³ Allerdings könnte eine Untätigkeit des GPAVers, die nur deshalb geschieht, um den Arbeitgeber zu schädigen, Ersatzansprüche auslösen.

dann gegeben, wenn zwischen dem Arbeitgeber und dem GPAVer eine ausdrückliche Vereinbarung getroffen wird, welche ein tatsächliches Tätigwerden des GPAVers vorsieht. Genauso steht es dem Arbeitgeber frei, die Leistung des GPAVers anzunehmen, in dem er einen Vertrag mit vermittelten Arbeitsuchenden abschließt.

Trotz vorhandener Überschneidungen scheidet somit also eine Einordnung des GPAVV als Dienstvertrag mangels der Verpflichtung des GPAVers zum Tätigwerden und des Arbeitgebers zur Annahme der Leistung sowie aufgrund der erfolgsbezogenen Vergütung aus.

3.2.3. Werkvertrag

Im deutschen Recht definiert *Larenz* den Werkvertrag nach § 631 ff dBGB als „gegenseitigen Vertrag, durch den sich der eine Teil zur Herstellung eines Werkes, der andere zur Entrichtung einer Vergütung für das Werk verpflichtet.“²³⁴ *Mühl* will einen Werkvertrag nur dann vorliegen lassen, wenn ein „Akt der Werkschöpfung“ durch den Werkvertragsnehmer erreicht wurde.²³⁵ Dies wird von *Peters* mE richtigerweise abgelehnt, da durchaus werkvertragliche Erfolge auch ohne Werkschöpfung eintreten können.²³⁶

Dittrich/Tades definieren einen Werkvertrag nach §§ 1151 Abs 1 2. Alt, 1165 öABGB im österreichischen Recht als „Verpflichtung zu einer Leistung, deren Erfolg nach eigenem Plane zu bewerkstelligen ist.“²³⁷ *Mazal/Risak* verlangen „beim Werkvertrag das Ergebnis der Arbeitsleistung als in sich geschlossener (Arbeits-)erfolg bzw als geschlossene Einheit“ und sprechen daher bei der Unterscheidung zwischen Dienst- und Werkvertrag auch passend von der Unterscheidung zwischen einem „Dauer- und einem Zielschuldverhältnis“.²³⁸

In der Erfolgsorientiertheit des Werkvertrages liegt somit in Österreich wie in Deutschland das Hauptabgrenzungskriterium vom Werkvertrag zum Dienstvertrag, bei dem die geschuldete Leistung allein die Tätigkeit des Dienstverpflichteten, nicht aber ein konkreter Tätigkeitserfolg ist. Die Rechtsprechung in Österreich fasst dies treffend in der Unterscheidung zwischen

²³⁴ *Larenz*, S 277; ähnlich *Peters* in Staudinger¹³, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (1995-1997), § 631 Rz 1 f; *Seiler* in Erman⁸, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (1987), Vor § 631 Rz 9

²³⁵ *Mühl* in Soergel, Vor § 631 Rz 14

²³⁶ *Peters* in Staudinger, Vor. § 631 Rz 13, nennt hier als Beispiel Theateraufführungen.

²³⁷ *Dittrich/Tades*, § 1151

²³⁸ *Radner* in *Mazal/Risak*, I Rz 47; ähnlich *Schrank/Grabner*¹, Werkverträge und freie Dienstverträge (1997), S 19 und 25, wonach beim Werkvertrag „Ergebnisse“ dagegen beim Dienstvertrag „Dienste, also entsprechendes

dem „Werk“ und dem „Wirken“ zusammen.²³⁹ In der Praxis bereitet die Abgrenzung, ob „nur“ die Tätigkeit an sich oder ein konkreter Erfolg geschuldet ist, allerdings oft erhebliche Probleme.²⁴⁰

Ein weiteres Abgrenzungskriterium liegt in der Person dessen, der die Leistung erbringt. Während die Tätigkeitsverpflichtung des Dienstvertrages nach § 613 dBGB bzw §§ 1151 Abs 1 1. Alt, 1153 öABGB im Zweifel eine höchstpersönliche ist²⁴¹, lässt ein Werkvertrag grundsätzlich auch die Übertragung der Leistungserfüllung auf einen Erfüllungsgehilfen zu, es sei denn, es ist vertraglich ausdrücklich etwas anderes vereinbart oder nach der Verkehrssitte zu erwarten (zB bei Beauftragung eines Spezialisten, dessen persönliche Qualifikation gerade Grundlage für den Vertragsschluss war).²⁴²

Ein GPAVV und ein Werkvertrag haben gemeinsam, dass der Arbeitgeber bzw der Besteller eines Werkes in der Regel keine höchstpersönliche Leistungserfüllung des Vertragspartners erwarten können. Zudem ist beiden gemeinsam, dass die Vergütung nur bei Erreichen eines konkreten Erfolges - beim GPAVV der erfolgreichen Vermittlung eines Arbeitsverhältnisses - geschuldet wird.

Allerdings zieht der Werkvertrag wie schon der Dienstvertrag eine Leistungsverpflichtung sowie eine Verpflichtung zur Annahme der Leistung nach sich. Gerade an diesen Leistungs- und Annahmeverpflichtungen fehlt es aber in der Regel bei

Bemühen, Tätigwerden oder Wirken“ in der Zeitdimension eines „Dauerschuldverhältnisses“ geschuldet wird

²³⁹ Siehe Entscheidungen des öOGH, 9 Ob A 77/91 und öOGH, 9 Ob A 260/77

²⁴⁰ Zur Zuordnung einzelner Vertragsarten vgl *Glanzmann* in BGB-RGRK¹², Reichsgerätekomentar Bürgerliches Gesetzbuch (1978), § 631 Rz 58 ff oder auch *Mühl* in Soergel, Vor § 631, Rz 16 ff; *Radner* in Mazal/Risak, I Rz 56 f

²⁴¹ Ausnahmen sind allerdings möglich und können insbesondere vertraglich vereinbart werden; vgl hierzu dRG, dRGZ 86, S 107 ff

einem GPAVV.²⁴³ Somit scheidet eine Einordnung des GPAVV als Werkvertrag aus, da der GPAVer regelmäßig nicht zur Leistungserbringung und der Arbeitgeber nicht zur Leistungsannahme verpflichtet ist.

²⁴² So auch dBGH, dBGHZ 19, S 382 ff im Falle der Bestellung eines Kunstwerkes durch einen speziellen Künstler

²⁴³ Vgl hierzu auch Kap 3.2.2.

3.2.4. Dienstverschaffungsvertrag

Der Dienstverschaffungsvertrag ist nicht ausdrücklich als Vertragsart ins deutsche BGB bzw österreichische ABGB aufgenommen worden. In seinem Mittelpunkt steht die Verschaffung der Arbeitskraft eines Dritten durch den Schuldner, ohne dass es zwischen dem Dritten und dem Dienstherrn (Gläubiger) zu einem Vertragsverhältnis kommt.²⁴⁴

Der Schuldner hat im Gegensatz zum Dienstvertrag also nicht selbst eine Arbeitstätigkeit zu erbringen, vielmehr ist seine Aufgabe das zur Verfügung stellen der Arbeitskraft eines Dritten, wobei der Schuldner dem Gläubiger nur für die Sorgfalt bei der Auswahl des Dritten haftet, nicht aber über § 278 BGB²⁴⁵ für den Dritten als Erfüllungsgehilfe. Der Dritte ist weder gesetzlicher Vertreter des Schuldners, noch bedient sich der Schuldner des Dritten zur Erfüllung einer eigenen Verbindlichkeit.

Die typische und gesetzlich besonders geregelte Form eines Dienstverschaffungsvertrages ist die Arbeitnehmerüberlassung nach dAÜG bzw Arbeitskräfteüberlassung nach öAÜG.

Beim Dienstverschaffungsvertrag verschafft der Schuldner dem Dienstherrn zwar ähnlich wie bei der GPAV die Arbeitskraft eines Dritten. Im Gegensatz zum GPAVV entsteht zwischen dem Dienstherrn und dem Dritten beim Dienstverschaffungsvertrag allerdings kein Vertragsverhältnis, sondern der Dritte erfüllt seine - gegenüber dem Schuldner des Dienstverschaffungsvertrags bestehende - Leistungsverpflichtung lediglich beim Dienstherrn. Dagegen steht beim GPAVV gerade der Abschluss eines vertraglichen Arbeitsverhältnisses zwischen Arbeitgeber und vermitteltem

²⁴⁴ Vgl hierzu *Kraft* in Soergel, Vor § 611 Rz 38; *Sacherer/Schwarz*, Erl 4. zu § 3

Arbeitnehmer im Mittelpunkt, bei welchem der vermittelte Arbeitnehmer seine Leistungsverpflichtung unmittelbar gegenüber dem Arbeitgeber zu erfüllen hat. Aufgrund der zahlreichen Überschneidungspunkte und kritischen Abgrenzungsfragen zwischen GPAVV und der Arbeitnehmer- bzw. Arbeitskräfteüberlassung ist diesem Themenbereich ein eigenes Kapitel dieser Arbeit gewidmet, auf welches an dieser Stelle verwiesen wird.²⁴⁶ Vorweggenommen sei hier lediglich, dass es sich beim GPAVV gerade nicht um einen Fall der Arbeitnehmer- bzw. Arbeitskräfteüberlassung handelt und generell ein Dienstverschaffungsvertrag als Vertragsart für den GPAVV ausscheidet.

²⁴⁵ *Kraft* in Soergel, Vor § 611 Rz 39

²⁴⁶ Vgl Kap 4

3.2.5. Geschäftsbesorgungsvertrag und Bevollmächtigungsvertrag

Die im Bereich des Auftragsrechts eingeordnete Vorschrift des § 675 dBGB regelt die entgeltliche Geschäftsbesorgung. Diese ist ein gegenseitiger, entgeltlicher Vertrag und steht hierbei im Gegensatz zu einem Auftrag nach § 662 dBGB, der gerade durch Unentgeltlichkeit und damit seine unvollkommene Zweiseitigkeit (mangels Gegenleistungspflicht des Auftraggebers) gekennzeichnet ist.²⁴⁷ Der dBGH²⁴⁸ definiert die Tätigkeit einer Geschäftsbesorgung als "selbständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art, die im Rahmen eines Dienst- oder Werkvertrags zu leisten ist." In Abgrenzung zu diesen erfolgt sie im fremden Interesse, es werden vom Geschäftsführer also fremde Vermögensinteressen, nämlich die des Geschäftsherrn, wahrgenommen.

Der Geschäftsbesorgung in Deutschland als Form der Geschäftsführung vergleichbar ist der österreichische Bevollmächtigungsvertrag nach §§ 1002 ff öABGB. Beim Bevollmächtigungsvertrag übernimmt der Gewalthaber die Geschäfte gemäß § 1002 öABGB im Namen und gemäß § 1009 Satz 1 öABGB im Interesse des Machtgebers. Der Bevollmächtigungsvertrag kann dabei gemäß § 1004 öABGB sowohl entgeltlich wie auch unentgeltlicher Natur sein.

Die Tatsache, dass in der deutschen Literatur und Rechtsprechung zB die Beratung bei und Vermittlung von Geldanlagen teilweise unter § 675 dBGB subsumiert werden²⁴⁹, rechtfertigt durchaus die Möglichkeit, über eine Anwendung des

²⁴⁷ Vgl hierzu auch *Sprau* in Palandt, Vor § 662 Rz 1ff und 5

²⁴⁸ dBGH, dBGHZ 45, S 223 ff; dBGH in NJW-RR 1992, S 560

²⁴⁹ Siehe auch *Sprau* in Palandt, § 675 Rz 6; dOLG Koblenz in BB 1989, S 2001

§ 675 dBGB bzw der §§ 1002 ff öABGB auch auf einen GPAVV nachzudenken.

Allerdings unterscheidet sich die GPAV von der Geschäftsbesorgung iSd § 675 dBGB und dem Bevollmächtigungsvertrag nach §§ 1002 öABGB in zwei wesentlichen Punkten:

Sowohl bei der Geschäftsbesorgung wie auch beim Bevollmächtigungsvertrag nimmt der Geschäftsführer bzw Gewalthaber fremde Vermögensinteressen des Geschäftsherrn bzw Machgeber wahr, während der GPAVer in erster Linie im eigenen Interesse, nämlich im Interesse der Erlangung einer Vermittlungsprovision, tätig wird. Erst mit Abschluss des Arbeitsvertrages zwischen dem Arbeitsuchenden und dem Arbeitgeber sind konkrete Vermögensinteressen des Arbeitgebers berührt, während die Tätigkeit des GPAVers zu diesem Zeitpunkt im Wesentlichen bereits abgeschlossen ist. Somit scheidet eine Zuordnung des GPAVV als Geschäftsbesorgungs- bzw Bevollmächtigungsvertrag mangels der Tätigkeit im fremden Vermögensinteresse aus.

Zudem ist in Deutschland - laut (mE zutreffender) Definition des dBGH²⁵⁰ - die Geschäftsbesorgung als „selbständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art“ im Rahmen eines Dienst- oder Werkvertrages zu leisten. Wie bereits unter Kap 3.2.2. und Kap 3.2.3. erörtert, unterscheidet sich der GPAVV vom Dienst- bzw Werkvertrag aber gerade dadurch, dass der GPAVer gegenüber dem Arbeitgeber in der Regel nicht zu einem Tätigwerden verpflichtet ist.

²⁵⁰ dBGH in NJW-RR 1992, S 560; dBGH, dBGHZ 45, S 223 ff

3.2.6. Makler- und Handelsmaklervertrag sowie Vertrag sui generis

3.2.6.a. Anwendung der Regelungen über den Maklervertrag

Beim Maklervertrag nach § 652 ff dBGB bzw § 1 ff öMaklerG vermittelt ein Makler seinem Auftraggeber Geschäfte mit einem Dritten. Im Gegenzug verpflichtet sich der Auftraggeber, dem Makler für die Vermittlung eines Vertrages eine Provision zu zahlen. Diese Verpflichtung greift in der Regel nur in dem Fall, dass der Vertrag auch tatsächlich zustande kommt. Neben der Vermittlung eines Vertrages kann allerdings in bestimmten Fällen auch bereits der Nachweis einer Abschlussgelegenheit Gegenstand des Maklervertrages sein.²⁵¹

Ein besonderes Charakteristikum des Maklervertrags ist die mangelnde Verpflichtung des Maklers zum Tätigwerden, der zugleich ebenso keine Abschlusspflicht des Auftraggebers hinsichtlich des vermittelten Rechtsgeschäfts gegenüber steht.²⁵² Aufgrund des dispositiven Charakters des Maklerrechts kann einzelvertraglich von beiden Prinzipien abgewichen werden. Eine Verpflichtung zum Tätigwerden des Maklers ist nach § 14 Abs 1 Satz 2 öMaklerG sowie nach herrschender Meinung in Deutschland insbesondere dann gegeben, wenn der Makler einen Alleinauftrag erhält.²⁵³ In diesem Fall spricht man in Deutschland von einem Maklerdienstvertrag, sollte dabei

²⁵¹ Ähnlich *Sprau* in Palandt, Vor § 652 Rz 6; in Österreich § 6 Abs 2 öMaklerG mit Kommentierung bei *Bydlinksy*¹, MaklerG (1996), S 24; *Noss*³, Maklerrecht (2008), S 16 f; *Ostermayer/Schuster*¹, Maklerrecht (1996), S 49 f

²⁵² *Roth* in MünchKomm, § 652 Rz 3 ff / *Mormann* in Soergel, § 652 Rz 1 ff; *Reuter* in Staudinger, Vor §§ 652 ff Rz 1 ff; in Österreich unmittelbar in § 4 öMaklerG geregelt

²⁵³ Wobei sich diese Fälle nicht nur auf den Alleinauftrag beschränken, so auch *Bydlinksi*, S 19; *Fromherz*¹, MaklerG (1997), § 4 Rz 3 f

sogar eine Erfolgsverpflichtung durch den Makler eingegangen werden, so liegt ein Maklerwerkvertrag vor.²⁵⁴

Vom Dienst- und Werkvertrag unterscheidet sich der typische Maklervertrag durch die mangelnde Verpflichtung des Maklers zum Tätigwerden sowie die nicht vorhandene Verpflichtung des Auftraggebers zum – die Provisionspflicht in der Regel erst auslösenden – Abschluss des vermittelten Vertrags.

Vom Dienstverschaffungsvertrag grenzt sich der Maklervertrag insbesondere dadurch ab, dass beim Dienstverschaffungsvertrag dem Dienstherrn die Dienste eines Dritten verschafft werden, ohne dass es zwischen dem Dritten und dem Dienstherrn zu einer Vertragsbeziehung kommt. Dagegen richten sich die Tätigkeiten des Maklers gerade auf das Zustandekommen eines Vertragsverhältnisses des Auftraggebers mit einem Dritten.

Im Gegensatz zum Geschäftsbesorgungs- bzw. Bevollmächtigungsvertrag wird der Makler nicht vorwiegend im Interesse des Auftraggebers, sondern in erster Linie im Eigeninteresse tätig. Der Makler nimmt keine Vermögensinteressen des Auftraggebers wahr, sondern erbringt für diesen eine Dienstleistung im Interesse seines eigenen Vermögens (nämlich zur Erzielung einer Provision). Ob der Auftraggeber eine Vermögensverfügung durch Abschluss eines Vertrages auf Basis der vermittelten Vertragsgelegenheit wahrnimmt, bleibt allein im Entscheidungsbereich des Auftraggebers.

Bereits ein Abgleich der zuvor genannten Unterschiede zwischen einem typischen Maklervertrag und den Rechtsinstituten des Dienst-, Werk-, Dienstverschaffungs- und Geschäftsbesorgungs- bzw. Bevollmächtigungsvertrags sowie

²⁵⁴ Vgl. hierzu *Roth* in MünchKomm, § 652 Rz 228 ff, *Reuter* in Staudinger, §§ 652 ff Rz 11

des GPAVV mit diesen Vertragsarten²⁵⁵ zeigt, dass die Unterscheidungskriterien identisch sind.

Ziel des GPAVV ist der Abschluss eines Arbeitsvertrages zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitsuchenden aufgrund der Vermittlungstätigkeit des GPAVers, welche dann die Zahlung einer Provision des Arbeitgebers an den GPAVer zur Folge haben soll. Dies deckt sich mit dem Ziel des Maklervertrages nach §§ 652 ff dBGB bzw §§ 1 ff öMaklerG, bei dem der Auftraggeber dem Makler für den Fall der Vermittlung eines Vertrages zur Zahlung einer Provision verpflichtet ist, wenn der Vertrag tatsächlich zustande kommt. Die vermittelte arbeitsrechtliche Vertragsbeziehung soll sich ausschließlich zwischen Arbeitgeber und Arbeitsuchendem abspielen, während der GPAVer in keinerlei arbeitgeberähnlichem Verhältnis zum Arbeitsuchenden steht. Der GPAVer ist - wie der Makler - regelmäßig²⁵⁶ weder zu einem Tätigwerden noch zu einem Erfolg verpflichtet. Er handelt bei seiner Vermittlungstätigkeit - wie der Makler - im eigenen Interesse, nämlich dem Erlangen einer Vermittlungsprovision bei erfolgreicher Vermittlungstätigkeit. Auch muss der Arbeitgeber – wie der Auftraggeber eines Maklervertrags – die Leistung des GPAVer nicht annehmen und ist nicht zum Abschluss eines Arbeitsvertrags mit dem vermittelten Arbeitsuchenden verpflichtet.

Die Tätigkeit des GPAVers lässt sich somit in ihren wesentlichen Bestandteilen unter die Merkmale eines Maklervertrags subsumieren. Beim GPAVV handelt es sich damit um einen Maklervertrag nach §§ 652 ff dBGB²⁵⁷ bzw §§ 1 ff öMaklerG.

²⁵⁵ Siehe Kap 3.2.2. bis 3.2.5.

²⁵⁶ Zu den Ausnahmen siehe oben

²⁵⁷ Ähnlich auch *Mugedan*¹, Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch (1899), S 285, der Maklerverträge über Gesinde zum Maklerrecht des dBGB zählt

Für die Annahme eines Maklervertrags spricht im deutschen Recht zudem der Inhalt des § 655 dBGB. Dieser beschäftigt sich mit der Herabsetzung eines Maklerlohns beim Nachweis der Gelegenheit des Abschlusses eines Dienstvertrages. Zu solchen Dienstverträgen zählen typischerweise auch Arbeitsverträge. Somit zeigt die Stellung des § 655 dBGB innerhalb des Maklerrechts, dass mE auch der deutsche Gesetzgeber gewerblich private Arbeitsvermittlung grundsätzlich dem Maklerrecht zuordnen wollte. Dem entspricht auch die Meinung der Literatur, die ausführt, dass § 655 BGB durch Zulassung GPAV wieder an Bedeutung gewonnen hat.²⁵⁸

3.2.6.b. Anwendung der Regelungen über den Handelsmaklervertrag

Die Tätigkeit des Handelsmaklers nach §§ 19 ff öMaklerG bzw §§ 93 ff dHGB, nämlich die Vermittlung eines Vertrages oder des Nachweises einer Abschlussgelegenheit gegen Provision, deckt sich mit der des Maklers nach §§ 1 ff öMaklerG bzw §§ 652 ff dBGB (gemeinhin Zivilmakler genannt). Entscheidender Unterschied zur Abgrenzung sind die Vermittlungsgegenstände, auf welche sich die Maklertätigkeiten beziehen.

Vermittlungsgegenstände des § 19 Abs 1 öMaklerG bzw § 93 Abs 1 dHGB sind Gegenstände des Handelsverkehrs. Dabei zählt das § 93 Abs 1 dHGB namentlich Waren und Wertpapiere, Versicherungen, Güterbeförderungen, Schiffsmieten und sonstige Gegenstände des Handelsverkehrs auf, während sich § 19 öMaklerG auf eine solche beispielhafte Aufzählung verzichtet. Ausgeschlossen vom Handelsmaklerrecht werden

²⁵⁸ *Sprau* in Palandt § 655 Rz 1; *Reuter* in Staudinger § 655 Rz 1; *Roth* in MünchKomm § 655 Rz 1 f; zur Einordnung der Stellenvermittlung zu den Maklerverträgen des BGB vgl auch *Plancks Kommentar zum BGB*⁴ (1913), S 1111 und 1152

nach § 93 Abs 2 dHGB die Vermittlung von Immobilien sowie andere als die in § 93 Abs 1 dHGB genannten Gegenstände.

Die Anwendung von Handelsmaklerrecht nach §§ 19 ff öMaklerG bzw §§ 93 dHGB scheidet für den GPAVV aus, da sich der GPAVV auf die Vermittlung von Arbeitsverhältnissen und nicht auf die Vermittlung von Handelsgeschäften bezieht, was zwingende Voraussetzung des Handelsmaklervertrags wäre.²⁵⁹

3.2.6.c. Ausscheiden eines Vertrags sui generis

Ein Vertrag sui generis scheidet aus, weil sich der GPAVV unter die Tatbestandsvoraussetzungen des Maklerrechts nach §§ 1 ff öMaklerG bzw §§ 652 ff dBGB subsumieren lässt und so die Annahme eines eigenständigen Vertragsgebildes nicht erforderlich ist.

3.2.6.d. Ergebnis der vertraglichen Zuordnung

Beim GPAVV handelt es sich um einen Maklervertrag iSd §§ 1 ff öMaklerG bzw §§ 652 ff dBGB.

²⁵⁹ So auch *Röhrich/Graf von Westphalen*, Handelsgesetzbuch (1998), § 93 Rz 5; von *Hoyningen-Huene* in MünchKomm Handelsgesetzbuch (1996), § 93 Rz 40; *Hermann* in Heymann², Handelsgesetzbuch (1995), § 93 Rz 2

4. VERGLEICH DES GEWERBLICHEN PRIVATEN ARBEITSVERMITTLUNGSVERTRAGES ZUR ARBEITNEHMER- BZW ARBEITSKRÄFTE- ÜBERLASSUNG

Ein in der Praxis weit verbreiteter Bereich der zur Verfügungstellung von Arbeitskraft ist die Arbeitnehmerüberlassung bzw Arbeitskräfteüberlassung, oft auch als Leih- oder Zeitarbeit bezeichnet. Wie unten ausgeführt wird, unterscheiden sich die Begriffe der Arbeitnehmerüberlassung aus dem deutschen Recht und der Arbeitskräfteüberlassung aus dem österreichischen Recht auch inhaltlich leicht, wenn auch nicht gravierend, voneinander. Zur Vereinfachung der Lesbarkeit wird im folgenden einheitlich der deutsche Begriff der Arbeitnehmerüberlassung verwendet, wobei auf die Besonderheiten des Begriffs der Arbeitskräfteüberlassung eingegangen wird.

Arbeitnehmerüberlassung ist in Deutschland im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (dAÜG)²⁶⁰ und in Österreich durch das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (öAÜG)²⁶¹ gesetzlich geregelt. Im folgenden Abschnitt sollen Fälle der Arbeitnehmerüberlassung mit Fällen der GPAV im deutschen und österreichischen Recht verglichen und gegeneinander abgegrenzt werden.

²⁶⁰ dGesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – dAÜG), dBGBI I, S 1393, zuletzt geändert durch Artikel 233 der Verordnung vom 31.10.2006, dBGBI I, S 2407

²⁶¹ öBundesgesetz mit dem die Überlassung von Arbeitskräften geregelt wird (Arbeitskräfteüberlassungsgesetz – öAÜG) öBGBI 1988/196 in der Fassung öBGBI 2005/104

4.1. WESENTLICHE MERKMALE VON ARBEITNEHMERÜBERLASSUNG IM DEUTSCHEN UND ÖSTERREICHISCHEN RECHT

Zunächst werden in diesem Abschnitt die wichtigsten Tatbestandsmerkmale beschrieben, nach denen Arbeitnehmerüberlassung definiert wird.

4.1.1. *Typische Konstellationen einer Arbeitnehmerüberlassung*

Gemäß § 1 Abs 1 dAÜG liegt ein Fall der Arbeitnehmerüberlassung generell dann vor, wenn ein Arbeitgeber (Verleiher) einem Dritten (Entleiher) einen Arbeitnehmer gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlässt. In § 3 Abs 1 öAÜG ist Arbeitnehmerüberlassung definiert als Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte.

Für die nachfolgend vorzunehmende Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung iSd dAÜG bzw öAÜG und GPAV iSd dSGB III und öAMFG muss man daher zunächst die einzelnen Kriterien von Arbeitnehmerüberlassung näher betrachten. Hierbei sind zwei mögliche Fallkonstellationen von Arbeitnehmerüberlassung zu unterscheiden:

In Variante 1 beschäftigt ein Arbeitgeber einen Arbeitnehmer entsprechend eines bestimmten Berufsbildes, welches für seine innerbetriebliche Organisation erforderlich ist (zB einen Dreher an einer Drehbank innerhalb eines Maschinenbaubetriebes). Diesen Arbeitnehmer überlässt er einmalig oder gelegentlich (aber nicht regelmäßig) anderen Arbeitgebern damit der Arbeitnehmer in deren Betrieben vorübergehend tätig wird.

In Variante 2 überlässt ein Arbeitgeber dagegen nicht nur gelegentlich, sondern regelmäßig und gewerbsmäßig einen

Arbeitnehmer anderen Arbeitgebern (den Entleihern bzw Beschäftigern). Der Arbeitgeber (Verleiher bzw Überlasser) selbst benötigt die spezifische Arbeitsleistung des Arbeitnehmers in seinem Betrieb in der Regel²⁶² nicht unmittelbar und primär, sondern nur mittelbar, um sie an dritte Entleiher weitergeben zu können.

Nur diese zweite Variante fällt im deutschen Recht unter den hier untersuchten Bereich der Arbeitnehmerüberlassung wie sie im dAÜG definiert ist, da § 1 Abs 1 Satz 1 dAÜG zum Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung deren Gewerbsmäßigkeit voraussetzt.²⁶³ Der Begriff der Gewerbsmäßigkeit iSd § 1 Abs 1 Satz 1 dAÜG ist vom Begriff der Gewerblichkeit von Arbeitsvermittlung iSd der zivilrechtlichen Definition des GPAVV hinsichtlich der Gewinnerzielungsabsicht zu unterscheiden. Beim GPAVV kann es zivilrechtlich aus Sicht des Vertragspartners egal sein, ob der GPAA mit seiner Tätigkeit eine Gewinnerzielungsabsicht verfolgt.²⁶⁴ § 1 Abs 1 dAÜG greift dagegen zum Schutz der Arbeitnehmer regulierend in die Tätigkeit von Unternehmen ein, die Arbeitnehmerüberlassung durchführen. Für einen solchen Eingriff ist es aber gerade ausschlaggebend, dass der Verleiher seine Tätigkeit eben nicht nur in gelegentlichen Fällen der Variante 1, sondern zielgerichtet zum Zwecke der Gewinnerzielung durchführt. Dabei ist es für die Gewinnerzielungsabsicht im Rahmen der Gewerbsmäßigkeit nicht entscheidend, dass der gesamte Betrieb mit Gewinnerzielungsabsicht geführt wird. Vielmehr ist

²⁶² Als Ausnahme ist aber vorstellbar, dass ein Betrieb einen AN zwar sehr wohl fachlich in der eigenen Organisation beschäftigen kann, er aber zudem seine AN regelmäßig an andere Unternehmen, quasi als eine Art Nebenerwerb, überlässt. Auch dann handelt es sich um einen Fall der 2. Variante.

²⁶³ Putzo in Palandt, Vor § 611 RdNr 39 f unterscheidet zwischen „echtem Leiharbeitsverhältnis“ (entspricht im Wesentlichen Variante 1) und „unechtem Leiharbeitsverhältnis“ (entspricht im Wesentlichen der 2. Variante).

ausschlaggebend, dass eine Gewinnerzielungsabsicht in Bezug auf die konkreten, regelmäßigen Arbeitnehmerüberlassungen vorliegt.²⁶⁵ Der Begriff der Gewerbsmäßigkeit ist bei § 1 Abs 1 dAÜG also enger auszulegen, als der Begriff der Gewerblichkeit beim GPAVV, da er bei § 1 Abs 1 dAÜG auch eine Gewinnerzielungsabsicht des Verleihers voraussetzt.

Im österreichischen Recht ist dieser Sachverhalt etwas komplizierter geregelt. Sowohl § 1 Abs 2 öAÜG wie auch § 135 Abs 2 öGewerbeordnung 1994 regeln die Ausnahmetatbestände, bei denen eine Überlassung nicht unter den Geltungsbereich des öAÜG fallen bzw kein reglementiertes Gewerbe darstellen. Dabei ist festzustellen, dass in Bezug auf die Überlassungstätigkeit von Unternehmen die Ausnahmetatbestände des § 1 Abs 2 Nr 3, 4, 5 und 7 öAÜG²⁶⁶ und des § 135 Abs 2 Nr 2, 3, 4 und 5 öGewerbeordnung 1994 inhaltlich identisch sind. Allerdings geht § 135 Abs 2 Nr 1 öGewerbeordnung 1991 dann nicht von einem reglementierten Gewerbe aus, wenn nur eine vorübergehende Überlassung (nicht mehr als 6 Monate) in einen anderen Betrieb vorliegt, der in der selben Branche wie der Betrieb des Überlassers tätig ist (Konstellation der Variante 1). Dagegen kennt § 1 Abs 2 öAUG diesen Ausnahmetatbestand nicht. Damit fällt Variante 1 in Österreich in den Anwendungsbereich des öAÜG, stellt aber zugleich kein reglementiertes Gewerbe nach § 135 öGewerbeordnung 1994 dar. Dies hat zur Folge, dass gemäß § 1 Abs 3 öAÜG für diese Fälle die Regelungen der §§ 10-14 öAÜG keine Anwendung finden.²⁶⁷

Fraglich ist, ob zum Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung auch eine unternehmerische Tätigkeit des

²⁶⁴ Vgl auch Kap 3.1.2.

²⁶⁵ So auch *Niebler/Biebl/Ulrich*¹, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (1999), RdNr 100

²⁶⁶ § 1 Abs 2 Nr 1, 2 und 6 öAÜG enthalten weitere Fälle, öffentlicher bzw land- und forstwirtschaftlicher Überlassung

²⁶⁷ *Sacherer/Schwarz*, Erl 10 zu § 1 und Erl 2 zu § 3

Entleihers/Beschäftigers vorausgesetzt wird oder ob auch eine Überlassung in einen Privathaushalt (zB als Haushaltshilfe oder Pflegekraft) eine Arbeitnehmerüberlassung darstellen kann. Im österreichischen Recht könnte die Formulierung des § 3 Abs 3 öAÜG gegen eine solche Anwendung sprechen, da hier vorausgesetzt wird, dass der Beschäftiger den Beschäftigten für betriebseigene Aufgaben einsetzt. Aus dem Wortlaut des § 3 Abs 3 öAÜG ließe sich nun schließen, dass auf Seiten des Beschäftigers ein Betrieb vorhanden sein muss, was im Falle der Überlassung an einen Privathaushalt gerade nicht gegeben ist. Diese enge Auslegung des § 3 Abs 3 öAÜG auf den reinen Wortlaut wird von *Mazal*²⁶⁸ zu Recht abgelehnt. Vielmehr will die Formulierung der betriebseigenen Aufgaben die organisatorische Eingliederung beim Beschäftiger hervorheben, die auch in Privathaushalten möglich ist. Insofern ist der Begriff des Betriebs hier weit auszulegen und stellt auf eine feste (auch in Privathaushalten mögliche) Organisationsform ab. Im deutschen Recht ist diese Auslegungsproblematik so nicht vorhanden, da § 1 Abs 1 Satz 1 dAÜG lediglich von der Überlassung von Arbeitsleistungen an einen Dritten spricht und keine betriebseigenen Aufgaben erwähnt. Insofern können auch nach dem deutschen Recht Überlassungen in Privathaushalte Arbeitnehmerüberlassung darstellen.

²⁶⁸ *Mazal* „Rechtsfragen des Anwendungsbereichs des AÜG“ in ZAS 2005, S 248, dem zustimmend auch *Sacherer/Schwarz*, Erl 3.3 zu § 3

4.1.2. Merkmale des Arbeitnehmerverhältnisses, der arbeitnehmerähnlichen Personen und Umgang mit Scheinselbstständigkeit

Ein weiteres, sich im deutschen und österreichischen Recht unterscheidendes Merkmal von Arbeitnehmerüberlassung ist die Stellung des überlassenen Mitarbeiters beim Überlasser. § 1 Abs 1 Satz 1 dAÜG setzt zwingend voraus, dass der überlassene Mitarbeiter Arbeitnehmerstellung beim Überlasser innehat. Dagegen spricht § 3 Abs 1 iVm Abs 4 öAÜG von Arbeitnehmern und arbeitnehmerähnlichen Personen.

Die Aufnahme des Begriffes arbeitnehmerähnliche Person ist auch der Grund, weshalb im österreichischen Recht nicht der Begriff der Arbeitnehmerüberlassung verwandt wird, sondern man weiter gefasst von Arbeitskräfteüberlassung spricht (in dieser Arbeit werden lediglich zur sprachlichen Vereinfachung beide Fälle als „Arbeitnehmerüberlassung“ zusammengefasst). Zur Definition der arbeitnehmerähnlichen Personen wird § 51 Abs 3 öASGG²⁶⁹ herangezogen. Dort werden Heimarbeiter (§ 51 Abs 3 Nr 1 öASGG) und Personen, die im Auftrag und auf Rechnung bestimmter Personen Arbeit leisten und wegen wirtschaftlicher Unselbstständigkeit als arbeitnehmerähnlich anzusehen sind (§ 51 Abs 3 Nr 2 öASGG) Arbeitnehmern gleich gestellt. Entscheidend ist dabei, dass die ökonomische Situation einer arbeitnehmerähnlichen Person - aufgrund der wirtschaftlichen Abhängigkeit - der Situation eines Arbeitnehmers ähnlich ist.²⁷⁰ Zahlreiche Kriterien, wann eine solche wirtschaftliche Abhängigkeit und in Folge eine arbeitnehmerähnliche Beschäftigung vorliegt finden sich bei

²⁶⁹ öBundesgesetz vom 07.03.1985 zur Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit (Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz – öASGG) öBGBl 104/1985

²⁷⁰ Geppert¹, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (1989), Erl 5 zu § 3

*Sacherer/Schwarz*²⁷¹. Somit sind über § 51 Abs 3 Nr 2 öASGG auch selbständige, die in wirtschaftlicher Abhängigkeit zum Überlasser stehen, als überlassende Arbeitnehmer iSd § 3 Abs 4 öAÜG zu definieren.

Im deutschen Recht werden zwar arbeitnehmerähnliche Personen nicht ausdrücklich in die Definition der Arbeitnehmerüberlassung nach § 1 Abs 1 Satz 1 dAÜG einbezogen, vielmehr wird die Problematik über die Definition des Arbeitnehmerbegriffs selbst gelöst.

In Bezug auf Heimarbeit stellt § 13 dSGB III fest, dass Heimarbeiter als Arbeitnehmer iSd dSGB III zu behandeln sind, auch § 12 Abs 2 dSGB IV²⁷² behandelt Heimarbeiter wie abhängig Beschäftigte. Ein entsprechender Verweis im dAÜG fehlt dagegen, es ist aber davon auszugehen, dass in entsprechender Anwendung der oben genannten Vorschriften auch in Bezug auf Arbeitnehmerüberlassung Heimarbeiter Arbeitnehmern gleichzustellen sind, da kein Grund erkennbar ist, weshalb von diesem Grundsatz in Bezug auf Arbeitnehmerüberlassung abzuweichen sein sollte.

Die Überlassung sonstiger arbeitnehmerähnlicher Beschäftigter wird im deutschen Recht über die Regelungen zu sogenannten Scheinselbständigkeit gelöst. Dabei handelt es sich um Fälle, in welchen eine Personen zwar als Selbständiger auftritt, tatsächlich aber ein Abhängigkeitsverhältnis zum Auftraggeber besteht, das so groß ist, dass der abgeschlossene selbständige Dienst- oder Werkvertrag nur zum Schein abgeschlossen wurde, zB um arbeits- und sozialrechtliche Regelungen zu umgehen.

²⁷¹ *Sacherer/Schwarz*, Erl 3.1.2. zu § 3; ausgehend vom verwandten sozialversicherungsrechtlichen Begriff der „dienstnehmerähnlichen Beschäftigung“ finden sich umfangreiche Auslegungshilfen auch bei *Schrank/Grabner*, S 35 ff

²⁷² Sozialgesetzbuch IV – Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung, dBGBI I, S 594

Ein Versuch einer gesetzlichen Regelung der sogenannten Scheinselbständigkeit wurde mit Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte²⁷³ unternommen. Durch dieses Gesetz wurden in § 7 Abs 4 dSGB IV zunächst vier Kriterien eingefügt, wobei beim Vorliegen von nur zwei Kriterien bereits eine Scheinselbständigkeit vermutet wurde. Nach heftiger öffentlicher Kritik an der Neuregelung wurde eine Kommission zur Überprüfung der Auswirkungen des Gesetzes eingesetzt.²⁷⁴ Auf Basis des Abschlussberichts der Kommission²⁷⁵ wurde das Gesetz dann rückwirkend zum 01.01.1999 neu gefasst.²⁷⁶ Demnach griff die widerlegbare Vermutung der Scheinselbständigkeit ein, wenn eine erwerbsmäßig tätige Person ihren Auskunfts- und Mitwirkungspflichten nach § 206 dSGB X oder § 196 Abs 1 dSGB XI nicht nachkam und mindestens drei der folgenden fünf Merkmale im Zusammenhang mit der Tätigkeit vorlagen:

- Die Person beschäftigt in Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer, dessen Arbeitsentgelt aus diesem Beschäftigungsverhältnis regelmäßig im Monat 630 Deutsche Mark überschreitet;
- sie ist auf Dauer und im wesentlichen für einen Auftraggeber tätig;
- ihr Auftraggeber oder ein vergleichbarer Auftraggeber lässt entsprechende Tätigkeiten regelmäßig durch von ihm beschäftigte Arbeitnehmer verrichten;
- ihre Tätigkeit lässt typische Merkmale unternehmerischen Handelns nicht erkennen;

²⁷³ dGesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte, dBGBl I S 3842

²⁷⁴ Hauck/Haines, Sozialgesetzbuch Kommentar K § 7 RdNr 55

²⁷⁵ oV „Abschlussbericht der Kommission zur Überprüfung der Auswirkungen des Gesetzes zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte“ abgedruckt in NZS 1999/12, S XI-XIII

- ihre Tätigkeit entspricht dem äußeren Erscheinungsbild nach der Tätigkeit, die sie für denselben Auftraggeber zuvor auf Grund eines Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt hatte.

Zwischenzeitlich sind auch diese konkreten Tatbestände und die Vermutung nicht mehr in § 7 Abs 4 dSGB IV enthalten. Vielmehr spricht jetzt § 7 Abs 1 dSGB IV davon, dass Anhaltspunkte für eine Beschäftigung - und damit für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses - dann gegeben sind, wenn eine Tätigkeit nach Weisungen vorliegt und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers gegeben ist. Liegen diese Tatbestände vor – was auch anhand der bisherigen Kriterien der Scheinselbständigkeit Einzelfallbezogen zu untersuchen ist – so liegt unabhängig von der tatsächlichen Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses eine Arbeitnehmerstellung des Beschäftigten vor, wodurch dieser im Falle einer Überlassung als Arbeitnehmer iSd § 1 Abs 1 Satz 1 dAÜG zu behandeln ist.

Faktisch sind die Anwendungsbereiche des dAUG und des öAÜG in Bezug auf arbeitnehmerähnliche Personen damit sehr ähnlich. Der wesentliche Unterschied im Umgang mit arbeitnehmerähnlichen Personen im österreichischen und deutschen Recht ist, dass das österreichische Recht zwischen Arbeitnehmern und arbeitnehmerähnlichen Personen ausdrücklich unterscheidet und die arbeitnehmerähnlichen Personen lediglich in den Schutzbereich einzelner Gesetze mit aufnimmt, während das deutsche Recht über die Regelungen zur Scheinselbständigkeit solche arbeitnehmerähnliche Personen, auf welche die Kriterien der Scheinselbständigkeit zutreffen, unmittelbar als Arbeitnehmer behandelt.

²⁷⁶ dGesetz zur Förderung der Selbständigkeit, dBGBI I, S 388

4.1.3. Rechtsverhältnis zwischen Entleiher/Beschäftigter und überlassenem Arbeitnehmer/Beschäftigtem

§ 1 Abs 1 Satz 1 dAÜG und § 1 Abs 1 öAÜG setzen voraus, dass der Arbeitnehmer/Beschäftigte dem Entleiher/Beschäftigter überlassen wird. Dabei muss der Verleiher/Überlasser dem Entleiher/Beschäftigter einen Arbeitnehmer/Beschäftigten vorübergehend zur Eingliederung in den Betrieb des Entleihers/Beschäftigers überlassen.

Inwieweit sich daraus ein eigenständiges Recht des Entleihers auf Leistungen des Arbeitnehmers ableiten lässt, ist im deutschen Recht strittig. In der Literatur werden hierzu drei verschiedene Ansätze diskutiert:

Eine Meinung²⁷⁷ sieht im Verhältnis zwischen Entleiher und Arbeitnehmer ein sogenanntes „Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht“ des Arbeitnehmers gegenüber dem Entleiher. Sie will dem Entleiher kein unmittelbares oder mittelbares Forderungsrecht auf mangelfreie Leistung einräumen. Vielmehr versteht sie das Vertragsverhältnis zwischen Verleiher und Arbeitnehmer als Vertragsverhältnis mit Schutzwirkung zugunsten eines Dritten (dem Entleiher) so dass die Rechte des Entleihers sich lediglich auf Schutzrechte²⁷⁸ aus diesem Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte beschränken.

Nach einer anderen, der vorhergehenden konträr gegenüberstehenden Auffassung²⁷⁹, liegt bei

²⁷⁷ Windbichler¹, Arbeitsrecht im Konzern (1989), S 87 f

²⁷⁸ Grundsätzlich zu solchen Schutzrechten Canaris „Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen“ in JZ 1965, S 475 ff

²⁷⁹ Mayer-Maly „Das Leiharbeitsverhältnis“ in ZfA 1972, 1; Ramm „Die Aufspaltung der Arbeitgeberfunktion“ in ZfA 1973, 263 ff, der aber ein Doppelarbeitsverhältnis iSv zwei Arbeitsverhältnissen und damit auch zwei separaten Vertragsverhältnissen ablehnt, sondern die Rechte und Pflichten aus einem Arbeitsverhältnis mit einem einheitlichen Arbeitsvertrag auf zwei AG aufgespalten wissen möchte (zB bei Nichtigkeit relevant, da ein Vertrag immer gegenüber beiden nichtig wäre); Nikisch, S 245; Hessel „Nochmals: Das Leiharbeitsverhältnis“ in BB, 1970, S 307 ff, der fälschlicherweise nicht nur ein Arbeitsverhältnis des AN zum Entleiher konstruiert, sondern daraus

Arbeitnehmerüberlassung ein sogenanntes „Doppelarbeitsverhältnis“ vor. Danach wird die Arbeitgeberfunktion zugleich auf den Ver- und Entleiher aufgeteilt.

Zwei vermittelnde Meinungen wollen den Vertrag zwischen Verleiher und Arbeitnehmer als echten²⁸⁰ oder unechten²⁸¹ Vertrag zugunsten eines Dritten (des Entleihers) definieren. Bei einem echten Vertrag zugunsten des Entleihers besitzt der Entleiher ein eigenes, aus diesem Vertrag abgeleitetes Forderungsrecht zur Leistung gegenüber dem Arbeitnehmer. Beim unechten Vertrag zugunsten des Verleihers dagegen erhält der Entleiher vom Verleiher die Ermächtigung, dessen Forderungsrecht gegenüber dem Arbeitnehmer auszuüben.

Die Auffassung vom Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht läßt mE die Organisationsgewalt zu sehr beim Verleiher und rückt damit den Arbeitnehmer in die Nähe eines Erfüllungsgehilfen des Verleihers.²⁸²

Bei der Annahme eines Doppelarbeitsverhältnisses wird wiederum der Sinn der Arbeitnehmerüberlassung verkannt, bei welcher - aus Sicht der Parteien - eben gerade kein bindendes Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Arbeitnehmer eingegangen werden soll.

Die vermittelnde Meinung löst dagegen nach meiner Auffassung die Problematik zutreffend. Meines Erachtens ist die Theorie vom unechten Vertrag zugunsten Dritter vorzuziehen,

immer eine (damals fast stets) unerlaubte Arbeitsvermittlung des Verleihers ableitet

²⁸⁰ *Schüren*¹, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (1994), Einleitung RdNr 138 ff und § 1 RdNr 70 ff

²⁸¹ So *Sandmann/Marschall*, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (Stand 2004) Art 1 § 9 RdNr 5, der es von der vertraglichen Gestaltung zwischen Verleiher und AN abhängig machen will, ob ein „Leistungs- und Weisungsrecht vom Verleiher abgetreten werden muss“ (so zB *Hueck/Nipperdey*, Band 1 S 523) oder als echter Vertrag zugunsten Dritter unmittelbar dem Entleiher zusteht

²⁸² In einer solchen Stellung wollte aber das dRAG den AN eines Leiharbeitsverhältnisses sehen, vgl Entscheidung des dRAG vom 05.06.1940 in Arbeitsrechtssammlung Band 40, S 10 f

da ein abgeleitetes Forderungsrecht des Entleihers aus dem primären Recht des Verleihers besser dem arbeitsrechtlichen Charakter der Beziehung zwischen Verleiher und Arbeitnehmer Rechnung trägt. Welche der beiden Varianten (also echter oder unechter Vertrag zugunsten Dritter) man bevorzugt, ist in der Praxis allerdings kaum von Relevanz.

In Österreich geht man in der Literatur davon aus, dass zwischen dem Beschäftiger und der Arbeitskraft zwar ein Beschäftigungsverhältnis entsteht, wobei aber klar gestellt wird, dass es sich dabei im Allgemeinen nicht um eine vertragliche Beziehung und insbesondere nicht um eine arbeitsvertragliche Beziehung handelt.²⁸³ Der Ausschluss der arbeitsvertraglichen Beziehung ist mE schon deshalb zwingend, weil dies – wie oben bereits ausgeführt – dem Wesen der Arbeitnehmerüberlassung widerspricht. Allerdings kommt mE auch in Österreich eine Anwendung der Vorschriften über den Vertrag zugunsten Dritter nach § 881 öABGB in Betracht. Zumindest hinsichtlich der Art und Weise der Leistungserbringung entsteht durch die Übertragung des Weisungsrechtes auf den Beschäftiger aus meiner Sicht diesbezüglich auch ein Anspruch des Beschäftigers zum „wie“ der Leistungserbringung, welchen der Beschäftiger gegenüber der Arbeitskraft durch Ausübung seines Weisungsrechtes durchsetzen kann. Insofern würde ich auch hier von einem „unechten“ Vertrag zugunsten des Beschäftigers sprechen, bei dem der Beschäftiger zwar gegenüber der Arbeitskraft keine eigenständige Forderung hat, er aber vom Überlasser zur Ausübung dessen Forderungsrechts gegenüber der Arbeitskraft ermächtigt wird. Dies gibt mE auch eine geeignete Definition

²⁸³ *Sacherer/Schwarz*, Erl 4 zu § 3; *Obereder* in *Mazal/Risak*, XV Rz1, *Mazal*¹, *Arbeitskräfteüberlassung* (1988), S 67 f

des in der Literatur²⁸⁴ erwähnten Beschäftigungsverhältnisses zwischen Beschäftiger und Arbeitskraft.

²⁸⁴ Siehe oben

4.1.4. *Wesen des Überlassungsvertrages*

Im Gegensatz zum Werkvertrag schuldet der verleihende Arbeitgeber nicht selbst den konkreten Leistungserfolg eines durch die Tätigkeit des Arbeitnehmers herzustellenden Werkes, sondern er schuldet „nur“ die Überlassung dieses Arbeitnehmers.

Dementsprechend wird in der österreichischen Literatur²⁸⁵ der Überlassungsvertrag idR eindeutig als Dienstverschaffungsvertrag eingeordnet, während diese Frage in der deutschen Literatur teilweise umstritten ist. Dies hängt in Deutschland wesentlich von der Auffassung ab, wann ein Dienstverschaffungsvertrag vorliegt.

*Marschner*²⁸⁶ geht davon aus, dass man von einem Dienstverschaffungsvertrag nur dann sprechen kann, „wenn ein Vertragspartner die Verpflichtung übernimmt, dem anderen Partner nicht die Arbeitsleistung, sondern die selbständige Dienstleistung eines Dritten zu verschaffen (zB die Dienstleistung als unabhängiger Wirtschaftsprüfer).“ Diese Definition ist meines Erachtens zu eng. Vielmehr ist davon auszugehen, dass Dienstverschaffung sowohl die Verschaffung selbständiger wie auch unselbständiger Dienste umfassen kann. Im Falle der Verschaffung unselbständiger Dienste liegt aber gerade eine Arbeitnehmerüberlassung vor, so dass es sich bei einem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag um einen besonderen und gesetzlich im dAÜG geregelten Fall des Dienstverschaffungsvertrages handelt.²⁸⁷ Im Falle der Verschaffung von selbständigen Diensten handelt es sich dagegen nicht um Arbeitnehmerüberlassung iSd dAÜG, da das

²⁸⁵ *Obereder* in Mazal/Risak, XV Rz 1; *Sacherer/Schwarz*, Erl 4 zu § 3; *Geppert*, Erl 3 zu § 3; *Mazal*, S 59

²⁸⁶ *Marschner* „Die Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung von anderen Formen des Personaleinsatzes“ in NZA 14/1995, S 670

²⁸⁷ So auch *Niebler/Biebl/Ulrich*, RdNr 91 f; *Putzo* in Palandt Vor § 611 RdNr 25

spezifische Kriterium der Arbeitnehmereigenschaft des Überlassenen fehlt. Es liegt dann ein Fall des Dienstverschaffungsvertrages vor, der keine Arbeitnehmerüberlassung ist.

In Ausnahmefällen kann aber mE sowohl in Deutschland, wie in Österreich auch bei Verschaffung der Dienste eines unselbständigen Arbeitnehmers eine Dienstverschaffung vorliegen, die keine Arbeitnehmerüberlassung darstellt. Dies ist zB dann denkbar, wenn eine Yachtcharter-Gesellschaft einem Mieter eine Yacht inklusive der dazugehörigen Crew (Angestellte der Charter-Gesellschaft) für einen bestimmten Zeitraum zur freien Verfügung des Charterers (ohne den konkreten Erfolg des Erreichens eines bestimmten Ziels) „vermietet“. Der Vertrag zwischen der Charter-Gesellschaft und dem Charterer ist ein gemischter Miet- und Dienstverschaffungsvertrag. Obwohl die Crew unselbständig bei der Charter-Gesellschaft beschäftigt ist, liegt hier aber dennoch kein Fall der Arbeitnehmerüberlassung vor, da es an dem hierfür typischen Merkmal des vorübergehenden Einordnens der überlassenen Arbeitnehmer in einen Betrieb des Entleihers/Beschäftigers mangelt.

Schwierig kann die Abgrenzung in Deutschland zudem in den Fällen sein, in denen im Verhältnis zwischen Überlasser und Dienstverpflichtetem eine sogenannte Scheinselbständigkeit vorliegt.²⁸⁸ In diesen Fällen tritt der Dienstverpflichtete gegenüber dem Überlasser zwar offiziell als Selbständiger auf, während tatsächlich die Kriterien eines unselbständigen Arbeitsverhältnisses vorliegen. Liegt ein solcher Fall der Scheinselbständigkeit vor, ist der Dienstverpflichtete wie ein unselbständiger Arbeitnehmer zu behandeln. Entsprechend ist der Überlasser als Arbeitgeber des Dienstverpflichteten

²⁸⁸ Zur Scheinselbständigkeit vergleiche die ausführlichen Auswirkungen oben

anzusehen, wodurch es sich bei Überlassung dieses Arbeitnehmers an einen Beschäftigten um Arbeitnehmerüberlassung handelt. Im österreichischen Recht ist dieser „Umweg“ über die Scheinselbstständigkeit nicht notwendig, da § 3 Abs 4 öAÜG arbeitnehmerähnliche Personen bereits in die Definition der Arbeitskraft einer Überlassung einbezieht.

4.1.5. Sonderfälle der Subüberlassung und der Zwischenmeisterverträge

Bei der sogenannten Subüberlassung sind zwei Fallkonstellationen zu unterscheiden:

In Variante 1 ist ein Arbeitnehmer/Beschäftigter bei einem Unternehmen angestellt, welches von einem anderen Unternehmen über eine beherrschende Beteiligung kontrolliert wird (Konzernunternehmen), das wiederum den Beschäftigten an einem Dritten überlässt. In solchen Fällen ist es nicht unbedingt erforderlich, dass der Beschäftigte unmittelbar beim Verleiher/Überlasser angestellt ist. Auch eine Beschäftigung in einem mit vom Überlasser kontrollierten Unternehmen ist zur Annahme einer Arbeitnehmerüberlassung ausreichend, da ansonsten die Vorschriften des dAÜG bzw öAÜG leicht umgangen werden könnten. Entscheidend für die Arbeitnehmereigenschaft ist, dass der Arbeitnehmer bei einem Unternehmen angestellt ist, bei dem der Verleiher die faktische Einflussmöglichkeit (im Sinne eines Weisungsrechts²⁸⁹) auf den Arbeitnehmer hat.

Schwieriger sind dagegen die Fälle der Subüberlassung in Variante 2 zu beurteilen. In dieser Variante überlässt ein Verleiher/Überlasser einen Arbeitnehmer/Beschäftigten, der ihm selbst nur von einem anderen Verleiher/Überlasser zur Verfügung gestellt würde. Dieser Verleiher/Überlasser ist damit zugleich auch Beschäftigter gegenüber einem anderen Verleiher/Überlasser.

In der österreichischen Literatur sind diese Fälle umstritten. Ein Teil lehnt generell die Zulässigkeit solcher Konstellationen ab und hält sie für rechtswidrig²⁹⁰, da für den Beschäftigten nicht

²⁸⁹ Ein solches Weisungsrecht verlangt auch *Sandmann/Marschall*, Art 1 § 1 RdNr 6

²⁹⁰ *Geppert*, Erl 6.2 zu § 3; kritisch zu Subüberlassungen, aber nicht gänzlich ablehnend *Sacherer/Schwarz*, Erl 4 zu § 3

mehr nachvollziehbar sei, wer eigentlich sein Arbeitgeber ist und somit unterstellt einen Verstoß der Überlasser gegen deren Arbeitgeberpflichten. Dagegen hält ein anderer Teil der Literatur²⁹¹ diese Fälle aus meiner Sicht zu Recht für zulässig, nämlich immer dann, wenn beide Überlasser ihren Arbeitgeberpflichten gegenüber dem Beschäftigten nachkommen. Auch wenn eine solche Konstellation duplizierter Überlasser und Beschäftigter rechtlich kompliziert sind, so ist doch die Arbeitskraft ausreichend geschützt, so dass es keinen Grund für eine Rechtswidrigkeit gibt.

In Deutschland werden diese Fälle als sog Ketten- oder Zwischenverleih bezeichnet, wobei ein Teil der Literatur²⁹² in diesen Fällen von einer Überlassung mit mehreren Beteiligten und ein anderer Teil von zwei (oder mehr) einzelnen Überlassungen²⁹³ ausgeht. Beide Auffassungen halten die Kettenüberlassungen für zulässig. Die Auffassung von mehreren einzelnen Überlassungen deckt sich dabei in der Wirkung mit dem Teil der österreichischen Literatur²⁹⁴, der beiden Überlassern Arbeitgeberpflichten gegenüber dem Beschäftigten auferlegen möchte. Insofern ist dieser Weg sowohl im österreichischen wie auch im deutschen Recht der mE sinnvollste.

Abzugrenzen ist Arbeitnehmerüberlassung auch von Fällen der sogenannten Zwischenmeisterverträge. Bei solchen Verträgen schließt ein Arbeitnehmer einen Anstellungsvertrag bei einem Zwischenmeister, der wiederum selbst bei einem „Endarbeitgeber“ angestellt ist. Obwohl der Arbeitnehmer seinen Vertrag mit dem Zwischenmeister abgeschlossen hat, ist

²⁹¹ *Mazal* „Zur Zulässigkeit von Subüberlassungen“ in *ecolex* 2001, S 256

²⁹² *Sandmann/Marschall*, Einl Anm 3

²⁹³ *Boemke/Lembke*², Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (2005) § 1 RdNr 12

²⁹⁴ Siehe oben

er faktisch für den Endarbeitgeber tätig.²⁹⁵ Das Arbeitsverhältnis des Zwischenmeisters zum „Endarbeitgeber“ schließt aber regelmäßig eine gewerbliche Überlassung des Arbeitnehmers aus, da der Zwischenmeister ihn gerade nur für eine Tätigkeit beim „Endarbeitgeber“ und nicht für eine Überlassung an weitere, andere Arbeitgeber eingestellt hat²⁹⁶ und es zudem an einer echten Überlassung fehlt, da das Weisungsrecht weiterhin beim Zwischenmeister liegt.

²⁹⁵ Siehe Entscheidung des dBAG, EzAÜG Nr 116

²⁹⁶ So auch *Niebler/Biebl/Ulrich*, RdNr 94

4.2. ABGRENZUNG VON GEWERBLICHER PRIVATER ARBEITSVERMITTLUNG UND ARBEITNEHMER-ÜBERLASSUNG

4.2.1. Gesetzliche Abgrenzungskriterien

Das Verhältnis von Arbeitnehmerüberlassung zur GPAV hat sich im Laufe der letzten Jahrzehnte sowohl in Deutschland wie auch in Österreich gewandelt.

Während § 37 Abs 3 dAVAVG Arbeitnehmerüberlassung noch als eine Unterform der Arbeitsvermittlung definierte, formulierte das dAÜG vor seiner letzten Änderung vom 16.12.1997 ausdrücklich, dass Arbeitnehmerüberlassung und Arbeitsvermittlung sich ausschließen.

Dies ging in Deutschland vor 1997 bereits aus § 1 Abs 1 Satz 1 dAÜG aF hervor, der Arbeitnehmerüberlassung immer nur dann annahm, wenn die Tätigkeit eines Verleihers keine Arbeitsvermittlung iSd § 13 dAFG war. Es war demnach eine ausdrückliche Bedingung, dass der Verleiher mit seiner Tätigkeit keine Arbeitsvermittlung iSd § 13 dAFG betreibt. Damit war bereits gesetzlich festgelegt, dass Arbeitsvermittlung keine Arbeitnehmerüberlassung sein kann.²⁹⁷ Diese Bedingung ist im Wege der Neuregelung weggefallen, da diese Formulierung überflüssig wurde, weil sich nach zwischenzeitlich gefestigter Meinung Arbeitnehmerüberlassung und Arbeitsvermittlung ausschließen²⁹⁸ und dies daher nicht nochmals im Gesetz wiederholt werden muss.²⁹⁹

Auch im österreichischen Recht fand sich eine gesetzliche Regelung, welche klar stellte, dass Arbeitsvermittlung und Arbeitnehmerüberlassung unterschiedliche Rechtsinstitute sind.

²⁹⁷ Vgl. *Schüren*, Einleitung RdNr 12

²⁹⁸ Was im weiteren Verlauf dieses Kapitels nachgewiesen wird

In § 108b Abs 2 öGewerbeordnung 1991 bzw § 129 Abs 2 öGewerbeordnung 1994 und § 17d Abs 1 Nr 2 öAMFG (beide in der Fassung vor dem öKonjunkturbelebungs-gesetz 2002) war geregelt, dass es Bedingung für die Ausübung des Gewerbes als GPAVer sei, dass der GPAVer nicht zugleich das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung ausübt. Zwar ist dieses Verbot gleichzeitiger Ausübung von GPAV und Arbeitnehmerüberlassung heute nicht mehr existent, dies ändert aber nichts an der Auffassung des Gesetzgebers, dass es sich grundsätzlich um unterschiedliche Rechtsinstitute handelt.

Man könnte allerdings man aus den Vorschriften des § 1 Abs 2 dAÜG bzw des § 2 Abs 4 öAMFG ableiten, dass es eine Überschneidung zwischen GPAV und Arbeitnehmerüberlassung gibt. Im Falle, dass ein Entleiher/Überlasser seine Arbeitgeberpflichten gegenüber dem Arbeitnehmer/Beschäftigten nicht erfüllt, vermutet § 1 Abs 2 dAÜG das Vorliegen von Arbeitsvermittlung, während § 2 Abs 4 öAMFG noch über eine Vermutung hinausgeht und stets eine Arbeitsvermittlung fingiert. Man könnte nun auf den Gedanken kommen, dass in diesen Fällen Arbeitnehmerüberlassung und Arbeitsvermittlung deckungsgleich seien. Hierzu sind diese Vorschriften und ihre Zielsetzung zunächst näher zu betrachten. § 1 Abs 2 dAÜG nennt als Fälle für mangelnde Übernahme von Arbeitgeberpflichten bzw des Arbeitgeberrisikos die Fälle des § 3 Abs 1 Nr 1-3 dAÜG (zB eine fehlende Übernahme des Arbeitgeberanteils bei der Sozialversicherung oder ein Unterlassen der Einbehaltung und Abführung von Lohnsteuer). In diesen Fällen wird angenommen, dass der Verleiher die typischen Arbeitgeberrisiken nur unzureichend übernimmt, daher vermutet das Gesetz in solchen Fällen das Vorliegen von

²⁹⁹ Vgl auch Begründung zum Gesetzesentwurf der CDU/CSU- sowie der F.D.P.-Fraktion BT-Drucksache 13/4941

GPAV. Diese Vermutung kann vom Verleiher im Einzelfall widerlegt werden.³⁰⁰ In der österreichischen Regelung des § 2 Abs 4 öAMFG entfällt eine Vermutung, sondern es wird stets eine Arbeitsvermittlung angenommen, wenn der Überlasser seinen Pflichten als Arbeitgeber nicht nachkommt (gemeint sind die typischen arbeits- und sozialrechtlichen Pflichten, deren Übernahme durch den Arbeitgeber ein Arbeitsverhältnis auszeichnen). Ziel sowohl der deutschen wie auch der österreichischen Regelung ist der Schutz des überlassenen Arbeitnehmers/Beschäftigten, der Sicherheit dahingehend erhalten soll, dass im Falle einer Verletzung der Arbeitgeberpflichten des Verleihers/Überlassers anstelle der Arbeitnehmerüberlassung eine Arbeitsvermittlung in ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher/Beschäftigter hergestellt werden soll. In diesen Fällen soll die Arbeitsvermittlung nicht neben die Arbeitnehmerüberlassung treten, was man zB durch eine Formulierung hätte erreichen können, wonach der Verleiher/Überlasser „zugleich“ Arbeitsvermittlung betreibt. Vielmehr tritt die – in Deutschland vermutete – Arbeitsvermittlung anstelle der Arbeitnehmerüberlassung und ersetzt diese. Insofern ist auch in den Fällen des § 1 Abs 2 dAÜG und § 2 Abs 4 öAMFG keine Überschneidung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Arbeitsvermittlung vorhanden, vielmehr schließt ein Übergang hin zur Arbeitsvermittlung aufgrund der Verletzung von Arbeitgeberpflichten das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung aus.

Gewerbliche private Arbeitsvermittlung und Arbeitnehmerüberlassung sind somit vom Gesetz her zwei sich gegenseitig ausschließende Tatbestände.

³⁰⁰ Niebler/Biebl/Ulrich, RdNr 152 ff; Schüren, RdNr 520; Becker/Wulfgramm¹, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (1997), Art 1 § 1 RdNr 48 ff; Sandmann/Marschall, Art 1 § 1 RdNr 63

4.2.2. Abgrenzung aus den konkreten Vertragsbeziehungen

Nachdem unter Punkt 4.2.1. festgestellt wurde, dass sich Arbeitsvermittlung und Arbeitnehmerüberlassung aus den gesetzlichen Vorschriften heraus gegenseitig ausschließen, ist nun zu klären, welche Kriterien für die Einordnung eines Sachverhalts unter das eine oder andere Rechtsinstitut ausschlaggebend sind. Dabei kann es immer wieder vorkommen, dass in der konkreten Konstellation Sachverhalte erkennbar sind, die sowohl für die eine wie auch für die andere Vertragsart sprechen. Hierzu sind die drei Beziehungen

- zwischen dem Verleiher/Überlasser und dem Arbeitnehmer/Beschäftigten
- zwischen dem Entleiher/Beschäftiger und dem Arbeitnehmer/Beschäftigten sowie
- zwischen dem Entleiher/Beschäftiger und dem Verleiher/Überlasser

zu betrachten.

4.2.2.a. Abgrenzung aus der Vertragsbeziehung zwischen Verleiher/Überlasser und Arbeitnehmer/Beschäftigtem

Typisches Kennzeichen einer Arbeitnehmerüberlassung im österreichischen wie im deutschen Recht ist ein existierendes Arbeitsverhältnis zwischen dem Verleiher/Überlasser und dem Arbeitnehmer/Beschäftigten. Dabei besteht im österreichischen Recht die Besonderheit, dass neben den eigentlichen Arbeitsverhältnissen auch freie Dienst- oder Werkverträge mit wirtschaftlicher Abhängigkeit eines arbeitnehmerähnlichen Beschäftigten hierunter fallen, während solche Vertragverhältnisse im deutschen Recht über das Konstrukt der

Scheinselbständigkeit in Arbeitsverhältnisse umgedeutet werden.³⁰¹

Der Arbeitnehmer/Beschäftigte verpflichtet sich dabei gegenüber dem Verleiher/Überlasser ihm seine Arbeitsleistung in einem vom Verleiher/Überlasser zu bestimmenden Betrieb eines Entleihers/Beschäftigten zur Verfügung zu stellen. Der Verleiher/Überlasser verpflichtet sich im Gegenzug zur Übernahme der unter 4.2.1. beschriebenen typischen Arbeitgeberpflichten.

Dagegen ist GPAV typischerweise dadurch gekennzeichnet, dass arbeitsrechtliche Beziehungen nur zwischen dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber entstehen. Zwischen dem GPAVer und dem Arbeitnehmer existieren dagegen keinerlei irgendwie geartete arbeitsrechtliche Beziehungen, die ein Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Verhältnis kennzeichnen. Vielmehr liegt zwischen einem GPAV und einem Arbeitnehmer (in den hier untersuchten Fällen, bei denen der GPAV im Auftrag eines Arbeitgebers tätig wird) ein reines Gefälligkeitsverhältnis vor, aus welchem für den GPAVer keinerlei Leistungspflichten gegenüber dem Arbeitnehmer entstehen. Man wird dem GPAVer gegenüber dem Arbeitnehmer allenfalls Fürsorgepflichten (zB Prüfung der Seriosität einer Arbeitgeberanfrage) auferlegen wollen, um so der besonders schützenswerten Stellung des Arbeitnehmers Rechnung zu tragen.

4.2.2.b. Abgrenzung aus der Vertragsbeziehung zwischen Entleiher/Beschäftigter und Arbeitnehmer/Beschäftigten

Unter Kap 4.1.3. dieser Arbeit wird die Vertragsbeziehung zwischen dem Entleiher/Beschäftigter und dem Arbeitnehmer/Beschäftigten untersucht und festgestellt, dass es

³⁰¹ Vgl hierzu ausführlich Kap 4.1.2.

sich sowohl im deutschen wie auch im österreichischen Recht um einen unechten Vertrag zugunsten Dritter handelt, aus dem der Entleiher/Beschäftiger vom Verleiher/Überlasser die Ermächtigung, dessen Forderungsrecht gegenüber dem Arbeitnehmer auszuüben, erhält. Zwischen dem Entleiher/Beschäftiger und dem Arbeitnehmer/Beschäftigten liegt also insbesondere kein Arbeitsverhältnis mit den entsprechenden gegenseitigen, umfassenden Ansprüchen (Lohn- bzw Gehaltszahlungen, Weisungsbefugnis bezüglich Einsatz und Ausübung der Tätigkeit, Übernahme von Sozialleistungen, unmittelbare Pflicht zur Leistungserbringung) aus einem solchen vor.

Diese fehlende arbeitsrechtliche Beziehung ist auch der wesentliche Unterschied einer Arbeitnehmerüberlassung gegenüber einer GPAV. Primäres Ziel einer GPAV ist gerade die Vermittlung eines Arbeitsverhältnisses zwischen einem Arbeitgeber und einem Arbeitnehmer. Hierbei verpflichtet sich der Arbeitnehmer unmittelbar gegenüber dem Arbeitgeber ihm seine Arbeitsleistung zur Verfügung zu stellen, zugleich übernimmt der Arbeitgeber alle typischen Arbeitgeberpflichten (Lohn-/Gehaltszahlung, Abführung von Sozialabgaben etc). Ist also durch die Tätigkeit eines Vermittlers ein Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer entstanden und war dies das Ziel der Vermittlungstätigkeit, so liegt eine GPAV vor, wogegen ein lediglich abgeleitetes Forderungsrecht eines Entleihers/Beschäftigers ohne arbeitsrechtliche Beziehung zum Arbeitnehmer/Beschäftigten für eine Arbeitnehmerüberlassung spricht.

Allerdings gibt es Fälle der Arbeitnehmerüberlassung, in denen der Arbeitnehmer/Beschäftigter zugleich in teilweise arbeitsrechtlicher Beziehungen zu einem Verleiher/Überlasser und zu einem Beschäftiger/Entleiher (zB durch Partizipation an Vergünstigungen des Beschäftigers/Entleihers) steht und es so

zu erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten mit Fällen der GPAV kann. Beim Versuch einer solchen Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Arbeitsvermittlung haben das dBVerfG³⁰² und das dBSG³⁰³ in Deutschland zwei verschiedene Theorien herausgebildet:

Während das dBVerfG³⁰⁴ als Voraussetzung für eine Arbeitnehmerüberlassung fordert, dass ein Arbeitnehmer nicht in den Betrieb des Entleihers „eingeordnet“ sein, sondern sich ausschließlich in arbeitsrechtlichen Beziehungen zum Verleiher befinden darf, geht das dBSG in seiner sog. „Schwerpunkttheorie“ der Frage nach, in welcher arbeitsrechtlichen Beziehung des Arbeitnehmers der Schwerpunkt liegt. Besteht zwischen dem Verleiher und dem Arbeitnehmer ein unabhängiges, den Zeitraum der einzelnen Arbeitnehmerüberlassung überdauerndes arbeitsrechtliches Verhältnis, so schließt auch eine irgendwie geartete, untergeordnete arbeitsrechtliche Beziehung zum Entleiher das Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung nicht aus.³⁰⁵ Vielmehr ist der Arbeitnehmer in einem solchen Fall aufgrund des Arbeitsverhältnisses zum Verleiher heraus kein Arbeitsuchender mehr, so dass eine Arbeitsvermittlung nicht in Betracht kommt.³⁰⁶

³⁰² dBVerfG, dBVerfGE 21, S 261 ff

³⁰³ dBSG, dBSGE 31, S 235 ff

³⁰⁴ dBVerfG, dBVerfGE 21, S 261 ff

³⁰⁵ Eine solche Beziehung kann zB darin bestehen, dass der Entleiher den überlassenen AN an einzelnen Sozialleistungen (zB Sachvergütungen mit Prämiencharakter, Nutzung der Kantine mit vom Entleiher subventionierten Preisen) teilhaben lässt.

³⁰⁶ Dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts lag folgender Sachverhalt zugrunde: Eine GmbH, welche selbst keine eigenen Büro- und Schreibarbeiten auszuführen hat, stellte sich eine größere Zahl von Büro- und Schreibkräften ein, welche sie dann anderen Firmen zeitweise (zB als Urlaubsvertretung) entgeltlich zur Verfügung stellte. Dabei musste sich die ausleihende Firma bei Androhung einer Vertragsstrafe verpflichten, selbst keinen Arbeitsvertrag mit der entliehenen Bürokraft zu schließen. Die Beschwerdeführende GmbH wollte vom dBVerfG die Nichtigkeit des § 37 Abs 3 AVAVG, welcher in Arbeitnehmerüberlassung eine Form der (damals verbotenen) Arbeitsvermittlung sah, festgestellt wissen.

Meines Erachtens überzeugt die „Schwerpunkttheorie“ des dBGS hier mehr und zeigt für die Lösung ähnlicher Problemstellungen auch im österreichischen Recht einen gangbaren Weg auf, da es in diesen Fällen auf das zwischen den Vertragsparteien tatsächlich Gewollte abstellt. Wenn ein Entleiher/Beschäftigter einen Arbeitnehmer/Beschäftigten zB an einzelnen Vergünstigungen seiner Arbeitnehmer partizipieren lässt, so ist dabei von allen Beteiligten nicht gewollt, dass hierdurch ein Arbeitsvertrag zwischen dem Verleiher/Überlasser und dem Arbeitnehmer/Beschäftigten entstehen soll. Erst wenn die Übernahme von Arbeitgeberpflichten einen ganz erheblichen Umfang erreicht und damit den Schwerpunkt bildet (zB direkte Auszahlung des Gehalts an den Arbeitnehmer und nur noch Bezahlung einer Provision an den Verleiher/Überlasser), so wird aus der Arbeitnehmerüberlassung eine Arbeitsvermittlung und man kann annehmen, dass in dieser Konstellation auch gewollt ist, dass der Entleiher/Beschäftigter in die Stellung des Arbeitgebers eintritt. Die Eingliederungstheorie des dBVerfG verkennt dagegen aus meiner Sicht, dass die Eingliederung des Arbeitnehmers/Beschäftigten in den Betrieb des Entleihers/Beschäftigers gerade ein typisches Kennzeichen der Arbeitnehmerüberlassung ist. Dies gilt insbesondere auch im

Der dem Urteil des Bundessozialgerichts zugrunde liegende Sachverhalt ist inhaltlich nahezu identisch, nur dass das verleihende Unternehmen beim Urteil des dBSG über keine eigenen Büro- und Geschäftsbetrieb verfügte. Das dBSG sollte darüber urteilen, ob das Verhalten des verleihenden Unternehmens eine Arbeitnehmerüberlassung oder eine Arbeitsvermittlung darstellte.

Das BVerfG gab der Beschwerdeführerin zwar Recht und erklärte in seiner Entscheidung § 37 Abs 3 AVAVG für nichtig. Zugleich forderte es, dass der AN bei Arbeitnehmerüberlassung nicht in den Betrieb des Entleihers eingeordnet sein darf. Im übrigen wies es die Beurteilung, ob das Verhalten der GmbH tatsächlich Arbeitnehmerüberlassung oder Arbeitsvermittlung darstellte, an das zuständige dLSG zurück.

Das dBSG kam in seiner späteren Entscheidung zu dem Ergebnis, dass mangels Büro- und Geschäftsbetrieb und mangels ausreichender Einflussmöglichkeit der Schwerpunkt der Tätigkeiten des Arbeitnehmers beim Entleiher lag und der Verleiher entsprechend der Schwerpunkttheorie Arbeitsvermittlung betrieben hat.

österreichischen Recht, wo aus dieser Eingliederung heraus auch ein Weisungsrecht des Beschäftigers gegenüber dem Beschäftigten abgeleitet wird³⁰⁷.

Ein Sonderfall im Verhältnis zwischen Entleiher/Beschäftigter und Arbeitnehmer/Beschäftigtem ist der, in welchem der Arbeitnehmer/Beschäftigter eine Organfunktion zB als Geschäftsführer beim Entleiher/Beschäftigter übernimmt. Hierbei kann ein Konflikt dahingehend entstehen, dass der Arbeitnehmer/Beschäftigte gegenüber dem Verleiher/Überlasser weisungsgebunden handeln muss, er aber zugleich aus seiner Organbestellung beim Entleiher/Beschäftigter unmittelbare Pflichten beim Entleiher/Beschäftigter inne hat und er dabei teilweise – zB bei einer Aktiengesellschaft³⁰⁸ – weisungsfrei agieren muss. Diese Fälle werden in Österreich³⁰⁹ und Deutschland³¹⁰ so gelöst, dass eine Arbeitgeberüberlassung in eine Organschaft grundsätzlich möglich ist, die Pflichten des Arbeitgebers/Beschäftigten aus seinem Vertragsverhältnis zum Verleiher/Überlasser aber seine Pflichten aus der Organstellung nicht beeinträchtigen dürfen. Insofern kommt aufgrund der Bestellung zum Organ dem Entleiher/Beschäftigter zugleich eine Dienstgebereigenschaft zu, die ansonsten bei Arbeitnehmerüberlassung gerade nicht besteht.

4.2.2.c. Abgrenzung aus der Vertragsbeziehung zwischen Entleiher/Beschäftigter und Verleiher/Überlasser

³⁰⁷ *Sacherer/Schwarz*, Erl 4 zu § 3

³⁰⁸ In diesem Fall kann er keine Arbeitnehmerstellung beim Überlasser inne haben, sondern zB einen freien Dienstvertrag mit diesem.

³⁰⁹ öVwGH, 93/08/0182; *Resch* „Drittanstellung von Organpersonen und Arbeitsrecht“ in *GesRZ* 2005, 76 und *Mazal* „Organmitglieder als überlassene Arbeitskräfte“ in *ecolex* 2001, S 763

³¹⁰ Siehe beispielsweise *Fleck* „Die Drittanstellung des GmbH-Geschäftsführers“ in *ZHR* 149, 387 ff; *Nägele* „Der Anstellungsvertrag des Geschäftsführers“ in *BB* 2001, 308 f

Zwischen Entleiher/Beschäftiger und Verleiher/Überlasser liegt im deutschen Recht nach hM ein nicht den „klassischen“ Vertragsarten zuzuordnendes Vertragsverhältnis sui generis³¹¹ vor, bei welchem die Hauptleistungspflicht des Verleihers/Überlassers darin besteht, einen für die beim Entleiher/Beschäftiger zu tätige Arbeitsleistung geeigneten Arbeitnehmer/Beschäftigten auszuwählen und diesen dem Entleiher/Beschäftiger zur Verfügung zu stellen. Dieser Vertrag sui generis kann dabei zu Recht als Dienstverschaffungsvertrag bezeichnet werden, wobei diese Vertragsart im deutschen Gesetz nicht ausdrücklich geregelt ist.

Dabei schuldet der Verleiher/Überlasser nicht das zur Verfügung stellen eines bestimmten Arbeitnehmers, vielmehr handelt es sich um eine Gattungsschuld, bei der irgendein geeigneter Arbeitnehmer zur Verfügung gestellt werden muss.³¹² Die Leistungspflicht des Verleihers beschränkt sich außerdem nicht auf das einmalige zur Verfügung stellen eines geeigneten Arbeitnehmers. Vielmehr handelt es sich beim Arbeitnehmerüberlassungsvertrag um ein Dauerschuldverhältnis, so dass der Verleiher während der gesamten Vertragszeit dafür einzustehen hat, dass dem Entleiher ein geeigneter Arbeitnehmer zur Verfügung steht.³¹³ Anderer Ansicht ist das dBAG³¹⁴, welches die Vertragspflichten des Verleihers/Überlassers bereits mit der Auswahl und zur Verfügungstellung eines geeigneten Arbeitnehmers/Beschäftigten erfüllt wissen will. Diese Auffassung berücksichtigt mE das Interesse des Entleihers zu

³¹¹ *Niebler/Biebl/Ulrich*, RdNr 384; *Schüren*, RdNr 271

³¹² *Becker/Wulfgramm*, Art 1 § 12 RdNr 21; *Schüren*, RdNr 283; *Schiemann* in Staudinger, § 243, RdNr 46 ff und *Emmerich* in MünchKomm, § 243 RdNr 3 bestätigen allgemein, dass zu leistende Dienste auch Gattungsschulden sein können; der dBGH stellt in seinem Urteil, AP Nr 1 zu § 12 dAÜG fest, dass der Verleiher dem Entleiher die „Auswahl und Gestellung einer ... geeigneten Arbeitskraft schulde“.

³¹³ *Niebler/Biebl/Ulrich*, RdNr 385; *Schüren*, RdNr 281

³¹⁴ dBAG, DB 1995, S 1566

wenig, dem es gerade darauf ankommt, während eines definierten Zeitraums einen geeigneten Mitarbeiter zu finden und der hierfür oftmals auch bereit ist, einen höheren Betrag (als bei direkter Beschäftigung eines Mitarbeiters) zu zahlen.

In Österreich definieren *Sacherer/Schwarz* das Vertragsverhältnis zwischen Überlasser und Beschäftiger als Dienstverschaffungsvertrag und gehen dabei davon aus, dass die Leistungspflicht des Überlassers mit der Überlassung einer den vertraglichen Verpflichtungen entsprechenden Arbeitskraft erfüllt ist.³¹⁵ Die Einordnung als Dienstverschaffungsvertrag entspricht dabei auch der vorherrschenden Sichtweise im deutschen Recht. Mit der Annahme einer Leistungserfüllung bereits mit der Bereitstellung eines geeigneten Arbeitnehmers gehen *Sacherer/Schwarz* den gleichen Weg wie das deutsche Bundesarbeitsgericht. Da es für diese spezielle Fragestellung aus den gesetzlichen Regelungen heraus keinen Unterschied zwischen deutschem und österreichischen Recht gibt, ist die Beantwortung der Frage, ob es sich beim Vertrag zwischen Überlasser und Beschäftiger um ein einmaliges oder ein Dauerschuldverhältnis handelt, in beiden Rechtsordnungen nach den selben Kriterien vorzunehmen. Insofern ist nach meiner Überzeugung auch im österreichischen Recht primär auf das Interesse des Beschäftigers abzustellen, der an einer kontinuierlichen Leistungserbringung über einen definierten Zeitraum hinweg und nicht lediglich an der einmaligen Bereitstellung einer geeigneten Arbeitskraft interessiert ist. Dies kommt auch dadurch zum Ausdruck, dass die Verträge zur Arbeitnehmerüberlassung typischerweise dadurch gekennzeichnet sind, dass es hinsichtlich der Gegenleistung durch den Beschäftiger gerade auf die Dauer der Überlassung ankommt (je länger die Überlassung, desto höher die Vergütung an den Überlasser). Insofern ist auch aus der

Gestaltung der Gegenleistung heraus anzunehmen, dass für den Beschäftigten die Qualität der Leistung des Beschäftigten über den gesamten Leistungszeitraum hinweg ausschlaggebend ist und somit die Bereitstellung einer Arbeitskraft mittlerer Art und Güte über den gesamten Zeitraum einer Arbeitnehmerüberlassung und nicht nur zu Beginn geschuldet ist. In der Praxis kann diese Unterscheidung zB dann von Relevanz sein, wenn für eine bestimmte Tätigkeit besondere und sich im Laufe der Zeit verändernde Qualifikationsvoraussetzungen verlangt werden. Der Beschäftigte kann nach meiner Meinung vom Überlasser verlangen, dass ein Beschäftigter alle jeweils gültigen Qualifikationsnachweise für eine Tätigkeit vorweisen kann und diese nicht nur zu Beginn einer Überlassung vorgelegen haben. Andernfalls könnte er mit einer überlassenen Arbeitskraft trotz voller Vergütungsverpflichtung ggf „nichts anfangen“, da diese mangels aktuellem Qualifikationsnachweises ab einem bestimmten Zeitpunkt nicht einsetzbar wäre. Insofern ist nach meiner Auffassung im deutschen wie auch im österreichischen Recht von einem Dauerschuldverhältnis auszugehen.

Im Gegensatz zur Arbeitnehmerüberlassung muss der GPAVer dem Arbeitgeber nicht irgendeinen geeigneten Arbeitnehmer iSe Dauerschuldverhältnisses für den Vertragszeitraum zur Verfügung stellen. Vielmehr soll der GPAVer den Abschluss eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Arbeitgeber und einem konkreten Arbeitnehmer fördern. Ist ein solches konkretes Arbeitsverhältnis aufgrund der Vermittlungsleistung des GPAVers zustande gekommen, dann hat der GPAVer Anspruch auf eine Vermittlungsprovision gegenüber dem Arbeitgeber.

Gemeinsam ist beiden Vertragsarten die geschuldete Vergütung auf Seiten des Entleihers bei

³¹⁵ *Sacherer/Schwarz*, Erl 4 zu § 3

Arbeitnehmerüberlassung bzw des Arbeitgebers bei GPAV, aber wie bereits erläutert als Gegenleistung für unterschiedliche Leistungen des Verleihers/Überlassers bzw GPAVers.

Zusammenfassend kann man bei Betrachtung der Schuldverhältnisse in beiden Rechtsordnungen also festhalten, dass das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses zwischen einem Verleiher/Überlasser und Arbeitnehmer/Beschäftigten³¹⁶ unter Ausschluss eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Entleiher/Beschäftigter und Arbeitnehmer/Beschäftigten sowie das zur Verfügung stellen eines geeigneten Arbeitnehmers/Beschäftigten als Dauerschuldverhältnis zwischen Verleiher/Überlasser und Entleiher/Beschäftigter typisch für die Fälle von Arbeitnehmerüberlassung sind.

Dagegen spricht ein reines Gefälligkeitsverhältnis ohne arbeitsrechtliche Bindung zwischen einem GPAVer und einem Arbeitnehmer, das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Arbeitgeber und einem konkreten Arbeitnehmer und die Förderung/Herbeiführung dieses Arbeitsverhältnisses durch den GPAVer für das Vorliegen von GPAV. Im Ergebnis ist für die Beurteilung der Frage, ob GPAV oder Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, daher anhand dieser Kriterien immer auf die konkreten Verhältnisse des einzelnen Falles abzustellen.

³¹⁶ bzw eines freien Dienst- oder Werkvertrags mit einem arbeitnehmerähnlichen Beschäftigten in Österreich (siehe oben)

4.3. BESONDERE KONSTELLATIONEN IM SPANNUNGSFELD ZWISCHEN GEWERBLICHER PRIVATER ARBEITSVERMITTLUNG UND ARBEITNEHMERÜBERLASSUNG

Nachdem im vorhergehenden Abschnitt eine generelle Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und GPAV vorgenommen wurde, sollen in diesem Abschnitt einzelne Abgrenzungsprobleme und deren Rechtsfolgen beleuchtet werden.

4.3.1. *Verletzung der Arbeitgeberpflichten durch einen Verleiher/Überlasser*

Sowohl im österreichischen Recht nach § 2 Abs 4 öAMFG wie auch deutschen Recht nach § 1 Abs 2 dAÜG wird für den Fall, dass ein Verleiher/Überlasser seinen Arbeitgeberpflichten nicht nachkommt, eine Arbeitsvermittlung durch diesen Verleiher/Überlasser angenommen bzw (im deutschen Recht widerlegbar) vermutet. Wann dies der Fall ist, wird in Kap 4.2.1. untersucht, so dass an dieser Stelle auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden kann.

In der Praxis sind diese Fälle auch deshalb so relevant, weil immer mehr Zeitarbeitsunternehmen, welche Arbeitnehmerüberlassung betreiben, parallel GPAV durchführen und es hier häufig zu Grenzfällen kommen kann. Es ergibt sich daher die Fragestellung, wie Fälle zu behandeln sind, in denen ein Verleiher/Überlasser, der zugleich das Gewerbe der GPAV betreibt, seinen Arbeitgeberpflichten gegenüber dem Arbeitnehmer/Beschäftigten nicht nachkommt.

Untersuchungsgegenstand sind dabei die Fragen, welche Auswirkungen eine solche Konstellation auf

- das Verhältnis zwischen Entleiher/Beschäftiger und Arbeitnehmer/Beschäftigtem;
 - das Vertragsverhältnis zwischen Verleiher/Überlasser und Entleiher/Beschäftiger;
 - sowie auf mögliche Sanktionstatbestände gegen den Verleiher/Überlasser
- im österreichischen und deutschen Recht hat.

4.3.1.a. Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen Entleiher/Beschäftiger und Arbeitnehmer/Beschäftigtem

Wenn § 1 Abs 2 dAÜG und § 2 Abs 4 öAMFG davon sprechen, dass eine Arbeitnehmerüberlassung bei welcher der Verleiher/Überlasser seinen Arbeitgeberpflichten nicht nach kommt, Arbeitsvermittlung sei (bzw diese im deutschen Recht vermutet wird), so ist die Frage, ob diese Formulierungen in Konsequenz auch ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher/Beschäftiger und dem Arbeitnehmer/Beschäftigten nach sich zieht.

4.3.1.b. Rechtsfolgen im österreichischen Recht

In Österreich ist die Frage, welche Auswirkung ein Verstoß des Überlassers gegen seine Arbeitgeberpflichten und die über § 2 Abs 4 öAMFG daraus abgeleitete Arbeitsvermittlung haben soll, umstritten. Während *Geppert*³¹⁷ als Konsequenz der Vorschrift des § 2 Abs 4 öAMFG ein Beschäftigungsverhältnis zwischen dem Beschäftiger und dem Beschäftigten entstehen lassen will, gehen *Sacherer/Schwarz*³¹⁸ davon nur aus, wenn der Überlasser seine Arbeitgeberpflichten überhaupt nicht trägt. Ansonsten wollen *Sacherer/Schwarz* die Auswirkung des § 2

³¹⁷ *Geppert*, Erl 3 zu Art II

Abs 4 öAMFG nur hinsichtlich einer Sanktionierbarkeit des Verhaltens des Überlassers angewandt wissen, dagegen das Verhältnis zwischen Beschäftigtem und Beschäftiger unberührt lassen. Sie begründen dies ua damit, dass ansonsten der gültige Arbeitsvertrag zwischen dem Überlasser und dem Beschäftigten für nichtig erklärt werden müsste.

Meines Erachtens kann die Argumentation von *Sacherer/Schwarz* nicht voll überzeugen. Zum einen sieht § 2 Abs 4 öAMFG keine Unterscheidung dahingehend vor, dass ein Überlasser seinen Arbeitgeberpflichten „nicht“ oder „überhaupt nicht“ nachkommt. Insofern ist das Konstrukt, dass ein Arbeitsverhältnis zwischen Beschäftiger und Beschäftigtem nur dann zustande gekommen sein soll, wenn der Überlasser seinen Arbeitgeberpflichten gänzlich nicht nachkommt, inkonsequent und findet keine Grundlage in den gesetzlichen Regelungen. Auch ist die angenommene Folge, dass der Arbeitsvertrag zwischen dem Überlasser und dem Beschäftigten bei einem angenommenen Arbeitsvertrag zwischen Beschäftiger und Beschäftigtem nichtig sein soll, aus meiner Sicht nicht zwingend. Vielmehr könnte zugunsten des hier besonders schützenswerten Beschäftigten ebenso angenommen werden, dass er für seine arbeitsrechtlichen Ansprüche nun zwei Anspruchsgegner hat, wogegen die Leistungsverpflichtung nur gegenüber dem „neuen“ Arbeitgeber, also dem früheren Beschäftiger besteht. Auch die Beschränkung des § 2 Abs 4 öAMFG auf eine reine Sanktionsvorschrift gegenüber dem Überlasser ist kritisch zu sehen, da die Sanktion – wie weiter unten ausgeführt wird – nur in den Fällen noch greift, in denen der Überlasser nicht zugleich auch über eine Gewerbeerlaubnis zur GPAV verfügt. Insofern würde § 2 Abs 4 öAMFG heute in den meisten Fällen „ins Leere

³¹⁸ *Sacherer/Schwarz*, Erl zu § 2 öAMFG

laufen“, da es für viele Überlasser üblich geworden ist, zugleich auch eine Erlaubnis zur GPAV zu beantragen.

Insofern würde ich eher der Ansicht von *Geppert* folgen wollen und – mangels anderer gesetzlich geregelter Rechtsfolgen – im Fall eines Verstoßes des Überlassers gegen seine Arbeitgeberpflichten aus der daher angenommenen Arbeitsvermittlung nach § 2 Abs 4 öAMFG zugleich ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Beschäftigten und dem Beschäftiger ableiten.

Im Folgenden soll nun auf die ebenfalls nicht wirklich einfache Situation im deutschen Recht eingegangen werden:

4.3.1.c. Fiktion eines Arbeitsverhältnisses in unmittelbarer

*Anwendung des § 10 Abs 1 iVm § 9 Nr 1 und § 3 Abs 1
Nr 1 dAÜG im deutschen Recht*

§ 10 Abs 1 dAÜG sieht vor, dass zwischen einem Entleiher und einem Arbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen sein soll, wenn der Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Arbeitnehmer aufgrund § 9 Nr 1 dAÜG unwirksam ist. § 9 Nr 1 dAÜG setzt für eine Unwirksamkeit wiederum voraus, dass die Arbeitnehmerüberlassung ohne die erforderliche Erlaubnis nach § 1 dAÜG erfolgt sei. Dies ist allerdings dann nicht der Fall, wenn der Verleiher zwar eine Erlaubnis inne hatte, im Rahmen seiner erlaubten Tätigkeit aber seinen Arbeitgeberpflichten nicht nachgekommen ist.

An dieser Stelle könnte man aber nun aus § 3 Abs 1 Nr 1 dAÜG ableiten wollen, dass ein Verleiher, der seinen Arbeitgeberpflichten nicht nachkommt wie ein Verleiher zu behandeln sei, der nicht über eine Erlaubnis verfügt. § 3 Abs 1 Nr 1 dAÜG schreibt nämlich zwingend vor, dass eine Erlaubnis im Falle des Fehlens der Zuverlässigkeit nach § 1 dAÜG, also

auch in Fällen, in denen der Verleiher seinen Arbeitgeberpflichten nicht nachkommt, zu versagen ist. Würde man aus dieser Vorschrift annehmen, dass ein Verleiher, dessen Erlaubnis zwingend zu versagen gewesen wäre, so zu behandeln ist, als wenn er von Beginn an nicht über eine Erlaubnis verfügt hätte, so wäre der Weg für eine Fiktion eines Arbeitsverhältnisses nach § 10 Abs 1 iVm § 9 Nr 1 dAÜG frei. So elegant ein solcher Lösungsweg auch erscheint, so steht diesem aber die Vorschrift des § 5 Abs 1 Nr 3 dAÜG entgegen. Dieser sieht als Rechtsfolge eines nachträglich eintretenden Versagungsgrundes vor, dass die Erlaubnis für die Zukunft widerrufen werden kann. Mit dieser ausdrücklichen Erwähnung des Widerrufs nur für die Zukunft ist der Weg einer rückwirkenden Unwirksamkeit der Erlaubnis versperrt. Eine unmittelbare Anwendung des § 10 Abs 1 iVm § 9 Nr 1 AÜG ist damit ausgeschlossen.

4.3.1.d. Fiktion eines Arbeitsverhältnisses in analoger Anwendung des § 10 Abs 1 dAÜG

Auch wenn, wie soeben dargelegt, eine unmittelbare Anwendung der Vorschrift des § 10 Abs 1 dAÜG nicht in Betracht kommt, so könnte ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Arbeitgeber aus einer analogen Anwendung des § 10 Abs 1 dAÜG heraus in Betracht kommen. Um die analoge Anwendung des § 10 Abs 1 dAÜG zu verstehen, muss zunächst die inzwischen entfallene Vorschrift des § 13 dAÜG aF³¹⁹ betrachtet werden.

³¹⁹ Wortlaut des ehemaligen § 13 dAÜG „Kein Ausschluss des Entgelts“:
„Beruht ein Arbeitsverhältnis auf einer entgegen § 4 des
Arbeitsförderungsgesetzes ausgeübten Arbeitsvermittlung, so können die
arbeitsrechtlichen Ansprüche des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber
dieses Arbeitsverhältnisses nicht durch Vereinbarung ausgeschlossen
werden.“

Diese Vorschrift sah vor, dass arbeitsrechtliche Ansprüche des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber nicht durch Vereinbarung ausgeschlossen werden konnten, wenn das Arbeitsverhältnis durch unerlaubte Arbeitsvermittlung entgegen § 4 dAFG aF (ursprüngliches Verbot von GPAV) zustande gekommen war. Mit dieser etwas umständlich formulierten Vorschrift wollte der Gesetzgeber erreichen, dass ein Arbeitnehmer den Entleiher „in allen Fällen, in denen die Überlassung gegen das Vermittlungsmonopol der deutschen Bundesanstalt für Arbeit verstößt, als Arbeitgeber in Anspruch nehmen kann.“³²⁰ Die Vorschrift verdeutlichte, dass aus einem Verstoß des Verleihers gegen § 4 dAFG aF nicht auf Seiten des Verhältnisses zwischen Arbeitnehmer und Entleiher eine Nichtigkeitswirkung über § 134 dBGB iVm § 4 dAFG aF wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot abgeleitet werden konnte. Dabei sollten nicht nur die Vermutungstatbestände des § 1 Abs 2 dAÜG umfasst sein, sondern sämtliche Verstöße eines Vermittlers (gleich ob als Verleiher oder unerlaubter GPAVer) sollten keine negativen Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers haben.³²¹ Wenn § 13 dAÜG aF aber bezwecken wollte, dass der Verstoß gegen § 4 dAFG aF aus der vermuteten Arbeitsvermittlung eines Verleihers über § 1 Abs 2 dAÜG das Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Arbeitnehmer nicht berühren soll, so ist zugleich davon auszugehen, dass ein solches Arbeitsverhältnis durch die Fiktion des § 1 Abs 2 dAÜG zustande gekommen sein muss. Die hM hat dieses Arbeitsverhältnis früher in analoger Anwendung des § 10 Abs 1 dAÜG in Verbindung mit § 13 dAÜG aF fingiert.³²² Aus der Formulierung des § 13 dAÜG aF,

³²⁰ So auch aus den Gesetzesmaterialien zu entnehmen, vgl Drucksache des Deutschen Bundestages IV, 2303, S 15

³²¹ So auch *Becker/Wulfgramm*, Art 1 § 13 RdNr 4a; *Schüren*, § 13 RdNr 4 ff; *Sandmann/Marschall*, Art 1 § 13 RdNr 2

³²² *Becker/Wulfgramm*, (hier enthalten in der 3. Auflage), Art 1 § 13; *Franßen/Haesen*¹, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (1974), Art 1 § 13

dass arbeitsrechtliche Ansprüche des Arbeitnehmers gegenüber dem entleihenden Arbeitgeber nicht durch Vereinbarung ausgeschlossen werden können, leitete man den Gedanken ab, dass solche - in § 13 dAÜG aF erwähnten - Ansprüche über eine Analogie des § 10 Abs 1 dAÜG erst entstanden sein müssen. Diese Auffassung spiegelte sich auch in der Rechtsprechung des deutschen Bundesarbeitsgerichtes wider.³²³

Aus der Abschaffung der Vorschrift des § 13 dAÜG aF ist es möglich, zwei Schlussfolgerungen abzuleiten:

Eine denkbare Interpretation wäre, dass mit der Abschaffung des § 13 dAÜG aF auch die Möglichkeit der Geltendmachung arbeitsrechtlicher Ansprüche durch den Arbeitnehmer gegenüber dem Entleiher generell ausgeschlossen sein soll. Folgt man einem solchen Gedanken, so wäre für eine analoge Anwendung des § 10 Abs 1 dAÜG und damit eine Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen Arbeitnehmer und Entleiher kein Platz mehr. Ansprüche des Arbeitnehmers gegenüber dem Entleiher wären allenfalls aus den Grundsätzen der Lehre über das faktische Arbeitsverhältnisse ableitbar.³²⁴

Eine andere Interpretation der Abschaffung des § 13 dAÜG aF könnte sich dagegen darauf beziehen, dass nun arbeitsrechtliche Ansprüche des Arbeitnehmer durch Vereinbarung ausgeschlossen werden können. Dies hätte zur Folge, dass arbeitsrechtliche Ansprüche zwischen dem Arbeitnehmer und dem Entleiher aus einer analogen Anwendung des § 10 Abs 1 dAÜG zwar grundsätzlich weiterhin

RdNr 13; anderer Ansicht waren dagegen *Sandmann/Marschall*, Art 1 § 13 RdNr 6 (alte Kommentierung vor 1997)

³²³ Beschluss des dBAG, DB 1977, S 1273 und Entscheidung des dBAG, DB 1989, S 1572

³²⁴ Zur Lehre vom faktischen Arbeitsverhältnis vgl. zB *Schmid/Trenk-Hinterberger*, S 35; *Hanau/Adomeit*⁹, *Arbeitsrecht* (1988) S 172 ff; *Richardi* in *MünchArbR* § 44 RdNr 58 ff

bestehen sollen, aber durch Vereinbarung ausgeschlossen werden können. Diese Auslegung der Abschaffung des § 13 dAÜG aF ist mE die eher nachvollziehbare (eine entsprechende Begründung der Abschaffung durch den Gesetzgebers wurde leider nicht gegeben).

Ganz wesentlich beeinflusst wurde die Diskussion durch die grundlegend neue Rechtsprechung des dBAG im Jahr 2000³²⁵. Entgegen seiner früheren Rechtsprechung geht das dBAG³²⁶ nun davon aus, dass aus einer Fiktion des § 1 Abs 2 dAÜG nicht mehr in analoger Anwendung des § 10 Abs 1 dAÜG ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Arbeitnehmer abgeleitet werden könne. Das dBAG begründet diese Änderung in seiner Rechtsprechung damit, dass der Gesetzgeber bei der Abschaffung des § 13 dAÜG, die aus diesem abgeleitete analoge Anwendung des § 10 Abs 1 dAÜG kannte und weder eine klarstellende gesetzliche Regelung geschaffen habe, welche die Analogie ersetzbar gemacht hätte, noch eine Weiterführung der Analogie erwähnt habe. Dieses „Schweigen“ des Gesetzgebers sei laut Auffassung des dBAG als Ablehnung der Analogie zu werten.

Diese Begründung des dBAG kann aus meiner Sicht nicht überzeugen. Gerade das „Schweigen“ des Gesetzgebers auf die Analogie des § 10 Abs 1 dAÜG ist für mich eher ein Indiz, dass er mit der Abschaffung des § 13 dAÜG nur das Verbot von entsprechenden Vereinbarungen und gerade nicht die gesamte analoge Anwendung des § 10 Abs 1 dAÜG abschaffen wollte. Aus meiner Sicht sollte der Arbeitnehmer grundsätzlich auch weiterhin schutzwürdig sein und arbeitsrechtliche Ansprüche gegenüber dem Entleiher als Folge des § 1 Abs 2 dAÜG

³²⁵ Entscheidung des dBAG, BB 2000, 2522 ff; entsprechende Kommentierungen des Urteils finden sich bei *Boemke* „Kommentierung des Urteils des BAG vom 28.06.2000“ in BB 2000, S 2524 ff und *Mohr/Pomberg* „Die Änderung der Rechtsprechung zu der vermuteten Arbeitsvermittlung nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz“ in DB 2001, S 590

³²⁶ Siehe oben

geltend machen können. Zugleich soll der Arbeitgeber aber die Möglichkeit haben, sich von einem solchen Risiko durch entsprechende Vereinbarung zu schützen. Eine solche Bewertung der Abschaffung des § 13 dAÜG aF, der die Eigenverantwortung der Vertragsparteien in den Vordergrund stellt, ohne den Arbeitnehmer generell durch Ausschluss von Ansprüchen schutzlos zu stellen, scheint mir daher die beste Auslegung.³²⁷

Eine solche Vereinbarung muss dabei aber unmittelbar mit dem Arbeitnehmer abgeschlossen werden und kann nicht etwa nur zwischen Entleiher und Verleiher erfolgen, da es sich sonst um eine Vereinbarung zu Lasten eines Dritten, nämlich des Arbeitnehmers handeln würde, die für diesen nicht bindend wäre. Der Arbeitnehmer könnte allenfalls einer Vereinbarung zwischen Verleiher und Entleiher zustimmen, wobei man auch in diesem Fall das Ziel einer solchen Vereinbarung und Zustimmung genau betrachten sollte. Dient diese nur dazu, den Verleiher bei einer möglichen Verletzung von Arbeitgeberpflichten frei zu stellen, könnte eine solche Vereinbarung auch mit Zustimmung möglicherweise sittenwidrig sein. Nach meiner Auffassung ist somit auch nach Abschaffung des § 13 dAÜG aF eine analoge Anwendung des § 10 Abs 1 dAÜG möglich, dh bei einer Arbeitsvermittlung aufgrund § 1 Abs 2 dAÜG wird zugleich ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Arbeitnehmer fingiert. Diese Auffassung steht allerdings im Widerspruch zu aktueller Rechtsprechung des dBAG.

Damit kommt man bei dieser Fragestellung nach meiner Überzeugung sowohl im österreichischen wie auch im deutschen Recht zum gleichen, wenn auch umstrittenen Ergebnis, dass ein Arbeitsverhältnis zwischen

³²⁷ So auch *Sandmann/Marschall*, Art. 1 § 13 RdNr 2

Entleiher/Beschäftiger und Arbeitnehmer/Beschäftigten bei einer abgeleiteten bzw vermuteten Arbeitsvermittlung aufgrund nicht übernommener Arbeitgeberpflichten durch den Verleiher/Überlasser entsteht. Beiden Rechtsordnungen ist dabei gemeinsam, dass diese wichtige Fragestellung durch den Gesetzgeber nicht eindeutig und zufrieden stellend geregelt wurde.

4.3.1.e. Auswirkungen auf das Vertragsverhältnis zwischen Verleiher und Entleiher

Eine wesentliche Folge eines Verstoßes des Verleihers gegen seine Arbeitgeberpflichten nach § 1 Abs 2 dAÜG war vor der Zulassung GPAV die Nichtigkeit des Vertragsverhältnisses zwischen dem Verleiher und dem Entleiher. Da die nach § 1 Abs 2 dAÜG vermutete Arbeitsvermittlung verboten war, folgte damals in Konsequenz aus § 134 dBGB, dass auch das Vertragsverhältnis zwischen Verleiher und Entleiher als Arbeitsvermittlungsvertrag, aufgrund Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot, nichtig war. Gleiches galt im österreichischen Recht aus dem gesetzlichen Verbot von gleichzeitiger Ausübung GPAV und Arbeitskräfteüberlassung, welches in § 129 Abs 2 öGewerbeordnung 1994 und § 17d Abs 1 Nr 2 öAMFG aF bis zum öKonjunkturbelebungs-gesetz 2002 fixiert war in Verbindung mit der Nichtigkeitswirkung nach § 879 Abs 1 öABGB.

Eine solche Nichtigkeitswirkung kann heute aber weder in Österreich noch in Deutschland mehr angenommen werden, und zwar unabhängig davon, ob der Verleiher/Überlasser eine Gewerbeanmeldung zur GPAV getätigt bzw eine Erlaubnis zur Gewerbeausübung (Österreich) inne hat oder nicht. Zwar verstößt der Verleiher, welcher faktisch GPAV betreibt gegen eine gesetzliche Regelung, nämlich die Anmelde- bzw

Berechtigungspflicht nach den jeweiligen Gewerbeordnungen. Allerdings ist für eine Nichtigkeitswirkung nach § 134 dBGB und § 879 öABGB nach der Zielrichtung des Gesetzes, gegen welches verstoßen wurde, zu fragen. Hier soll mit den Regelungen der Gewerbeordnung jeweils nicht GPAV als Rechtsgeschäft generell verboten werden, sondern nur die Berufsausübung durch den GPAVer geregelt werden. Insofern sind die Verstöße gegen die Anmelde- bzw. Berechtigungspflicht nicht als gesetzliches Verbot im Sinne der § 134 dBGB bzw. § 879 öABGB zu bewerten. Eine mangelnde Anmeldung oder Berechtigung zieht somit kein gesetzliches Verbot des Rechtsgeschäfts zwischen Verleiher/Überlasser und Entleiher/Beschäftigter nach sich, sondern sanktioniert lediglich das Verhalten des Verleihers/Überlassers wie unten noch ausgeführt wird. Das Vertragsverhältnis zwischen Verleiher/Überlasser und Entleiher/Beschäftigter bleibt also grundsätzlich bestehen und ist nicht von vornherein nichtig. Aufgrund der Fiktion des § 1 Abs 2 dAÜG bzw. des § 2 Abs 4 öAMFG könnte sich das Vertragsverhältnis aber von einem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zu einem GPAVV gewandelt haben, bei welchem der Verleiher/Überlasser die Position des GPAVer einnimmt, während der Entleiher/Beschäftigter zum Arbeitgeber wird.

Wusste der Entleiher/Beschäftigter um das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen auf Seiten des Verleihers/Überlassers und kannte er die Wirkung des § 1 Abs 2 dAÜG bzw. § 2 Abs 4 öAMFG, so ist davon auszugehen, dass

- entweder von vornherein ein GPAVV zwischen Verleiher/Überlasser und Entleiher/Beschäftigter geschlossen werden sollte (dies wäre der Fall, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen des § 2 Abs 4 öAMFG bzw.

§ 1 Abs 2 dAÜG von Beginn an vorlagen und auch dem Entleiher/Beschäftiger bekannt waren)

- oder sich aber ab dem Vorliegen und zugleich Bekanntsein der Tatbestandsvoraussetzungen der ursprüngliche Arbeitnehmerüberlassung in einen GPAVV wandelt.

Schwieriger ist diese Frage dagegen dann zu beantworten, wenn dem Entleiher/Beschäftiger die in § 2 Abs 4 öAMFG bzw § 1 Abs 2 dAÜG vorausgesetzten Tatsachen nicht bekannt waren oder er zumindest die Auswirkung, also die Fiktion einer Arbeitsvermittlung, nicht kannte (wovon bei einem juristischen Laien regelmäßig auszugehen ist).

Entscheidend zur Beantwortung dieser Problemstellung ist die Bewertung der Annahme einer Arbeitsvermittlung aus § 2 Abs 4 öAMFG bzw deren Vermutung aus § 1 Abs 2 dAÜG sowie der sich daraus nach meiner Meinung (und entgegen der Rechtsprechung des dBAG) ableitenden Arbeitsverhältnisse zwischen dem Entleiher/Beschäftiger und dem Arbeitnehmer/Beschäftigten.³²⁸ Hier sind grundsätzlich zwei Lösungsansätze denkbar:

Zum einen könnte man aufgrund der Annahme/Vermutung des § 2 Abs 4 öAMFG bzw des § 1 Abs 2 dAÜG davon ausgehen, dass auch im Vertragsverhältnis zwischen Entleiher/Beschäftiger und Verleiher/Beschäftigtem ein GPAVV per Gesetz fingiert werden soll. Somit wäre bereits bei Abschluss des Vertrages bzw bei Eintreten der Tatbestandsvoraussetzungen des § 2 Abs 4 öAMFG bzw § 1 Abs 2 dAÜG zwischen dem Entleiher/Beschäftiger und dem Verleiher/Überlasser per gesetzlicher Fiktion kein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag, sondern ein GPAVV geschlossen, ohne dass der Entleiher/Beschäftiger dies gewollt hätte.

Der Entleiher/Beschäftiger hätte nun nur die Möglichkeit, das Vertragsverhältnis mit dem Verleiher/Überlasser wegen Irrtums nach § 871 Abs 1 öABGB bzw § 119 Abs 1 dBGB anzufechten. Es ist nämlich regelmäßig davon auszugehen, dass der Entleiher/Beschäftiger, der mit einem Verleiher/Überlasser einen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag abgeschlossen hat, nur einen solchen und nicht einen GPAVV abschließen wollte. Regelmäßig kann auch davon ausgegangen werden, dass der Entleiher/Beschäftiger den Vertrag bei Kenntnis der Sachlage nicht abgeschlossen hätte, da ein Entleiher mit dem Abschluss eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags in der Regel gerade einen Vertrag auf Zeit und kein festes Arbeitsverhältnis mit einem Arbeitnehmer begründen und nicht in eine Arbeitgeberstellung zum Überlassenen gelangen will. Erklärt der Entleiher gegenüber dem Verleiher die Anfechtung bzw Nichtigkeit ist der Vertrag als von Anfang an nichtig zu betrachten. Diese Nichtigkeit gilt aber nur für das Vertragsverhältnis zwischen Verleiher/Überlasser und Entleiher/Beschäftiger, nach meiner Meinung dagegen nicht für das Verhältnis des Entleihers/Beschäftigers gegenüber dem Arbeitnehmer/Beschäftigten.³²⁹ Geleistete Vergütungen des Entleihers/Beschäftigers an den Verleiher/Überlasser sind nach § 877 öABGB bzw nach §§ 812 ff dBGB rückabzuwickeln.

Im deutschen Recht besteht für den Verleiher/Überlasser als Anfechtungsgegner zudem grundsätzlich ein Schadensersatzanspruch aus § 122 Abs 1 dBGB. Dieser scheidet in unserer Fallkonstellation aber aufgrund § 122 Abs 2 dBGB aus, da der Verleiher, der die Tatbestandsvoraussetzungen § 1 Abs 2 dAÜG erfüllt, den Anfechtungsgrund und die Wirkungen des § 1 Abs 2 dAÜG

³²⁸ Siehe oben

³²⁹ Siehe oben

kannte bzw aufgrund des von ihm als Fachmann vorausgesetzten Wissens stets kennen musste.

Fraglich ist, ob der Entleiher/Beschäftiger, der durch das Verhalten des Verleihers/Überlassers in eine Arbeitgeberstellung gelangt, nun seinerseits gegenüber dem Verleiher/Beschäftiger einen Schadensersatzanspruch geltend machen könnte. Ein Schadensersatz aus § 1295 iVm § 879 öABGB bzw § 309 iVm § 307 dBGB wegen Verstoßes des Verleihers/Überlassers gegen ein gesetzliches Verbot scheidet aus, da der Verleiher/Überlasser wie oben bereits ausgeführt nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen hat. Somit hätte der Entleiher/Beschäftiger, der den gesetzlich fingierten GPAVV anfight, keinen Schadensersatzanspruch gegenüber dem Verleiher/Überlasser.³³⁰

Dieser Lösungsweg des gesetzlich fingierten GPAVV scheint - insbesondere mit Rücksicht auf die schützenswerten Interessen eines gutgläubigen Entleihers/Beschäftigten und die ihm fehlenden Schadensersatzansprüche - nicht befriedigend. Meines Erachtens ist der dargestellte Weg einer gesetzlichen Fiktion eines GPAVV zwischen dem Entleiher/Beschäftigten und dem Verleiher/Beschäftigten auch nicht angebracht. Betrachtet man zunächst die Zielrichtung der Annahme von Arbeitsvermittlung nach § 2 Abs 4 öAMFG bzw der Vermutung des § 1 Abs 2 dAÜG, so ist diese in erster Linie darauf gerichtet, das Verhalten des Verleihers/Überlassers zu sanktionieren und nach meiner Ansicht den Arbeitnehmer/Beschäftigten durch Fiktion eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher/Beschäftigten zu schützen. Die Sanktionswirkung war insbesondere aus der Historie³³¹ des Verbots GPAV begründet, da man damals davon ausging, dass der Entleiher über die Vermutung von

³³⁰ Ausnahmen wären allenfalls denkbar, wenn der Entleiher dem Verleiher eine vorsätzliche, sittenwidrige Schädigung nachweisen könnte.

Arbeitsvermittlung rechtswidrig handelt. Die Annahme/Vermutung des § 2 Abs 4 öAMFG bzw § 1 Abs 2 dAÜG war mE ausschließlich gegen den Verleiher/Überlasser und zugunsten des Arbeitnehmers/Beschäftigten gerichtet und sollte nicht den Entleiher/Beschäftigten über den Eintritt der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses hinaus belasten. Und selbst beim Verleiher geht das Gesetz in Deutschland von einer widerlegbaren Vermutung³³² und nicht von einer unmittelbaren Fiktion von Arbeitsvermittlung aus, so dass eine unmittelbare Fiktion eines GPAVV zu Lasten des Entleihers/Beschäftigten erst recht nicht aus § 1 Abs 2 dAÜG hergeleitet werden kann. Auch aus der meines Erachtens gegebenen Fiktion des Arbeitsverhältnisses zwischen Entleiher/Beschäftigten und Arbeitnehmer/Beschäftigten kann eine Fiktion eines GPAVV zwischen Entleiher/Beschäftigten und Verleiher/Überlasser mE nicht abgeleitet werden. Diese Fiktion eines Arbeitsverhältnisses dient ausschließlich dem Zweck, den Arbeitnehmer (als vermeintlich schwächstem Beteiligten) besonders zu schützen. Es wird mit ihr mE aber nicht bezweckt, das Vertragsverhältnis zwischen Entleiher/Beschäftigten und Verleiher/Überlasser zu regeln. Somit scheidet mE der oben beschriebene Weg über eine Fiktion eines GPAVV zwischen Entleiher/Beschäftigten und Verleiher/Überlasser aus.

Dies hat zur Folge, dass zwischen dem Entleiher/Beschäftigten und dem Verleiher/Überlasser - ungeachtet der Wirkungen des § 2 Abs 4 öAMFG bzw § 1 Abs 2 dAÜG - weiterhin ein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag besteht. Wesentlicher Bestandteil eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags ist es aber, dass die Überlassung des Arbeitnehmers gerade nur auf Zeit erfolgt und der Entleiher/Beschäftigten gerade keine Ansprüche aus einem Arbeitsverhältnis mit dem

³³¹ Siehe Kap 2.

³³² Siehe oben

Arbeitnehmer/Beschäftigten „zu befürchten“ hat. Diesen Vertragsbestandteil hat der Verleiher/Überlasser aber aufgrund seiner Pflichtverletzungen gegenüber dem Arbeitnehmer/Beschäftigten und den daraus entstehenden Folgen des § 2 Abs 4 öAMFG bzw § 1 Abs 2 dAÜG verletzt. Fraglich ist nun, ob diese Vertragsverletzung als Schlechterfüllung des Arbeitnehmerüberlassungsvertrags oder als Nichterfüllung nach § 918 ff öABGB bzw § 325 dBGB anzusehen ist.

Nach meiner Überzeugung kommt hier nur eine Nichterfüllung durch den Verleiher/Überlasser in Betracht. Gerade die zeitliche Begrenzung der Überlassung eines Arbeitnehmer/Beschäftigten ist essentieller Bestandteil eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags. Kann diese nicht gewährleistet werden, liegt bereits vom Wortsinn keine Überlassung mehr vor. Der Verleiher/Überlasser hat somit seine Vertragspflichten zur Arbeitnehmerüberlassung nicht erfüllt und dem Entleiher/Beschäftigten mit der Arbeitsvermittlung vielmehr eine andere - von diesem gerade nicht gewollte - Leistung erbracht. Die Leistung des Verleihers/Überlassers ist als aliud zu betrachten, da etwas anderes als die geschuldete zeitlich begrenzte Überlassung geleistet wurde. Die Rechte des Entleihers/Beschäftigten gegenüber dem Verleiher ergeben sich somit aus §§ 918 ff öABGB bzw § 325 dBGB, da der Verleiher/Überlasser als Schuldner die Nichterfüllung gegenüber dem Entleiher/Beschäftigten (aufgrund seines Verhaltens gegenüber dem Arbeitnehmer/Beschäftigten) zu vertreten hat. Der Entleiher/Beschäftigte kann vom Verleiher/Überlasser damit aus §§ 918 ff. öABGB bzw § 325 dBGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrag zurücktreten. Da es sich beim Arbeitnehmerüberlassungsvertrag mE um ein

Dauerschuldverhältnis handelt³³³, gelten die Rechte des Entleiher/Beschäftigers ab jenem Zeitpunkt, ab dem der Verleiher/Überlasser seine Vertragspflichten nicht mehr erfüllt. Für den Entleiher/Beschäftiger wird in der Praxis regelmäßig der Schadensersatz wegen Nichterfüllung die geeignetere Vorgehensweise gegen den Verleiher/Überlasser sein, da ein Rücktritt die wichtigste Wirkung der Pflichtverletzung, nämlich das nach meiner Auffassung fingierte Arbeitsverhältnis des Entleiher/Beschäftigers mit dem Arbeitnehmer/Beschäftigten, nicht beseitigen kann. Durch den Schadensersatzanspruch hat der Entleiher/Beschäftiger zumindest die Möglichkeit, die Schäden, welche sich aus dem entstandenen Arbeitsverhältnis ergeben können³³⁴, vom Verleiher/Überlasser ersetzt zu bekommen.

4.3.1.f. Mögliche Ahndung des Verhaltens des Verleihers bei einem Verstoß gegen § 2 Abs 4 öAMFG bzw § 1 Abs 2 dAÜG

Die Regelung des § 2 Abs 4 öAMFG hatte ursprünglich auch deshalb erhebliche Bedeutung, weil im österreichischen Recht auch nach Zulassung GPAV die gleichzeitige Ausübung von GPAV und Arbeitnehmerüberlassung gemäß § 108 a Abs 2 öGewerbeordnung 1991 ausgeschlossen war, was erst mit dem öKonjunkturbelebungs-gesetz 2002 geändert wurde.³³⁵ Heute ist es nunmehr möglich, dass ein Überlasser neben dem Gewerbe der Arbeitnehmerüberlassung zugleich auch eine Gewerbe-erlaubnis für GPAV inne hat. Verfügt der Überlasser über eine entsprechende Gewerbe-erlaubnis, so zieht die

³³³ Vgl Kap 4.2.2.

³³⁴ Zum Beispiel künftige doppelte Lohnzahlung für einen als Schwangerschaftsersatz entliehenen Arbeitnehmer. Kosten einer Abfindung, bei nur vorübergehendem Mehrbedarf und darauf folgender betriebsbedingter Kündigung des Arbeitnehmers

³³⁵ Vgl hierzu Kap.2.3.2.

Verletzung seiner Arbeitgeberpflichten und die daraus folgende Arbeitsvermittlung über § 2 Abs 4 öAMFG keine Strafsanktion wegen unerlaubter Arbeitsvermittlung nach sich. Anders dagegen, wenn der Überlasser, welcher seine Arbeitgeberpflichten verletzt, nicht über eine Gewerbeerlaubnis zur Ausübung von GPAV verfügt. In diesen Fällen greift § 48 öAMFG ein, wonach mit den dort genannten Geldstrafen bestraft werden kann, wer eine auf Arbeitsmarktvermittlung gerichtete Tätigkeit ausübt, die gegen ein Bundesgesetz, hier die Erlaubnispflicht nach § 97 öGewerbeordnung 1994 iVm § 4 Abs 1 Z 4 öAMFG, verstößt, ohne dass dieser Verstoß eine strafbare Handlung nach dem öAÜG bildet. Zwar handelt es sich bei der Tätigkeit des Überlassers um eine Tätigkeit nach dem öAÜG, allerdings fällt die unzureichende Übernahme von Arbeitgeberpflichten nicht unter die in § 22 öAÜG sanktionierten Tatbestände, so dass eine Anwendung des § 48 öAMFG möglich ist.

Auch das dAÜG enthielt und enthält keine eigenständige Vorschrift, welche einen Verstoß eines Verleihers gegen seine Arbeitgeberpflichten nach § 1 Abs 2 dAÜG ahndet. In der entsprechenden Vorschrift des § 16 dAÜG in der die Ordnungswidrigkeitstatbestände aufgelistet sind, fehlt ein entsprechender Verweis auf § 1 Abs 2 dAÜG.

In der Vergangenheit konnte das Verhalten des Verleihers meines Erachtens³³⁶ gleichwohl eine Ordnungswidrigkeit darstellen und zwar über eine Anwendung des inzwischen abgeschafften § 404 Abs 1 Nr 9 dSGB III aF. Danach handelte ordnungswidrig, wer vorsätzlich oder fahrlässig eine Arbeitsvermittlung ohne entsprechende Erlaubnis durchführte. Eine andere Meinung lehnte dagegen eine Ahndung des Verhaltens des Verleihers über § 404 Abs 1 Nr 9 dSGB III

³³⁶ So auch *Sandmann/Marschall*, Art 1 § 1 RdNr 66; *Becker/Wulfgramm*, Art 1 § 1 RdNr 51g

ab.³³⁷ Sie wollte die Vorschrift des § 404 dSGB III nur auf Tatbestände des dSGB III angewandt wissen und sieht in einer Anwendung dieser Vorschriften auch für vermutete Arbeitsvermittlung nach § 1 Abs 2 dAÜG eine „unzulässige Erweiterung des Tatbestandes zu Lasten des Täters.“³³⁸ Diese Meinung war mE abzulehnen. Eine Beschränkung auf Tatbestände des dSGB III war in § 404 Abs 1 Nr 9 dSGB III nicht vorgesehen. Vielmehr stellte die Vermutung des § 1 Abs 2 dAÜG eine direkte Verbindung vom dAÜG zu den Vorschriften des dSGB III her. Die Tatsache, dass die Tatbestandsbegründende Vorschrift in einem anderen Gesetzestext (dAÜG) verankert war als die Strafvorschrift (dSGB III), verhinderte eine mögliche Strafbarkeit nicht. Vielmehr ist die deutsche Rechtsordnung als Einheit zu betrachten, so dass auch ein Zusammenspiel von Vorschriften verschiedener Gesetzestexte eine Strafbarkeit begründen konnte. Eine solche Ahnung als Ordnungswidrigkeit setzte aber stets voraus, dass der Verleiher, welcher gegen § 1 Abs 2 dAÜG verstieß nicht eine Erlaubnis zu Arbeitsvermittlung inne hatte. Verfügte er dagegen über eine solche Erlaubnis, so war die vermutete Arbeitsvermittlung aufgrund Vorliegen einer Erlaubnis hierzu nicht über § 404 Abs 1 Nr 9 dSGB III zu ahnden.

Nach Abschaffung der Erlaubnispflicht im deutschen Recht ist das Gewerbe der Arbeitsvermittlung lediglich nach § 14 Abs 1 dGewO anzeigepflichtig. Hat der Verleiher kein Gewerbe der GPAV angezeigt und wird dieses dennoch über § 1 Abs 2 dAÜG vermutet und die Vermutung nicht widerlegt, so handelt der Verleiher nach § 146 Abs 2 Nr 1 dGewO ordnungswidrig, weil er dieses Gewerbe nicht angezeigt hat. § 146 Abs 2 Nr 1

³³⁷ *Schüren*, § 16 RdNr 75 ff; *Bückle* „Beschäftigung von Leiharbeitnehmern ohne Arbeitserlaubnis“ in BB 1981, S 1529 ff; Urteil des BayObLG, DB 1981, S 1460

³³⁸ *Schüren*, § 16 RdNr 75

dGewO fordert dabei Vorsatz oder Fahrlässigkeit, wobei bei einem Verleiher mindestens von Fahrlässigkeit auszugehen ist, da er die Vorschrift und Wirkung des § 1 Abs 2 dAÜG kennen muss.

Beiden Rechtsordnungen ist also gemeinsam, dass einem Verstoß eines Verleihers/Überlassers gegen seinen Arbeitgeberpflichten und der daraus abgeleiteten/vermuteten Arbeitsvermittlung nur dann eine Ahndung folgt, wenn der Verleiher/Überlasser nicht zugleich über eine Erlaubnis (Österreich) bzw Anzeige seiner Gewerbeausübung zur GPAV verfügt.

4.3.2. Arbeitnehmerüberlassung durch einen GPAV ohne Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung

Sowohl in Österreich wie auch in Deutschland steht Arbeitnehmerüberlassung unter einem Erlaubnisvorbehalt.

In Österreich ist für Arbeitnehmerüberlassung als reglementiertes Gewerbe nach § 94 Ziffer 72 öGewO 1994 gemäß § 135 öGewO 1994 eine Gewerbeberechtigung erforderlich, die von den zuständigen Gewerbebehörden, somit nach § 339 Abs 1 öGewO 1994 den Bezirksverwaltungsbehörden, erteilt wird und von diesen nach § 361 öGewO 1994 auch entzogen werden kann. Die inhaltlichen Voraussetzungen für eine Erlaubnis zur Ausübung von Arbeitnehmerüberlassung sind in § 135 Abs 3 und 4 öGewO 1994 geregelt, dies sind insbesondere die Staatsangehörigkeit in einem Land des Europäischen Wirtschaftsraumes (EWR) bzw der Sitz in einem EWR-Land bei juristischen Personen sowie die erforderliche Zuverlässigkeit des Antragstellers. Für GPAV ist gemäß § 97 öGewO 1994 ebenfalls eine Berechtigung erforderlich. Die Aufsicht obliegt dabei gemäß § 4 Abs 2 Satz 1 öAMFG und § 260 Abs 1 und 2 öGewO 1994 den Gewerbebehörden und dem Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit bzw der zuständigen Landeskammer der gewerblichen Wirtschaft und der zuständigen Landeskammer für Arbeiter und Angestellte. Mit Abschaffung der Vorschrift des § 108a Abs 2 öGewO 1991 ist nun auch die parallele Ausübung der Gewerbe der Arbeitnehmerüberlassung und der GPAV zulässig.

In Deutschland ergibt sich die Erlaubnispflicht für Arbeitnehmerüberlassung unmittelbar aus § 1 Abs 1 dAÜG. Zu Zeiten des Arbeitsförderungsgesetzes wurde die jeweilige Erlaubnis sowohl für Arbeitnehmerüberlassung wie auch für GPAV noch von derselben Behörde, nämlich der Bundesanstalt

für Arbeit, erteilt. Dennoch konnte auch damals nicht davon ausgegangen werden, dass eine Erlaubnis für GPAV zugleich Arbeitnehmerüberlassung gestattet und umgekehrt. Vielmehr handelte es sich stets um zwei unabhängige Erlaubnisverfahren, die nach verschiedenen Kriterien durchgeführt wurden. Heute obliegt die Aufsicht bei GPAV den jeweiligen Gewerbeaufsichtsbehörden bei denen auch die Anmeldung des Gewerbes vorzunehmen ist, während für eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung weiterhin die Bundesagentur für Arbeit über § 17 dAÜG zuständig ist. Gesetzlich vorgeschriebene Anforderungen für eine Erlaubniserteilung kennt das dAÜG nicht, vielmehr gelten die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsverfahrenrechts³³⁹, welche sich aus den Vorschriften des dVwVfG³⁴⁰ ergeben. Im Mittelpunkt der Prüfung der Bundesanstalt für Arbeit im Wege des Erlaubnisverfahrens nach § 2 dAÜG steht die Sicherstellung, dass keine Versagungsgründe nach § 3 dAÜG vorliegen oder später vorliegen können. Um dies sicherzustellen, kann die Bundesanstalt für Arbeit eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung gemäß § 2 Abs 2 dAÜG unter Bedingungen oder Auflagen erteilen.

Eine die Arbeitnehmerüberlassung und die GPAV gegenseitig ausschließende Vorschrift existiert nicht, so dass ein GPAVer auch eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung ebenso wie ein Verleiher eine Erlaubnis zur GPAV beantragen kann.

4.3.2.a. Folgen einer Arbeitnehmerüberlassung ohne Erlaubnis

Betreibt ein GPAVer in Deutschland Arbeitnehmerüberlassung ohne eine hierfür nach § 1 Abs 1 Satz 1 dAÜG notwendige Erlaubnis, so treten die Rechtsfolgen der §§ 9, 10 dAÜG ein.

³³⁹ So auch *Becker/Wulfgramm*, Art 1 § 2 Rndr 3; *Schüren*, § 2 RdNr 10
³⁴⁰ dVerwaltungsverfahrensgesetz des Bundes, dBGBI I, S 1253

Gemäß § 9 Nr 1 dAÜG sind die Verträge zwischen dem als Verleiher einer Arbeitnehmerüberlassung auftretenden GPAVer und dem Arbeitgeber (Entleiher) sowie dem Arbeitnehmer unwirksam. Dies wiederum führt dazu, dass zwischen dem Arbeitgeber (Entleiher) und dem Arbeitnehmer aus § 10 Abs 1 Satz 1 dAÜG ein Arbeitsverhältnis entsteht. Der Arbeitgeber, welchem von einem GPAVer ohne Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung ein Arbeitnehmer überlassen wird, läuft damit also Gefahr, mit dem Arbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis abzuschließen.

Spezialgesetzliche Regelungen, welche mögliche Ersatzansprüche eines Entleihers gegen einen Verleiher ohne Erlaubnis im oben beschriebenen Fall regeln, sind nicht existent. Allerdings könnte hier die Regelung des § 309 dBGB aus den allgemeinen Regelungen über vertragliche Schuldverhältnisse eingreifen. Nach dieser finden auf einen Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, also im geschilderten Fall möglicherweise den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag ohne Erlaubnis des Verleihers zur Arbeitnehmerüberlassung, die Regelungen der §§ 307, 308 dBGB Anwendung. Der Erlaubnisvorbehalt einer Tätigkeit des Verleihers nach § 1 Abs 1 Satz 1 dAÜG impliziert zugleich, dass diese Tätigkeit ohne Erlaubnis im Umkehrschluss gegen ein gesetzliches Verbot verstößt und somit das Vertragsverhältnis zwischen Entleiher und Verleiher gemäß § 134 dBGB nichtig ist. Während bei der Gewerbebeanmeldung für GPAV in Deutschland wie auch bei der notwendigen Gewerbeberechtigung für Arbeitnehmerüberlassung in Österreich, die Regelung der Berufsausübung im Vordergrund steht und daher ein Verstoß gegen diese Verpflichtungen zur Gewerbebeanmeldung bzw Gewerbeberechtigung nicht zu einer Nichtigkeit des Vertrags

wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot führen³⁴¹, spiegelt § 1 Abs 1 Satz 1 dAÜG im deutschen Recht sehr wohl ein Verbot von Arbeitnehmerüberlassung mit Erlaubnisvorbehalt wider³⁴², da man mit dem Erlaubnisvorbehalt nicht nur die Berufsausübung des Verleihers reglementieren will, sondern Arbeitnehmerüberlassung insgesamt in ein reglementiertes und staatlich gesteuertes Umfeld eingliedert wissen möchte. Letzteres spiegelt sich darin wider, dass bei einem Verstoß des Verleihers gegen § 1 Abs 1 Satz 1 dAÜG unter bestimmten Voraussetzungen auch der Entleiher nach § 16 Abs 1 Nr 1a dAÜG ordnungswidrig handelt, wodurch ersichtlich wird, dass der Gesetzgeber mit § 1 Abs 1 Satz 1 dAÜG das gesamte Vertragsverhältnis zwischen Verleiher und Entleiher und nicht nur die Art der Berufsausübung des Verleihers regeln möchte. Der Verleiher ohne Erlaubnis hat im Rahmen seines Vertragsverhältnisses mit dem Entleiher aufgrund der fehlenden Erlaubnis gegen ein gesetzliches Verbot iSd § 309 dBGB verstoßen. Der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag mit dem Entleiher verstößt damit gegen das Verbot des § 1 Abs 1 Satz 1 dAÜG, da er auf eine verbotene Leistung des Verleihers gerichtet ist. Dem Entleiher stehen somit über § 309 dBGB Schadensersatzansprüche gegen den Verleiher ohne Erlaubnis nach § 307 dBGB zu.

Gemäß § 307 dBGB bezieht sich der Schadensersatzanspruch des Entleihers auf das negative Interesse. Voraussetzung ist dabei, dass der GPAVer, der als Verleiher ohne Erlaubnis den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag mit dem Entleiher geschlossen hat, Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des Verbots der Arbeitnehmerüberlassung ohne Erlaubnis gehabt hat. Als „Brancheninsider“, der eine Gewerbebeanmeldung zur GPAV erlangt hat und sich im Markt Vermittlung von

³⁴¹ Vgl Kap 4.3.1. und siehe oben

Arbeitsleistungen bewegt, wird man vom Verleiher verlangen müssen, dass er sich mit den entsprechenden Vorschriften zur Arbeitnehmerüberlassung auseinandersetzt, wenn er eine solche betreiben will. Man wird also regelmäßig von einem „Kennenmüssen“ im Sinne des § 307 dBGB ausgehen, wenn ein GPAVer unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung betreibt. Auf Seiten des Entleihers darf als Voraussetzung für einen Ersatzanspruch gemäß § 307 Abs 1 Satz 2 dBGB dagegen kein Kennen oder „Kennenmüssen“ des gesetzlichen Verbotes der Leistung des Verleihers und der Tatbestandsvoraussetzungen, die dieses gesetzliche Verbot nach sich ziehen, vorliegen. Beide Voraussetzungen spielen dabei zusammen, dh der Entleiher muss für einen Ausschluss des Anspruches aus §§ 309 iVm § 307 dBGB sowohl das gesetzliche Verbot als auch die gegen dieses Verbot verstoßenden Tatsachen gekannt haben oder gekannt haben müssen. Bezüglich der fahrlässigen Unkenntnis auf Seiten des Verleihers sind dieselben Kriterien anzusetzen wie bei fahrlässigem Handeln des Entleihers nach § 16 Abs 1 Nr 1a dAÜG, welche an späterer Stelle dieses Kapitels ausführlich dargestellt sind. Geschuldet wird der Ersatz des negativen Interesses. Dies bedeutet, dass der Entleiher vom Verleiher Ersatz des Vertrauensschadens verlangen kann. Dies können im vorliegenden Fall zB alle Aufwendungen sein, die der Entleiher dem Arbeitnehmer aufgrund des fingierten Arbeitsverhältnisses nach § 10 Abs 1 dAÜG zu leisten verpflichtet ist (zB höheren Lohn/Gehalt, Gratifikationen).

Dieser Schadensersatzanspruch wird nach § 307 Abs 1 dBGB aber auf die Höhe des Erfüllungsinteresses beschränkt.

Im Einzelfall kann der Nachweis des Schadens aber schwer zu führen sein. In der Praxis kann der tatsächliche Schaden des

³⁴² So auch *Niebler/Biebl/Ulrich*, Rdnr. 198; *Becker/Wulfgramm*, Art 1 § 1 RdNr 9

Entleihers aufgrund des fingierten Arbeitsverhältnisses deutlich höher sein, als der Wert dessen, was er aufgrund §§ 309 iVm 307 dBGB ersetzt verlangen kann.

Gemäß § 309 dBGB findet auf die Fälle eines gesetzlichen Verbotes neben § 307 dBGB auch die Vorschrift des § 308 dBGB entsprechende Anwendung, woraus der Schluss gezogen werden könnte, dass ein Ersatzanspruch des Arbeitgebers aufgrund § 308 Abs 1 dBGB hinfällig sei. Das gesetzliche Verbot der Arbeitnehmerüberlassung ohne entsprechende Erlaubnis könnte vom Verleiher dadurch behoben werden, dass er eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung bei der Bundesanstalt für Arbeit beantragt und erhält. Dies würde aber voraussetzen, dass die nachträgliche Erlaubniserteilung eine vorige illegale Arbeitnehmerüberlassung heilen würde. Eine solche Heilung ist im Gesetz nicht vorgesehen. Vielmehr stellt § 1 Abs 1 Satz 1 dAÜG klar auf die Handlung der Arbeitnehmerüberlassung ab, bei welcher eine Erlaubnis vorausgesetzt wird. Dies gilt aber nur für solche Arbeitnehmerüberlassung, die bereits beendet sind, wenn der Verleiher seine Lizenz erhält. Anders könnte ein Fall zu bewerten sein, bei dem ein Verleiher zum Zeitpunkt der Verleihung eines Arbeitnehmer noch nicht über eine Erlaubnis verfügt, diese aber später, noch während der laufenden Verleihphase, erhält. Der mE richtige Lösungsansatz für solche Fälle ist über § 9 Abs 1 dAÜG zu finden. Dieser stellt fest, dass Verträge zwischen Verleihern und Entleihern unwirksam sind, wenn der Verleiher nicht über eine Erlaubnis nach § 1 Abs 1 Satz 1 dAÜG verfügt. Entscheidend für die Bewertung einer Unwirksamkeit von Verträgen ist somit der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Lagen zu diesem Zeitpunkt Voraussetzungen vor, die einen Vertrag unwirksam machen, so ist dieser Vertrag von Beginn an unwirksam und kann - wenn er nicht unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen

wurde - durch das nachträgliche Eintreten eines Umstandes, der später die Unwirksamkeitsgründe wegfallen lässt, nicht geheilt werden.³⁴³ Etwas anderes würde also nur gelten, wenn der Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Entleiher unter der aufschiebenden Bedingung einer Erlaubniserteilung geschlossen worden wäre. Dann entfielen aber auch ein Ersatzanspruch des Entleihers bereits nach § 309 iVm § 308 Abs 2 dBGB, da ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, aber unter der aufschiebenden Bedingung einer späteren Zulässigkeit des Vertrages geschlossen wird, gültig ist, wenn diese Bedingung eintritt.

Wie oben bereits ausgeführt, findet sich im öAÜG keine eigenständige Regelung, welche die Berechtigung des Überlassers für seine Tätigkeit regelt. Vielmehr ergibt sich die Einordnung der Arbeitnehmerüberlassung als reglementiertes Gewerbe mit entsprechender Gewerbeberechtigung aus den gewerberechtlichen Vorschriften der §§ 94 Ziffer 72 öGewO 1994 und § 135 öGewO 1994. Ebenso fehlt im öAÜG eine den §§ 9, 10 dAÜG vergleichbare Vorschrift, wonach bei einer Überlassung ohne Erlaubnis des Überlassers ein Arbeitsverhältnis zwischen Beschäftigter und Arbeitskraft gesetzlich entstehen soll. Aus diesen beiden wesentlichen Unterschieden zeigt sich die entscheidende Differenz zwischen dem Erlaubnisvorbehalt des § 1 Abs 1 Satz 1 dAÜG und der Notwendigkeit einer Gewerbeberechtigung für ein reglementiertes Gewerbe nach §§ 94 Ziffer 72 öGewO 1994 und § 135 öGewO 1994. Während § 1 Abs 1 Satz 1 dAÜG ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt fixiert und somit eine Arbeitnehmerüberlassung ohne Erlaubnis als Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot werten lassen will, so stellen die Vorschriften der §§ 94 Ziffer 72 öGewO 1994 und § 135

³⁴³ So auch *Becker/Wulfgramm*, Art 1 § 9 RdNr 16

öGewO 1994 eine Berufsausübungsregelung dar, durch welche der Zugang zur und die Qualität der Berufsausübung geregelt werden soll. Ein Verstoß des Überlassers gegen diese Regelungen führt nicht zu einem gesetzlichen Verbot der gesamten Überlassung und auch nicht zu einer gesetzlichen Folge eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Beschäftiger und der Arbeitskraft. Die Folgen der fehlenden Gewerbeberechtigung des Überlassers betreffen somit nur ihn in Form von gewerberechtlichen Ahndungsmöglichkeiten (siehe unten), nicht dagegen sein Rechtsverhältnis mit dem Beschäftiger oder das Rechtsverhältnis zwischen dem Beschäftiger und der überlassenen Arbeitskraft. Ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot mit den Wirkungen des § 879 öABGB liegt somit in Österreich nicht vor.

Übt ein GPAVer ohne eine entsprechende Erlaubnis bzw Gewerbeberechtigung neben seiner Arbeitsvermittlung zugleich Arbeitnehmerüberlassung aus, so hat dies in Deutschland aufgrund eines Verstoßes gegen das gesetzliche Verbot nach § 1 Abs 1 Satz 1 dAÜG erhebliche Folgen sowohl für sein Vertragsverhältnis mit dem Entleiher (Nichtigkeit und Schadensersatz des GPAVer/Verleihers) wie auch für das Vertragsverhältnis zwischen Entleiher und Arbeitnehmer (gesetzlich entstehendes Arbeitsverhältnis mit entsprechenden Schadensersatzpflichten des GPAVers/Verleihers), wogegen der GPAVer in Österreich lediglich gegen eine gewerberechtliche Berufszugangs- und -ausübungsregelung verstößt und dieser Verstoß die Vertragsverhältnisse zwischen ihm und dem Beschäftiger sowie zwischen Beschäftiger und Arbeitskraft unberührt lässt.

4.3.2.b. Ahndung einer Arbeitnehmerüberlassung durch einen GPAVer ohne Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung

Sowohl der GPAVer als Verleiher als auch der Arbeitgeber als Entleiher können in Deutschland im Falle einer Arbeitnehmerüberlassung durch einen GPAVer ohne eigenständige Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung strafrechtlich verfolgt werden. § 16 Abs 1 Nr 1 und 1a dAÜG ahnden das Überlassen ohne Erlaubnis durch den Verleiher wie auch das Tätigwerden eines ohne Erlaubnis überlassenen Arbeitnehmers beim Entleiher als Ordnungswidrigkeit. Dabei gilt für beide Fälle nach § 16 Abs 1 dAÜG, dass sowohl Vorsatz als auch Fahrlässigkeit geahndet werden. Der GPAVer kann sich somit nicht darauf berufen, er habe geglaubt, mit seiner Gewerbeanmeldung zur GPAV dürfe er zugleich Arbeitnehmerüberlassung betreiben. Es hätte die nach § 276 Abs 1 Satz 2 dBGB im Verkehr erforderliche Sorgfalt verlangt, sich bei der Gewerbebehörde nach dem Umfang seiner Gewerbeanmeldung zu erkundigen, weshalb regelmäßig zumindest von Fahrlässigkeit ausgegangen werden muss.

Fraglich ist aber, welches Verhalten vom Entleiher in einem solchen Fall erwartet werden kann, um Fahrlässigkeit auszuschließen. Grundsätzlich wird man vom Entleiher verlangen können, dass er sich die Erlaubnis des Verleihers vorlegen lässt.³⁴⁴ Tut er dies nicht, so handelt er mE regelmäßig ebenfalls fahrlässig.

Wie aber ist ein Fall zu beurteilen, in denen der Entleiher Einsichtnahme in die Erlaubnis des Verleihers verlangt, von diesem aber dessen Gewerbeanmeldung zur GPAV vorgelegt bekommt, mit dem Hinweis des Verleihers, dass diese auch auf Arbeitnehmerüberlassung anzuwenden sei. Nachdem die Tatbestände der GPAV und der Arbeitnehmerüberlassung sich

in vielen Bereichen ähneln und überschneiden, ist es für einen - mit der rechtlichen Materie nicht vertrauten - Außenstehenden nur schwer unterscheidbar, ob eine Gewerbeanmeldung zur GPAV auch Arbeitnehmerüberlassung umfasst oder nicht. Dies ist in der Praxis um so schwieriger, da viele Unternehmen sowohl Arbeitnehmerüberlassung als auch GPAV zugleich betreiben, so dass beides für einen Außenstehenden leicht als Einheit angesehen werden kann. Dadurch, dass er vom Verleiher die Erlaubnis verlangt hat und ihm eine - allerdings falsch kommentierte - Gewerbeanmeldung vorgelegt wurde, ist der Entleiher seiner Sorgfaltspflicht mE ausreichend nachgekommen. Er durfte - wenn im Einzelfall keine anderen Anhaltspunkte für Zweifel zu erkennen waren - der Aussage des Verleihers als „Fachmann“ Glauben schenken. Man kann von einem Entleiher nicht verlangen, dass er in solchen Fällen einen Rechtsanwalt oder die Gewerbebehörde konsultiert. Somit scheidet im diesem dargestellten Fall eine Ahndung des Verhaltens des Arbeitgebers als Entleiher nach § 16 Abs 1 Nr 1a dAÜG mangels Vorsatz oder Fahrlässigkeit mE regelmäßig aus. Es bliebe dann nur die Ahndung des Verhaltens des GPAVers nach § 16 Abs 1 Nr 1 dAÜG.

In Österreich kennt das öAÜG keine eigenständige Strafvorschrift für einen Überlasser, welcher gegen die Verpflichtung einer Gewerbeberechtigung verstößt. Zwar sind auch im öAÜG in § 22 öAÜG Strafbestimmungen enthalten, diese ahnden aber nur die dort ausdrücklich genannten Tatbestände (zB hinsichtlich der Art der Überlassungsausübung), zu denen die Überlassung trotz fehlender Gewerbeberechtigung nicht gehört. Gleichwohl kann das Verhalten des Überlassers ohne Gewerbeberechtigung geahndet werden und zwar nach der gewerberechtlichen

³⁴⁴ Ebenso *Becker/Wulfgramm*, Art. 1 § 16 RdNr 9a

Vorschrift des § 366 Abs 1 Ziff 1 öGewO 1994, wonach die Ausübung eines reglementiertes Gewerbe ohne Gewerbeberechtigung eine Verwaltungsübertretung darstellt.

Hinsichtlich der Ahnung des Verhaltens eines GPAVers, der Arbeitnehmerüberlassung ohne Erlaubnis bzw Gewerbeberechtigung betreibt, ergeben sich die Strafbestimmungen in Deutschland also direkt aus dem dAÜG, während sie in Österreich in den gewerberechtlichen Vorschriften der öGewO 1994 zu finden sind. Wesentlicher Unterschied ist dabei die grundsätzliche Möglichkeit einer Ahndung auch des Verhaltens des Entleihers bei einem Verstoß des GPAVers/Verleihers, während der Beschäftiger in Österreich nicht belangt werden kann.

4.3.3. *Faktische Arbeitnehmerüberlassung durch Vermittlung mehrerer befristeter Arbeitsverträge*

4.3.3.a. *Vermittlung mehrerer befristeter Arbeitsverträge durch GPAVer mit und ohne zusätzliche Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung*

Ein Bereich, in denen die Abgrenzung von GPAV zu Arbeitnehmerüberlassung vergleichsweise schwierig sein kann, ist die Vermittlung mehrerer befristeter Arbeitsverträge durch einen GPAVer. Im „typischen Fall“ der GPAV ist die Tätigkeit eines GPAVers darauf gerichtet, zwischen einem Arbeitgeber und einem Arbeitnehmer ein unbefristetes Arbeitsverhältnis entstehen zu lassen. Allerdings beschränken die gesetzlichen Vorschriften die Tätigkeit eines GPAVers weder in Deutschland noch in Österreich auf die Vermittlung unbefristeter Arbeitsverhältnisse und schließen damit die Vermittlung von befristeten Arbeitsverhältnissen nicht aus.

Unproblematisch sind in diesem Umfeld Fälle, in denen ein GPAVer einen Arbeitnehmer einmalig in eine befristete Stelle vermittelt, da dann ein eindeutiger Fall von GPAV vorliegt. Problematisch wird es dagegen, wenn ein GPAVer denselben Arbeitnehmer mehrfach hintereinander in befristete Anstellungsverhältnisse vermittelt. Ein solcher Fall ähnelt der Arbeitnehmerüberlassung sehr, erfüllt allerdings augenscheinlich zwei der wichtigen Kennzeichen der Arbeitnehmerüberlassung nicht: Es liegt weder ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und dem GPAVer vor, noch schuldet der GPAVer dem Arbeitgeber den Einsatz eines geeigneten Arbeitnehmers als Dauerschuldverhältnis während der gesamten Laufzeit des befristeten Arbeitsverhältnisses.

Diese Kennzeichen sind zwar als Abgrenzungskriterien ein Indiz für das Nichtvorliegen von Arbeitnehmerüberlassung, sie schließen diese aber mE nicht zwingend aus. Vielmehr ist es nach meiner Überzeugung möglich, dass - auch wenn diese Kriterien vorliegen - ein GPAVer durch die Vermittlung mehrerer befristeter Arbeitsverhältnisse des selben Arbeitnehmers sehr wohl Arbeitnehmerüberlassung betreiben kann, diese aber eventuell unzulässigerweise.

Zur Beurteilung der Frage, ob eine mehrfache Befristung in Arbeitnehmerüberlassung umschlagen kann, muss eine Gesamtbetrachtung der äußeren Umstände des konkreten Falls durchgeführt werden. Kann man aus den Umständen den Schluss ziehen, dass die mehrfache Vermittlung des selben Arbeitnehmers für den GPAVer als eine Art „dauerhafte bzw längerfristige Einnahmequelle“ dient, folgt daraus, dass hier faktisch sehr wohl ein Fall von Arbeitnehmerüberlassung vorliegen kann, bei welchem der GPAVer aber seinen Pflichten als Überlasser/Verleiher und damit als Arbeitgeber nicht nachkommt. Wichtiges Kriterium wird dabei die Beurteilung der Frage sein, ob der GPAVer von sich aus darauf abzielt, denselben Arbeitnehmer mehrfach in befristete Arbeitsverhältnisse zu vermitteln (dies spricht für eine verdeckte Arbeitnehmerüberlassung) oder ob der Arbeitnehmer sich aus eigener Initiative, immer wieder an den GPAVer wendet (dann liegt wohl lediglich mehrfache GPAV vor). Ein weiteres Indiz für verdeckte Arbeitnehmerüberlassung wäre in diesem Zusammenhang zudem die Tatsache, dass ein GPAVer nach einer Vermittlung eines befristeten Arbeitsverhältnisses die Bewerbungsunterlagen des Arbeitnehmers stets behält, um sie für eine weitere Vermittlung verwenden zu können.

Fraglich ist nun, welche Rechtsfolgen solche faktische Arbeitnehmerüberlassung durch einen GPAVer nach sich zieht.

Hierbei sind zwei Fälle zu unterscheiden, nämlich solche, in denen der GPAVer nicht zugleich auch über eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung verfügt und solche, in denen der GPAVer eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung innehat.

4.3.3.b. Rechtsfolgen faktischer Arbeitnehmerüberlassung beim GPAVer ohne zusätzliche Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung

Verfügt der GPAVer in Deutschland nicht über eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung, ergeben sich die Rechtsfolgen zunächst unmittelbar aus § 9 Nr 1 dAÜG. Dies bedeutet zum einen im Verhältnis zwischen GPAVer und Arbeitnehmer, dass das ohne ausdrücklichen Vertragsschluss zwischen diesen beiden Parteien faktisch angenommene Arbeitsverhältnis gemäß § 9 Nr 1 dAÜG unwirksam ist. Zum anderen wird als Konsequenz des § 9 Nr 1 dAÜG im Verhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber gemäß § 10 Abs 1 Satz 1 dAÜG ein Arbeitsverhältnis fingiert. Auf den ersten Blick könnte man nun meinen, dass hier nun dieselbe Situation wie am Ausgangspunkt erreicht sei, nämlich dass ein befristetes Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber zustande gekommen ist, was ja auch vermittelt werden sollte. Diese Identität ist mE aber nicht vollumfänglich gegeben.

Bei der Vermittlung eines befristeten Arbeitsverhältnisses verlangt § 14 Abs 1 dTzBfG³⁴⁵ einen die Befristung rechtfertigenden Grund und nennt Regelbeispiele hierfür. Allerdings sehen die Absätze 2, 2a und 3 des § 14 dTzBfG Ausnahmetatbestände vor, nach denen es keines rechtfertigenden Grundes für eine Befristung bedarf, bei einer Begrenzung der Befristung

³⁴⁵ dGesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge, dBGBI I, S 1966

- auf 2 Jahre (§ 14 Abs 2 dTzBfG) bzw
- auf 4 Jahre bei neu gegründeten Unternehmen (§ 14 Abs 2a dTzBfG) bzw
- auf 5 Jahre bei einem Arbeitnehmer mit einem Alter über 52 Jahre, der vor der Befristung 4 Monate beschäftigungslos war (§ 14 Abs 3 dTzBfG).

Dagegen muss im vorliegenden Fall der faktischen Arbeitnehmerüberlassung und einer Fiktion des Arbeitsverhältnisses über §§ 9, 10 dAÜG, aufgrund der Vorschrift des § 10 Abs 1 Satz 2 dAÜG immer ein die Befristung sachlich rechtfertigender Grund vorliegen. Kann der Arbeitgeber diesen auf Bestreiten des Arbeitnehmers nicht darlegen, ist die Befristung des Arbeitsverhältnisses unwirksam; es wird dann mE ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber fingiert, selbst wenn ein Ausnahmetatbestand nach § 14 Abs 2, 2a oder 3 dTzBfG vorgelegen wäre.

Zu einem anderen Ergebnis würde ein Teil der Literatur³⁴⁶ im vorliegenden Fall gelangen. Diese Meinung will § 10 Abs 1 Satz 2 dAÜG im Wege einer teleologischen Reduktion dahingehend einschränken, dass nicht immer ein sachlicher Grund für eine Befristung vorliegen muss, sondern nur in den Fällen, in denen auch die Rechtsprechung des dBAG einen solchen sachlichen Grund verlangt. Begründet wird dies damit, dass die Formulierung des sachlichen Grundes eine Manifestierung der ständigen Rechtsprechung des dBAG zu befristeten Arbeitsverhältnissen sei. Aus diesem Grund will diese Meinung in der Literatur den Schutz des Arbeitnehmers nur auf solche Fälle ausdehnen, in denen dieser Schutz auch bei „normalen“ Fällen durch die Rechtsprechung des dBAG gewährleistet wäre.

Eine solche teleologische Reduktion zu Lasten des Arbeitnehmers geht mE fehl. Das ua in Art 20 Abs 3 dGG festgeschriebene Prinzip der Gewaltenteilung³⁴⁷ verbietet es, eine solche Auslegung der Gesetzgebung zur reinen Anpassung an die Rechtsprechung. Der Gesetzgeber ist vielmehr nach Art 20 Abs 3 dGG nur an die verfassungsmäßige Ordnung, nicht aber an die Rechtsprechung des dBAG gebunden. Auch wenn die Formulierung des „sachlich rechtfertigenden Grundes“ der ständigen Rechtsprechung des dBAG Rechnung tragen soll³⁴⁸, so muss man davon ausgehen, dass dem Gesetzgeber bei Erarbeitung des § 10 Abs 1 Satz 2 dAÜG auch die gesamte Rechtsprechung des dBAG zu befristeten Arbeitsverhältnissen bekannt war. Erst Recht mit der Aufnahme der sachlichen Rechtfertigung und der Ausnahmetatbestände in die Vorschriften des § 14 dTzBfG hätte der Gesetzgeber die Möglichkeit gehabt, auch § 10 Abs 1 Satz 2 dAÜG anzupassen, was nicht geschehen ist.³⁴⁹ Wenn der Gesetzgeber also weiterhin generell einen sachlichen Grund für Fälle des § 10 Abs 1 Satz 2 AÜG verlangt, so ist er der Rechtsprechung des dBAG und seiner eigenen Gesetzgebung in § 14 Abs 2 dTzBfG eben gerade nicht vollständig gefolgt. Auch aus der in der Gesetzesbegründung zu § 10 Abs 1 Satz 2 dAÜG, welche „der ständigen Rechtsprechung des dBAG Rechnung tragen“ will³⁵⁰, kann man etwas anderes nicht entnehmen. Rechnung tragen bedeutet ein

³⁴⁶ So *Schüren*, § 10 RdNr 52 ff und *Niebler/Biebl/Ulrich*, RdNr 564; dagegen wollen *Sandmann/Marschall*, Art 1 § 10 RdNr 18 und *Becker/Wulfgramm* Art 1 § 10 RdNr 34 ff, keine teleologische Reduktion durchführen.

³⁴⁷ Vgl hierzu auch zB *Maunz/Zippelius*²⁸, Deutsche Staatsrecht (1991), § 13 III mit umfassendem Schrifttum.

³⁴⁸ So die Begründung in BT-Drucksache IV/ 2303, S 13 f

³⁴⁹ So auch *Boemke/Lemke*, § 10 RdNr 41, die mit In-Kraft-Treten des § 14 Abs 1 dTzBfG die Grundlage für eine teleologische Reduktion entzogen sieht; anders dagegen *Niebler/Biebl/Ross*², Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (2003), RdNr 553, die an der teleologischen Reduktion festhalten und § 14 Abs 2 dTzBfG auch auf Fälle des § 10 Abs 1 Satz 2 dAÜG angewandt wissen wollen.

³⁵⁰ BT-Drucksache IV/ 2303, S 14

Berücksichtigen der Rechtsprechung, nicht deren komplette Übernahme. Wäre eine komplette Übernahme der Rechtsprechung gewollt gewesen, müsste man davon ausgehen, dass auch die Begründung eine entsprechende Formulierung gewählt hätte. Dies ist aber nicht geschehen. Der dargestellten Literaturmeinung wird daher nicht gefolgt. Vielmehr wird dem Teil der Literatur zugestimmt, der eine teleologische Reduktion ablehnt.

Der entscheidende Unterschied zwischen einer „normalen“ Vermittlung eines befristeten Arbeitsvertrags und faktischer Arbeitnehmerüberlassung ohne Erlaubnis ist in Deutschland somit, dass für die Befristung im Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber stets ein rechtfertigender Grund vorliegen muss und ohne diesen ein unbefristetes Arbeitsverhältnis entstanden ist.

Gänzlich unterschiedlich ist die Beurteilung einer faktischen Arbeitnehmerüberlassung, bei der ein GPAVer nicht zugleich über eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung verfügt, mE in Österreich. Wie bereits unter Kap 4.3.2. dargelegt, existiert im österreichischem Recht keine dem § 9 Nr 1 dAÜG vergleichbare Vorschrift mit entsprechender Wirkung der Unwirksamkeit eines Vertrags zwischen dem Beschäftigten und dem Überlasser sowie der darauf folgenden Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Beschäftigten und dem Beschäftigten. Vielmehr hat der GPAVer, welcher faktische Arbeitnehmerüberlassung betreibt und keine Erlaubnis hierfür inne hat, lediglich gegen die geforderte Gewerbeberechtigung entsprechend den gewerberechtlichen Vorschriften der §§ 94 Ziffer 72 öGewO 1994 und § 135 öGewO 1994 verstoßen. Entsprechend wird man im Verhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und dem GPAVer, welche durch die mehrfache Befristung faktische Arbeitnehmerüberlassung betreibt,

annehmen, dass zwischen diesen beiden ein Beschäftigungsverhältnis zustande gekommen ist. Der Arbeitnehmer kann gegenüber dem GPAVer aufgrund der faktischen Arbeitnehmerüberlassung arbeitsrechtliche Ansprüche wie gegen einen Überlasser geltend machen, mit dem er einen Arbeitsvertrag abgeschlossen hat. Fraglich ist dabei, ob dieser Arbeitsvertrag unbefristet ist oder die Befristung im vermittelten Arbeitsvertrag auch auf das durch faktische Arbeitnehmerüberlassung entstandene Rechtsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und GPAVer durchschlägt. Hierzu gibt § 11 Abs 2 Z 4 öAÜG die Lösung vor, welcher vorschreibt, dass im Verhältnis zwischen Überlasser und Beschäftigtem Befristungen verboten sind, wenn die Befristung ohne sachlich rechtfertigenden Grund geschieht. Als sachlich rechtfertigenden Grund kommt hier allenfalls in Betracht, dass der GPAVer den Arbeitnehmer seinerseits immer nur in befristete Arbeitsverhältnisse vermittelt und somit keine dauerhafte Beschäftigung bei einem Dritten für ihn hat. Diese nur vorübergehende Beschäftigung bei einem Dritten kennzeichnet aber gerade das Wesen der Arbeitnehmerüberlassung und verpflichten einen Überlasser seinen Arbeitgeberpflichten durchgängig nachzukommen. Der sachliche Grund wäre damit zugleich der Verstoß des GAPVers als Überlasser gegen seine Arbeitgeberpflichten. Da es aber nie ein sachlicher Grund für eine Befristung sein kann, dass ein Überlasser seinen Arbeitgeberpflichten nicht nachkommen möchte, kommt daher eine Befristung des aus faktischer Arbeitnehmerüberlassung abgeleiteten Arbeitsverhältnisses nicht in Betracht. Zwischen dem Beschäftigten und dem GPAVer als Überlasser einer faktischen Arbeitnehmerüberlassung entsteht somit ein unbefristetes Arbeitsverhältnis, aus welchem der Beschäftigte unmittelbar Ansprüche gegen den GPAVer ableiten kann.

Fraglich ist nun, ob diese faktische Arbeitnehmerüberlassung und dass daraus entstandene Arbeitsverhältnis zwischen dem Beschäftigten und dem GPAVer als Überlasser zugleich den befristeten Arbeitsvertrag zwischen dem Beschäftigten und dem Arbeitgeber unwirksam werden lässt. Dies ist mE nicht angebracht. Ziel des Konstruktes der faktischen Arbeitnehmerüberlassung ist es, dem Beschäftigten einen eigenständigen Anspruch gegenüber dem GPAVer zu verschaffen, der durch sein Verhalten faktisch eine Arbeitnehmerüberlassung durchführt, ohne hierfür seinen Pflichten als Arbeitgeber nachzukommen. Dagegen ist es nicht zielführend, wenn der Beschäftigte aus diesem Verhalten des GPAVers nun seine Ansprüche aus seinem befristeten Arbeitsverhältnis gegenüber dem Arbeitgeber verlieren sollte. Vielmehr hat der Beschäftigte für die Vergangenheit nun die Möglichkeit, für seine Ansprüche sowohl den GAPVer als Überlasser wie auch den Arbeitgeber in Anspruch zu nehmen. Das befristete Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitgeber ist also mE nicht unwirksam, sondern besteht fort. Die Kriterien für die Befristung sind somit nach den in Österreich allgemein für Befristungen von Arbeitsverhältnissen geltenden Vorschriften zu beurteilen.³⁵¹ Für seine zukünftigen Leistungen wird man vom Beschäftigten verlangen, dass er sich gegenüber dem GPAVer und dem Arbeitgeber erklärt, ob er gegenüber dem Arbeitgeber im Rahmen des befristeten Vertrags leisten möchte oder ob er auf den Fortbestand eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses mit dem GPAVer besteht und aus diesem leisten möchte.

Wie erläutert wurde, lösen das österreichische und das deutsche Recht Fälle einer faktischen Arbeitsvermittlung durch

³⁵¹ Dabei wird insbesondere bei Kettenarbeitsverträgen, also mehrfach hintereinander geschalteten Befristungen, stets eine sachliche Rechtfertigung verlangt. Zur Befristung von Arbeitsverhältnissen in Österreich siehe umfassend *Engelbrecht* in *Mazal/Risak*, XVI Rz 3 ff

einen GPAVer ohne Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung grundlegend verschieden. In Deutschland ist ein Arbeitsverhältnis zwischen dem GPAVer und Arbeitnehmer aufgrund fehlender Erlaubnis des GPAVers zur Arbeitnehmerüberlassung unwirksam. Zugleich bleibt es bei einem befristeten Arbeitsverhältnis zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer, bei welchem aber jetzt aufgrund § 10 Abs 1 Satz 2 dAÜG stets ein die Befristung rechtfertigender Grund vorliegen muss. In Österreich dagegen entsteht aufgrund der faktischen Arbeitnehmerüberlassung und ein aufgrund § 11 Abs 2 Z 4 äAÜG unbefristetes Arbeitsverhältnisses zwischen dem Beschäftigten und dem GPAVer als Überlasser, während zugleich auch das befristete Arbeitsverhältnis zwischen Beschäftigtem und dem Arbeitgeber Bestand hat und sich der Beschäftigte für die Zukunft entscheiden muss, aus welchem Vertragsverhältnis er leisten möchte.

Für den GPAVer ergibt sich in Deutschland aufgrund der faktischen Arbeitnehmerüberlassung, welche er ohne Erlaubnis ausgeübt hat, eine Ahndung seines Verhaltens als Ordnungswidrigkeit gemäß § 16 Abs 1 Nr 1 dAÜG. Eine Ahndung auf Seiten des Arbeitgebers als Entleiher einer faktischen Arbeitnehmerüberlassung ohne Erlaubnis des Verleihers ist über § 16 Abs 1 Nr 1a dAÜG zwar grundsätzlich ebenfalls möglich³⁵², dürfte aber in der Praxis regelmäßig an mangelndem Vorsatz oder Fahrlässigkeit des Arbeitgebers scheitern, der die Wirkungen dieses komplexen Zusammenspiels im Gegensatz zum GPAVer wohl in der Regel nicht kennen muss.

In Österreich kann das Verhalten des GPAVers als Überlasser ohne Gewerbeberechtigung geahndet werden nach der gewerberechtlichen Vorschrift des § 366 Abs 1 Ziff 1 öGewO

1994, wonach die Ausübung eines reglementiertes Gewerbe ohne Gewerbeberechtigung eine Verwaltungsübertretung darstellt.³⁵³

4.3.3.c. Rechtsfolgen faktischer Arbeitnehmerüberlassung beim GPAVer mit zusätzlicher Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung

Fraglich ist, welche Wirkung faktische Arbeitnehmerüberlassung aufgrund mehrfacher Vermittlung in befristete Arbeitsverhältnisse durch einen GPAVer in Deutschland hat, wenn der GPAVer über eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung verfügt. In solchen Fällen greift die Unwirksamkeitsregelung des § 9 Nr 1 dAÜG nicht ein, da der GPAVer ja zugleich auch über eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung verfügt. Eine Unwirksamkeit nach § 9 Nr 1 dAÜG ist aber wiederum Voraussetzung für eine Fiktion eines Arbeitsverhältnisses in unmittelbarer Anwendung des § 10 Abs 1 dAÜG, so dass eine solche unmittelbare Fiktion nicht in Betracht kommt. Da faktische Arbeitnehmerüberlassung durch einen GPAVer über mehrere befristete Arbeitsverträge aber zugleich bedeutet, dass diese Arbeitnehmerüberlassung zwangsläufig ohne Übernahme der Arbeitgeberpflichten stattfindet, wird über § 1 Abs 2 dAÜG vermutet, dass es sich bei der faktischen Arbeitnehmerüberlassung um der Arbeitsvermittlung handelt.

Wie in Kap 4.3.1. ausführlich dargelegt, führt mE die Vermutung des § 1 Abs 2 dAÜG zur Fiktion eines Arbeitsverhältnisses in analoger Anwendung des § 10 Abs 1 dAÜG. Wenn man diesen Weg konsequent anwendet, so kommt man zum Ergebnis, dass das Arbeitsverhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und dem

³⁵² Vgl hierzu auch Kap 4.3.2.

³⁵³ Vgl hierzu auch Kap 4.3.2.

Arbeitgeber bei faktischer Arbeitnehmerüberlassung also über § 1 Abs 2 dAÜG und eine Fiktion in analoger Anwendung des § 10 Abs 1 dAÜG zustande gekommen ist. Dies führt wiederum dazu, dass entsprechend § 10 Abs 1 Satz 2 dAÜG die Befristung des Arbeitsverhältnisses in jedem Fall einen rechtfertigenden Grund haben muss, auch wenn die Ausnahmetatbestände der § 14 Abs 2, 2a und 3 dTzBfG eine Befristung ohne rechtfertigenden Grund zulassen würden. Würde man dagegen der Meinung folgen, die eine analoge Anwendung des § 10 Abs 1 dAÜG ablehnt, was seit dem Urteil vom 28.06.2000 auch von dBAG so vertreten wird³⁵⁴, so käme man im Falle der faktischen Arbeitnehmerüberlassung durch einen GPAVer mit Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung zu dem Ergebnis, dass aus der faktischen Arbeitnehmerüberlassung und der damit verbundenen Verletzung der Arbeitgeberpflichten heraus allein kein Arbeitsverhältnis zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer zustande gekommen ist. Vielmehr existiert der in konsequenter Anwendung dieser Meinung der befristete Arbeitsvertrag zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber fort, ohne dass dessen Befristung über eine analoge Anwendung des § 10 Abs 1 Satz 2 dAÜG stets einen rechtfertigenden Grund voraussetzt.

Da im vorliegenden Fall einer faktischen Arbeitnehmerüberlassung mit Erlaubnis des GPAVers zur Arbeitnehmerüberlassung auch die Unwirksamkeitswirkung des § 9 Abs 1 dAÜG in Bezug auf das Vertragsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und GPAVer als Verleiher entfällt, besteht somit zwischen Arbeitnehmer und GPAVer als Verleiher ein Arbeitsvertrag, aus welchem der Arbeitnehmer vorgehen kann. Da auch im deutschen Recht die geplante Verletzung der

³⁵⁴ Siehe zu diesem Urteil und der gesamten Diskussion ausführlich Kap 4.3.1.

Arbeitgeberpflichten eines Verleihers nie ein eine Befristung rechtfertigender Grund sein kann, muss zur Wirksamkeit der Befristung einer der Tatbestände der § 14 Abs 2, 2a oder 3 dTzBfG vorliegen, ansonsten handelt es sich um ein unbefristetes Arbeitsverhältnis.

In Österreich spielt die Frage, ob einen GPAVer, welcher faktische Arbeitnehmerüberlassung betreibt, mit oder ohne gewerberechtliche Erlaubnis handelt, keine Rolle. Vielmehr sind beide Fallkonstellationen gleich zu behandeln. Zwischen dem Beschäftigten und dem GPAVer als Überlasser entsteht ein unbefristetes Arbeitsverhältnis, auch wenn dieser eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung inne hat. Zugleich besteht zwischen Beschäftigtem und Arbeitgeber das befristete Vertragsverhältnis fort.³⁵⁵

Damit sind die Lösungswege für den Fall, dass ein GPAVer bei einer faktischen Arbeitnehmerüberlassung über eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung verfügt, deutlich ähnlicher, als im obigen Fall, bei dem eine solche Erlaubnis nicht vorliegt. Sowohl in Deutschland wie auch in Österreich entsteht zwischen Beschäftigtem/Arbeitnehmer und dem GPAVer als Überlasser/Verleiher ein Arbeitsverhältnis, welches in Österreich stets unbefristet und in Deutschland dann unbefristet ist, wenn nicht ein Ausnahmetatbestand der § 14 Abs 2, 2a oder 3 dAÜG die Befristung rechtfertigt. In beiden Rechtsordnungen existiert parallel dazu ein Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitgeber, welches in Deutschland mE aus der Analogie zu § 10 Abs 1 Satz 2 dAÜG stets einen rechtfertigenden Grund für die Befristung verlangt, während in

³⁵⁵ Siehe hierzu ausführlich oben

Österreich die Zulässigkeit der Befristung nach den allgemein gültigen Kriterien zu beurteilen ist.³⁵⁶

In beiden Rechtsordnungen kann der Beschäftigte/Arbeitgeber sowohl den Arbeitgeber wie auch den GPAVer als Überlasser/Verleiher in Anspruch nehmen und muss sich für die Zukunft erklären, aus welchem Vertragsverhältnis er seine Leistungspflichten erfüllen möchte.

Eine Ahndung des Verhaltens des GPAVer als Überlasser/Verleiher über § 366 Abs 1 Ziff 1 öGewO 1994 bzw § 16 Abs 1 Nr 1 dAÜG kommt nicht in Betracht, da der GPAVer bei seiner faktischen Arbeitnehmerüberlassung zugleich über eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung verfügt. Wie bereits unter Kap 4.3.1. ausführlich dargelegt kommt auch wegen seines Verstoßes gegen die Arbeitgeberpflichten eines GPAVers als Überlasser/Verleiher weder in Österreich noch in Deutschland eine strafrechtliche Sanktionierung in Betracht, wenn der Überlasser/Verleiher wie im vorliegenden Fall die gewerberechtlichen Vorschriften für seine Tätigkeit als GPAVer erfüllt hat. Ein GPAVer, der über eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung verfügt, kann demnach faktische Arbeitnehmerüberlassung betreiben und dabei seine Arbeitgeberpflichten verletzen, ohne dass dies strafrechtlich sanktioniert geahndet werden kann.

³⁵⁶ Siehe oben

5. ABGRENZUNG DES GEWERBLICHEN PRIVATEN ARBEITSVERMITTLUNGSVERTRAGES ZU ANDEREN, SPEZIELLEN VERTRAGSARTEN

5.1. ABGRENZUNG GEWERBLICHER PRIVATER ARBEITSVERMITTLUNG GEGENÜBER DER VERMITTLUNG VON WERKVERTRÄGEN UND FREIEN DIENSTVERTRÄGEN

5.1.1. *Vermittlung von Werkverträgen*

Ein in der Praxis relevanter Bereich ist die Abgrenzung von GPAV zur Vermittlung von Werkverträgen. Als Beispiel sei hier ein Unternehmen genannt, das zur Ausführung einer bestimmten Tätigkeit die Leistungen eines Spezialisten in Anspruch nehmen will und diesen Spezialisten gegen Honorar von einem Dritten vermittelt bekommt. Die Frage, ob es sich bei einer solchen Vermittlung um GPAV oder um die Vermittlung eines Werkvertrages handelt, ist deshalb von Bedeutung, weil das gesetzliche Regelungsumfeld, welches für den Bereich der Arbeitsvermittlung gilt, nur auf die Vermittlung von Arbeitsverträgen anzuwenden ist, nicht dagegen für den Fall, dass ein Werkvertrag iSd § 631 dBGB bzw §§ 1151 Abs 1 2. Alt, 1165 öABGB zwischen einem Unternehmer und einem Besteller vermittelt wird.

Fraglich ist, aus welcher Sichtweise zu beurteilen ist, ob die Vermittlung eines Arbeitsverhältnisses oder eines Werkvertrages vorliegt. Dabei sind drei Varianten denkbar, welche für die Einordnung der vermittelten Leistung relevant sein könnten:

- Der Wille des „Auftraggebers“ der Vermittlung und des Vermittlers beim Vertragsschluss des Vermittlungsvertrages.

- Der zugrunde liegende Wille von Vermittler und Vermitteltem.
- Das tatsächlich vermittelte Rechtsverhältnis zwischen dem „Auftraggeber“ der Vermittlung und dem Vermitteltem.

Da die Beantwortung dieser Frage entscheidend dafür ist, ob ggf die Vorschriften zur Arbeitsvermittlung aus dem dSGB III bzw öAMFG Anwendung finden sollen und diese Vorschriften wiederum in weiten Bereichen zum Schutz des vermittelten Arbeitnehmers dienen, muss mE auch für die Wahl der Ausgangsbasis der Schutz des Arbeitnehmers in den Vordergrund gestellt werden. Folgt man dieser Auffassung, so scheidet eine Beurteilung anhand des Willens vom „Auftraggeber“ der Vermittlung und dem Vermittler aus, da hierbei die Interessen des Vermittelten (potenziellen Arbeitnehmers) keinerlei Berücksichtigung finden.

Genauso verfehlt wäre es mE auch, den Willen von Vermittler und Vermitteltem als Ausgangsbasis heranzuziehen. Man kann gemeinhin davon ausgehen, dass sich ein Arbeitsuchender im Falle einer Arbeitsvermittlung gegenüber dem Vermittler in der schwächeren und zugleich einer schützenswerten Position befindet. Aufgrund dieser Stellung kann auch das vom Vermittelten mit dem Vermittler Vereinbarte nicht allein ausschlaggebend sein, da der Vermittler aus seiner vermeintlich stärkeren Position dem Arbeitsuchenden seinen Willen als das „gemeinsam Gewollte“ diktieren könnte.

Daher ist für die Beantwortung der Frage, ob eine Arbeitsvermittlung oder die Vermittlung eines Werkvertrages vorliegt, mE ausschließlich die Ausgestaltung des tatsächlich vermittelten Vertragsverhältnis zwischen dem „Auftraggeber“ der Vermittlung (Arbeitgeber oder Werkbesteller) und dem Vermittelten (Arbeitnehmer oder Werkunternehmer) ausschlaggebend. Es ist also danach zu fragen, ob das konkret vermittelte Vertragsverhältnis den Kriterien eines Arbeits- oder eines Werkvertrages entspricht und zwar im wesentlichen

unabhängig davon, was zwischen dem „Auftraggeber“ der Vermittlung und dem Vermittler bzw dem Vermittler und dem Vermittelten vereinbart wurde.

Zur Bestimmung der einschlägigen Vertragsart zwischen Auftraggeber und Vermitteltem sind daher zunächst die allgemeinen Abgrenzungskriterien zwischen Arbeitsverträgen nach § 611 dBGB bzw §§ 1151 Abs 1 1. Alt, 1153 öABGB und Werkverträgen nach § 631 dBGB bzw §§ 1151 Abs 1 2. Alt, 1165 öABGB heranzuziehen. Die zwei wesentlichen Abgrenzungskriterien sind dabei die Betrachtung der vom Vermittelten geschuldeten Leistung sowie die Position des Vermittelten gegenüber dem „Auftraggeber“ der Vermittlung. Geschuldet wird beim Arbeitsvertrag das höchstpersönliche zur Verfügung stellen der Arbeitsleistung als solcher, unabhängig davon, ob durch die Arbeitsleistung ein konkreter Erfolg herbeigeführt wird. Dabei handelt es sich um ein Dauerschuldverhältnis. Beim Werkvertrag dagegen ist gerade die Herbeiführung des konkreten, vertraglich vereinbarten Erfolges vom Werkunternehmer geschuldet, ohne dass dieser regelmäßig seine Leistung höchstpersönlich³⁵⁷ erbringen muss. Der Verpflichtete eines Arbeitsvertrages ist seinem Dienstherrn gegenüber voll weisungsgebunden und hat seine Tätigkeit ausschließlich nach den Weisungen des Dienstherrn durchzuführen. Der Werkunternehmer dagegen kann zwar an einzelne Weisungen bezüglich der Ausführung seiner Tätigkeit gebunden sein, ist im Wesentlichen aber selbständig und gegenüber dem Besteller weisungsfrei tätig. Im Einzelnen wird zur Abgrenzung zwischen Arbeits- und Werkvertrag auf die umfassende Literatur und Rechtsprechung verwiesen.³⁵⁸

³⁵⁷ Ausnahmen sind in besonderen Einzelfällen denkbar, wenn bei der Erbringung gerade der besondere Sachverstand des Unternehmers als höchstpersönliche Leistung „mitgekauft“ wird.

³⁵⁸ Entsprechende Ausführungen sind beispielsweise zu finden bei *Müller-Glöge* und *Busche* beide in MünchKomm, § 611 und § 631, *Sprau* in Palandt

Ist der Vermittelte also weisungsgebunden im Betrieb des Auftraggebers tätig und schuldet er diesem seine höchstpersönliche Arbeitsleistung, ohne dass ein konkreter Erfolg geschuldet wäre, so liegt zwischen dem „Auftraggeber“ der Vermittlung und dem Vermittelten ein Dienstvertrag in Gestalt eines Arbeitsvertrages vor. Somit betreibt derjenige, der einen solchen Vertrag vermittelt, grundsätzlich keine Vermittlung eines Werkvertrages, sondern Arbeitsvermittlung mit allen rechtlichen Konsequenzen, unabhängig davon, was zwischen ihm und dem „Auftraggeber“ der Vermittlung oder ihm und dem Vermittelten vertraglich vereinbart wurde. Schuldet der Vermittelte dagegen dem „Auftraggeber“ der Vermittlung den Eintritt eines konkreten Erfolges und ist er dabei weitestgehend weisungsunabhängig tätig, so handelt es sich beim vermittelten Vertragsverhältnis regelmäßig um einen Werkvertrag, so dass die Vorschriften zur GPAV keine Anwendung finden.

5.1.2. Vermittlung von freien Dienstverträgen

Neben Arbeitsverträgen und Werkverträgen kennt sowohl das österreichische wie auch das deutsche Recht freie Dienstverträge. Dabei handelt es sich um Dienstverträge nach § 611 dBGB bzw §§ 1151 Abs 1 1. Alt, 1153 öABGB, bei denen der zur Dienstleistung Verpflichtete im Gegensatz zu Arbeitsverträgen nicht in einer persönlichen Abhängigkeit zum Auftraggeber der Dienstleistung steht und nicht weisungsgebunden, also im wesentlichen selbständig agiert. Im Gegensatz zum Werkvertrag ist aber auch der freie Dienstvertrag ein Dauerschuldverhältnis³⁵⁹, bei dem das Wirken des Dienstverpflichteten und nicht ein konkretes Werk als Erfolg geschuldet wird.³⁶⁰ Typische Beispiele eines freien Dienstverhältnisses sind die parallele Tätigkeit eines freiberuflichen Rechtsanwalts als Justitiar bzw Konsulent in einem Unternehmen, die nebenberufliche Tätigkeit eines niedergelassenen Arztes als Betriebsarzt in einem Unternehmen oder der feste Einsatz eines Steuerberaters als dauerhafter steuerlicher Berater eines Unternehmens mit festem Betreuungshonorar. Deutlich schwieriger sind dagegen die Fälle anzusehen, in denen ein Rechtsanwalt, Arzt oder Steuerberater einzelne, voneinander abgrenzbare Mandate übernimmt. Während man in Österreich³⁶¹ hier eher zu Annahme eines Werkvertrags tendiert, werden diese Fälle in Deutschland³⁶² zumindest bei den genannten höheren Diensten

³⁵⁹ Ausnahmen kennt dabei das deutsche Recht in § 627 dBGB, bei dem auch Dienste höherer Art ohne ein dauerhaftes Dienstverhältnis als Dienstvertrag behandelt werden

³⁶⁰ So auch *Schrank/Grabner*, S 19; Eine kritische Auseinandersetzung mit den Begriffen „Wirken“ und „Werk“ als Abgrenzungskriterium findet sich bei *Mazal* „Freier Dienstvertrag oder Werkvertrag“ in *ecolex* 1997, S 277, der die Unterscheidung zwischen „Dauerschuldverhältnis“ und

„Zielschuldverhältnis“ vielmehr als geeigneteres Abgrenzungskriterium sieht
³⁶¹ *Mazal/Risak*, I Rz 56, *Mazal* „Freier Dienstvertrag oder Werkvertrag“ in *ecolex* 1997, S 277

³⁶² *Henssler* in *MünchKomm*, § 627 RdNr 7 ff

aufgrund § 627 dBGB auch unter die freien Dienstverträge gefasst. Umfassende Ausführungen mit zahlreichen Literatur und Rechtsprechungshinweisen zur Abgrenzung zwischen freien Dienstverträgen zu Arbeits- bzw Werkverträgen finden sich bei *Mazal/Risak*³⁶³, *Schrank/Grabner*³⁶⁴ bzw *Müller-Glöge* und *Busche* im Münchner Kommentar zum BGB³⁶⁵.

Die Frage, ob es sich bei der Vermittlung eines freien Dienstvertrags um GPAV handelt ist sowohl aus sozial- wie auch aus zivilrechtlicher Sicht zu beurteilen.

Aus sozialrechtlicher Sicht ist diese Frage mE klar zu verneinen.³⁶⁶ Die sozialrechtlichen Vorschriften sehen ihren Regelungsbedarf in Bezug auf Arbeitsvermittlung primär aus der Sichtweise, dass es sich beim Vermittelten um einen abhängig beschäftigten Arbeitnehmer handelt, der aufgrund seiner (vermeintlich) schwächeren Stellung gegenüber einem Arbeitgeber und einem Vermittler schützenswert ist. Bei freien Dienstverträgen fehlt es aber gerade an dieser abhängigen Beschäftigung, vielmehr agieren die Anbieter freier Dienstleistungen (mit Ausnahme der Fälle sogenannten Scheinselbstständigkeit³⁶⁷) selbst in starkem Maße unternehmerisch. Insofern liegt bei der Vermittlung eines freien Dienstvertrags mE sowohl in Österreich wie auch in Deutschland aus sozialrechtlicher Sicht keine GPAV vor.

Zivilrechtlich haben die Vermittlung von freien Dienstverträgen wie auch GPAV dagegen sehr enge Überschneidungen. Allerdings gibt es bei GPAV auch zivilrechtlich Regelungsbereiche, bei denen es gerade auf die Arbeitnehmereigenschaft des Vermittelten ankommt. So darf zB

³⁶³ *Mazal/Risak*, Kap I Rz 37 ff und 47 ff

³⁶⁴ *Schrank/Grabner*, S 19 ff

³⁶⁵ *Müller-Glöge* und *Busche* beide in MünchKomm, § 611 RdNr 22 ff und § 631 RdNr 8 ff

³⁶⁶ Besonderheiten sind dabei allerdings die Fälle der Scheinselbstständigkeit bzw der arbeitnehmerähnlichen Personen, die weiter unten separat betrachtet werden.

³⁶⁷ Siehe hierzu unten

ein Arbeitnehmer auf arbeitsrechtlich unzulässige Fragen in einigen Fällen falsch Antworten, was sich sowohl auf das Verhältnis vom GPAVer zum Arbeitnehmer wie auch zum Arbeitgeber auswirkt, während diese Unzulässigkeit der Fragen bei freien Dienstleistern wohl eher zu verneinen sein wird. Insofern sind die Vermittlung von freien Dienstverträgen und GPAV mE zwar eng miteinander verwandte Vertragsarten, die aber in Details unterschiedlich zu behandeln sind, weshalb sie im Ergebnis auch zivilrechtlich zwei unterschiedliche Vertragsarten darstellen. Entscheidend für die Abgrenzung ist jeweils die Arbeitgebereigenschaft der vermittelten Person, die sich wesentlich in der Abhängigkeit seiner Beschäftigung manifestiert.

5.1.3. Vermittlung arbeitnehmerähnlicher Personen bzw Auswirkung sogenannter Scheinselbständigkeit

Neben der Abgrenzung von GPAV zu Werkverträgen und freien Dienstverträgen sind die Fälle zu klären, in denen zwischen dem Empfänger einer Leistung und dem vermittelten Leistungserbringer zwar vertraglich ein Werk- oder freier Dienstvertrag vereinbart wurde, aber in der tatsächlichen Ausgestaltung des Leistungsverhältnisses typische Merkmale eines Arbeitsvertrags zu finden sind. Dies können zB eine wirtschaftliche Abhängigkeit des Leistenden vom Leistungsempfänger, die Bindung an dessen Weisungen und eine regelmäßige bis dauerhafte Leistungserbringung sein.

Wie schon unter Kap 4.1.2. ausführlich dargelegt, lösen der österreichische und deutsche Gesetzgeber diese Fallkonstellationen unterschiedlich. Im österreichischen Recht spricht man in diesen Fällen beim Leistenden von einer arbeitnehmerähnlichen Person. Diese arbeitnehmerähnlichen Personen sind in mehreren Gesetzen neben den Arbeitnehmern ausdrücklich genannt und es existieren klare Regelungen, welche gesetzlichen Vorschriften auf sie anzuwenden sind. Im deutschen Recht löst man diese Konstellation dagegen über das Konstrukt der sogenannten Scheinselbständigkeit und nimmt beim Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen einer Scheinselbständigkeit an, dass tatsächlich kein Werk- oder freier Dienstvertrag geschlossen wurde, sondern dass vielmehr ein Arbeitsvertrag vorliegt. Der Leistende wird demnach als Arbeitnehmer behandelt.³⁶⁸

Trotz unterschiedlichen Lösungsweges der dargestellten Problematik ist das Ergebnis in Bezug auf die

Vermittlungsleistung mE in Österreich und Deutschland gleich. In Deutschland wird beim Vorliegen der Tatsbestandsvoraussetzungen einer Scheinselbständigkeit unmittelbar ein Arbeitsverhältnis angenommen, so dass in Konsequenz auch die entgeltliche Vermittlungsleistung in dieses Arbeitsverhältnis als GPAV anzusehen ist.

Eine solche unmittelbare Wirkung kann im österreichischen Recht nicht abgeleitet werden, da dieses ja die Unterscheidung zwischen einem Arbeitnehmer und einer arbeitnehmerähnlichen Person kennt. Wie aber bereits bei der Abgrenzung zwischen GPAV und der Vermittlung freier Dienstverträge dargelegt, ist die wirtschaftliche Abhängigkeit und damit die (vermeintlich) schwächere Stellung des Vermittelten das entscheidende Abgrenzungskriterium. Gerade diese wirtschaftliche Abhängigkeit ist aber ein wesentliches Kennzeichen der Definition einer arbeitnehmerähnlichen Person. Insofern ist mE die Vermittlung einer arbeitnehmerähnlichen Person hier der Vermittlung eines Arbeitnehmers gleich zu setzen und als GPAV zu definieren. Dies ist auch eine konsequente Fortführung des Gedankens des § 3 öAÜG, der arbeitnehmerähnliche Personen in den Anwendungsbereich des öAÜG aufnimmt, was mE auch auf die hinsichtlich des Arbeitnehmerschutzes ähnlich zu behandelnden Tatbestände der GPAV ausgeweitet werden kann. Insofern könnte gewerbliche private Arbeitsvermittlung in Österreich begrifflich auch als gewerbliche private Arbeitskräftevermittlung bezeichnet werden, da sie mE sowohl die Vermittlung von Arbeitnehmern wie auch von arbeitnehmerähnlichen Personen umfasst

Der Vermittler eines solchen Werk- oder freier Dienstvertrags, dessen tatsächlichen Ausgestaltung typische Merkmale eines Arbeitsverhältnisses - wie wirtschaftliche Abhängigkeit des

³⁶⁸ Siehe hierzu Kap 4.1.2.

Leistenden vom Leistungsempfänger, die Bindung an dessen Weisungen und eine regelmäßige bis dauerhafte Leistungserbringung – aufweist, handelt somit sowohl in Österreich wie auch in Deutschland als GPAVer.

Dabei ist es mE gleichgültig, ob der Vermittler davon gewusst hat, dass eine Scheinselbständigkeit im deutschen Recht bzw ein arbeitnehmerähnliches Vertragsverhältnis im österreichischen Recht vorliegt. Wird ein Vermittler in einem solch sensiblen Bereichen - bei denen schutzwürdige Arbeitnehmerinteressen berührt sein können - tätig, so kann man von ihm verlangen, dass er sich genau über die Umstände, unter denen die von ihm Vermittelten arbeiten sollen, informiert. Da Scheinselbständigkeit und auch ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis faktisch nur bei der Vermittlung von Verträgen mit einzelnen natürlichen Personen in Betracht kommt, hat der Vermittler hier besonderes Augenmerk auf die Umstände der vermittelten Tätigkeiten zu legen. Tut er dies nicht, so lässt er mE die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht. Man wird also regelmäßig davon ausgehen können, dass der Vermittler davon wusste oder zumindest bei Einhaltung seiner Sorgfaltspflicht hätte wissen müssen, dass seine Tätigkeit eine GPAV darstellt.

Im deutschen Recht war die Tätigkeit des Vermittlers somit nach § 14 Abs 1 dGewO als GPAV anzeigepflichtig. Hat der Vermittler keine entsprechende Gewerbeanzeige durchgeführt, so handelt er nach § 146 Abs 2 Nr 1 dGewO ordnungswidrig. § 146 Abs 2 Nr 1 dGewO fordert dabei Vorsatz oder Fahrlässigkeit, wobei mE aus obiger Argumentation heraus regelmäßig von Fahrlässigkeit auszugehen ist, da der Vermittler die im Verkehr erforderliche Sorgfalt bei Ausübung seiner Tätigkeit außer Acht gelassen hat.

In Österreich greift für den Fall, dass der Vermittler keine Gewerbeberechtigung zur GPAV inne hat, § 48 öAMFG ein,

wonach mit den dort genannten Geldstrafen bestraft werden kann, wer eine auf Arbeitsmarktvermittlung gerichtete Tätigkeit ausübt, die gegen ein Bundesgesetz verstößt und zugleich dieser Verstoß keine strafbare Handlung nach dem öAÜG bildet. Hier liegt ein Verstoß gegen die Erlaubnispflicht nach § 97 öGewerbeordnung 1994 iVm § 4 Abs 1 Z 4 öAMFG vor, zugleich stellt dieser Verstoß keine strafbare Handlung nach dem öAÜG dar.

Somit handelt der Vermittler in der Regel sowohl in Österreich wie auch in Deutschland ordnungswidrig, wenn er nicht über eine Berechtigung bzw Anzeige zu GPAV verfügt.

Im zivilrechtlichen Verhältnis zwischen Vermittler und Auftraggeber liegt hier sowohl in Österreich wie auch in Deutschland ein GPAVV vor. Der Auftraggeber einer Vermittlung wird in der Regel nicht darauf verweisen können, dass er eigentlich nur einen freien Dienst- oder Werkvertrag abschließen wollte, da die Ausgestaltung des Leistungsverhältnisses zum Leistenden gerade in seinem Verantwortungsbereich lag. Wenn der Auftraggeber somit durch sein eigenes Verhalten entscheidend dazu beiträgt, dass tatsächlich ein Arbeitsverhältnis bzw ein Vertragsverhältnis zu einer arbeitnehmerähnlichen Person anstelle eines freien Dienst- oder Werkvertrags entstanden ist, so kann er dieses eigene Verhalten nicht dem Vermittler vorhalten.

Wie bereits unter Kap 4.3.1.³⁶⁹ dargelegt, stellen Verstöße gegen die Anmelde- bzw Berechtigungspflicht zur GPAV nicht einen Verstoß gegen gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 dBGB bzw § 879 öABGB dar. Eine mangelnde Anmeldung oder Berechtigung des Vermittlers zur GPAV zieht somit kein gesetzliches Verbot seines Rechtsgeschäfts mit dem Auftraggeber nach sich, sondern sanktioniert lediglich sein ordnungswidriges Verhalten. Das Vertragsverhältnis zwischen

dem Vermittler und dem Auftraggeber bleibt also bestehen und zwar als GPAVV, aus dem der Vermittler weiterhin die vereinbarte Vergütung verlangen kann.

³⁶⁹ Vgl hierzu die Ausführungen in Kap 4.3.1.

5.2. ABGRENZUNG GEWERBLICHER PRIVATER ARBEITSVERMITTLUNG GEGENÜBER DER PERSONALBERATUNG

Ein in der Praxis – insbesondere in Bezug auf Führungskräfte – weit verbreiteter Dienstleistungsbereich ist die sogenannte Personalberatung. Unter Personalberatung werden gemeinhin Tätigkeiten gefasst, die im Zusammenhang mit der Besetzung von Stellen für (zumeist) Führungskräfte in Unternehmen oder mit der Weiterentwicklung/Beförderung von (zumeist) Führungskräften stehen. Diese Tätigkeiten werden häufig von Unternehmensberatern angeboten, zT aber auch von darauf spezialisierten Unternehmen³⁷⁰. Bei der Frage, ob es sich bei einem Vertragsverhältnis zwischen einem Personalberater und einem Auftraggeber um eine GPAV handelt, ist zum einen die Ausprägung der Tätigkeit zu betrachten, zum anderen ist die Beurteilung sowohl zivil- wie auch sozialrechtlich vorzunehmen. Zivilrechtlich ist für die Frage, ob es sich bei solchen Tätigkeiten um Arbeitsvermittlung handelt oder nicht, allein auf die Art der durch den Personalberater erbrachten Leistung abzustellen. Diese können bei der Personalberatung umfassen:

- die Ausgestaltung von Stellenprofilen und Stellenausschreibungen
- die Suche und aktive Ansprache geeigneter Kandidaten am Arbeitsmarkt
- die Durchführung bzw Begleitung von Bewerbungsgesprächen
- fachliche und psychologische Tests mit externen wie auch internen Kandidaten zur Besetzung einer Position³⁷¹

Liegt der Schwerpunkt seiner Leistung in der aktiven Suche nach geeigneten Kandidaten für die Besetzung einer Position,

³⁷⁰ Diese werden umgangssprachlich häufig als „Headhunter“ bezeichnet.

³⁷¹ Diese bezeichnet man häufig mit dem Begriff „Assessment Center“.

so ist diese Tätigkeit als GPAV anzusehen. Bildet dagegen die Beratung bei der Stellenbesetzung oder deren Vorbereitung zB durch ein Assessment Center (in welches häufig auch bereits vorhandene Mitarbeiter einbezogen werden) den Tätigkeitsschwerpunkt, so handelt es sich regelmäßig nicht um eine GPAV, sondern um eine Unterstützung des Arbeitgebers bei dessen Selbstsuche eines geeigneten Kandidaten. Eine weit überwiegende erfolgsunabhängige Vergütung des Personalberaters, wie sie § 291 Abs 2 Satz 2 dSGB III aF beschrieben war, kann dabei ein wichtiges Indiz für einen eher beratenden Tätigkeitsschwerpunkt sein. Die Formulierung „weit überwiegend“ bedeutete mE, dass der erfolgsunabhängige Teil der Vergütung deutlich mehr als die Hälfte betragen musste, da ansonsten die Formulierung „überwiegend“ ausreichend gewesen wäre. Auch in der Gesetzesbegründung wird dargelegt, dass es nur unschädlich sein soll, wenn ein „geringer“ Teil der Vergütung erfolgsabhängig ist.³⁷² Weit überwiegend bedeutete somit mE, dass mindestens mehr als zwei Drittel der Vergütung eines Personalberaters unabhängig von einem Vermittlungserfolg sein muß, um die Tätigkeit erlaubnisfrei werden zu lassen.³⁷³ Hinsichtlich dieser zivilrechtlichen Einordnung anhand des Schwerpunkts der Tätigkeit des Personalberaters gibt es keinen Unterschied im österreichischen und deutschen Recht.

Während für die zivilrechtliche Definition also stets nach der Art der Leistung des Personalberaters zu fragen ist, ging das Sozialrecht in Deutschland bis 2002 komplizierter und mE etwas unglücklich vor. Dort wurde im § 291 Abs 2 Nr 2 dSGB III aF eine im alleinigen Interesse des Arbeitgebers liegende Unterstützung bei dessen Selbstsuche mit weit überwiegend

³⁷² BT-Drucksache 13/8653

³⁷³ Anders, aber ohne Angabe einer bestimmten Höhe, *Rademacher* in GK-SGB III, § 291 RdNr 15, für den ein erfolgsabhängiger Vergütungsteil von lediglich „weniger als der Hälfte“ nicht ausreichend ist.

erfolgsunabhängiger Vergütung von der Erlaubnispflicht zur Arbeitsvermittlung ausgenommen. Dies bedeutete im Rückschluss, dass gerade die Tatbestände, die zivilrechtlich darauf hindeuten, dass es sich bei der Tätigkeit des Personalberaters überhaupt nicht um eine Arbeitsvermittlung handelt, sozialrechtlich gerade doch in die Arbeitsvermittlung einbezogen wurden, nur eben ohne den damals geltenden Erlaubnisvorbehalt.

In den österreichischen Regelungen des § 4 Nr 4 öAMFG und § 136 öGewerbeordnung 1994 spricht der Gesetzgeber jeweils konkret von der Vermittlung von Führungskräften. Dies bedeutet, dass er ebenso wie die obigen zivilrechtlichen Ausführungen nur eine echte Vermittlungstätigkeit von Personalberatern (im früheren Wortlaut Betriebsberater, heute als Unternehmensberater bezeichnet) als Arbeitsvermittlung anerkennt und hierfür Sonderregelungen geschaffen hat, da sich diese Vermittlung auf Führungskräfte bezog. Dagegen sind die Tätigkeiten ohne schwerpunktmäßig vermittelnden Charakter, also die beratende Unterstützung des Arbeitgebers bei dessen Selbstsuche nach österreichischem Recht keine Arbeitsvermittlung.

Somit fallen in Österreich zivil- und sozialrechtliche Definition zusammen, während im deutschen Recht zumindest bis 2002 auch Tätigkeiten der Personalberater in die Definition von Arbeitsvermittlung einbezogen wurden, die zivilrechtlich keine Arbeitsvermittlung darstellten. Mit Abschaffung der Erlaubnispflicht für GPAV sollte mE auch die unsinnige sozialrechtliche Einbeziehung der Unterstützung bei der Selbstsuche unter den Tatbestand der Arbeitsvermittlung entfallen.

6. DAS VERTRAGSVERHÄLTNIS ZWISCHEN GEWERBLICHEM PRIVATEN ARBEITSVERMITTLER UND ARBEITGEBER

In Kapitel 6 soll das Vertragsverhältnis zwischen dem gewerblichen privaten Arbeitsvermittler und dem Arbeitgeber eingehender beleuchtet werden.

Hierzu werden zunächst die Voraussetzungen für das Zustandekommen eines GPAVV dargestellt und anschließend die Leistungspflichten von GPAV und Arbeitgeber untersucht.

6.1. ZUSTANDEKOMMEN EINES GEWERBLICHEN PRIVATEN ARBEITSVERMITTLUNGSVERTRAGS

6.1.1. Voraussetzungen für das Zustandekommen des Vertrags

6.1.1.a. Angebot und Annahme

Nachdem unter Kap 3.1 der Begriff der gewerblichen, privaten Arbeitsvermittlung erläutert wurde, ist nun noch zu klären, welche Vertragsbestandteile vorliegen müssen, damit man von einem GPAVV sprechen kann.

Damit ein GPAVV zustande kommen kann, bedarf es der Annahme eines entsprechenden Antrags nach §§ 145 ff dBGB bzw §§ 861 ff öABGB.³⁷⁴ Der GPAVV unterliegt sowohl im deutschen wie auch im österreichischen Recht dem Grundsatz der Formfreiheit, da für den Abschluss eines typischen Maklervertrags zur Vermittlung von Dienstverträgen keine gesetzlichen Formvorschriften bestehen.³⁷⁵

6.1.1.b. Mindestanforderungen an das Vertragsverhältnis

Als Mindestanforderung muss ein GPAVV Angaben darüber enthalten, in Bezug auf welche Stelle oder mit welcher unternehmensbedingten Zielsetzung der Vermittler für den Arbeitgeber tätig sein soll, da es ansonsten an der Bestimmtheit der Leistung fehlt. An einer solchen Bestimmtheit könnte es zB dann fehlen, wenn ein Arbeitgeber grundsätzlich erklärt, mit

³⁷⁴ Vgl hierzu im Detail zB *Piper* in BGB-RGRK, Vor § 145 ff; *Dittrich/Tades*, §§ 861 ff,

³⁷⁵ Anders dagegen bei speziellen Regelungen wie zusätzlichem Aufwendersersatz oder Alleinvermittlungsaufträgen zwischen einem Makler und einem Verbraucher in Österreich oder einem Darlehensvermittlungsvertrag mit einem Verbraucher nach § 655 b dBGB in Deutschland

einem GPAVer zusammenarbeiten zu wollen und dies auch schriftlich fixiert, über eine konkrete Stelle oder eine bestimmte Qualifikation aber nicht gesprochen wurde. Solche noch nicht verbindlichen Absichtserklärungen sind zB als „Letter of Intent“ durchaus üblich, genügen aber noch nicht den Anforderungen für einen verbindlichen Vertragsschluss.

Auf der anderen Seite muss vereinbart sein, dass eine Vermittlungsgebühr (Provision) für die Tätigkeit des GPAVers anfällt. Eine generelle Aussage, dass für Arbeitsvermittlung stets eine Vergütung vereinbart sein soll, kann gerade wegen der Möglichkeit von gemeinnützig tätigen Einrichtungen nicht getroffen werden. Vielmehr bedarf es daher einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Provisionsvereinbarung für den Abschluss eines GPAVV. Das Vorliegen einer stillschweigenden Vereinbarung bestimmt sich im deutschen Recht nach § 653 Abs 1 dBGB, wonach von einer stillschweigenden Vereinbarung eines Maklerlohnes auszugehen ist, wenn die dem Makler übertragene Leistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Das österreichische Maklergesetz enthält zwar in §§ 6 ff öMaklerG Regelungen über die Provision des Maklers, es kennt aber keine spezialgesetzliche Regelung der stillschweigenden Provisionsvereinbarung. Hier ist vielmehr die allgemeine Regelung des § 863 Abs 1 öABGB anwendbar, wonach der Wille auch stillschweigend durch solche Handlungen erklärt werden kann, welche mit Überlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln, übrig lassen. Sowohl im deutschen wie im österreichischen Recht kommt es für die Frage, ob eine stillschweigende Provisionsvereinbarung vorliegt, letztlich darauf an, ob der Arbeitgeber durch seine Handlungen signalisiert hat, dass er dem GPAVer eine Leistung übertragen möchte, die man gemeinhin nur gegen Zahlung einer Provision erwarten kann und ob der GPAV durch sein

Auftreten im Rechtsverkehr zu erkennen gegeben hat, dass er für seine Tätigkeit ein Entgelt erwartet.

Ob eine stillschweigende Vereinbarung vorliegt oder nicht, ist somit anhand der Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu prüfen. Zu bejahen wäre dies aus meiner Sicht zB, wenn der Arbeitgeber dem GPAVer Details über eine zu besetzende Stelle übermittelt und der GPAVer seinerseits zuvor signalisiert hat, dass er in seiner Funktion als GPAVer für den Arbeitgeber tätig werden will. Fehlt dagegen beim Arbeitgeber die Kenntnis, dass sein Gegenüber provisionspflichtig für ihn tätig werden will (was angesichts dessen, dass GPAV jahrzehntelang nicht zulässig war, durchaus möglich ist), so kann mE nicht von einer stillschweigenden Vereinbarung ausgegangen werden, auch wenn der Arbeitgeber den GPAVer mit Informationen über eine zu besetzende Stelle versorgt.³⁷⁶ Ebenso wenig wird man wohl von einer stillschweigenden Vereinbarung ausgehen können, wenn der Arbeitgeber zwar um die Rolle des GPAVers weiß, mit ihm aber nur allgemein über fehlende Fachkräfte in seinem Unternehmen oder einem Bereich des Unternehmens spricht, ohne ihm eine konkrete Beauftragung zu signalisieren. Unklarheiten darüber, ob die Umstände auf eine stillschweigende Beauftragung schließen lassen oder nicht, gehen hier im Zweifel zu Lasten des GPAVers, der seinerseits jederzeit die Möglichkeit hätte, die Provisionspflicht seiner Tätigkeit durch ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben klarzustellen.

Fehlt eine Vereinbarung über die Höhe der Vergütung, so liegt kein Mangel an der Bestimmtheit des GPAVV vor, vielmehr sind § 653 Abs 2 dBGB bzw § 8 Abs 1 öMaklerG anzuwenden. Beim Vorliegen einer Taxe bzw eines ortsüblichen Lohnes, ist demnach der taxmäßige bzw ortsübliche Lohn zu entrichten,

ohne eine solche Taxe oder einen ortsüblichen Lohn ist der übliche bzw angemessene Lohn anzusetzen.³⁷⁷

Weitere Anforderungen an die Vertragsgestaltung sind für das Zustandekommen eines GPAV nicht zu stellen.

³⁷⁶ Dies kann zB relevant sein, wenn ein GPAV als „Selbsthilfeeinrichtung für Arbeitslose“ firmiert und so der Eindruck entsteht, die Hilfe für Arbeitslose und nicht eine Provisionserzielung sei Ziel seiner Tätigkeit.

³⁷⁷ Vgl hierzu ausführlich Kap 6.3.1.

6.1.2. Gesetzliches Verbot des vermittelten Vertrags

Auch wenn ein GPAVV nach den unter Kap 6.1.1. genannten Kriterien zustande gekommen ist, könnte er ggf dennoch nichtig sein, wenn das ihm zugrunde liegende Rechtsgeschäft, also der vermittelte Vertrag, nach § 134 dBGB bzw § 879 Abs 1 öABGB nichtig ist.³⁷⁸

Ist beiden Parteien die Zielsetzung der Vermittlung auf ein nach § 134 dBGB bzw § 879 Abs 1 öABGB nichtiges Rechtsgeschäft bekannt, so müssen sich mE die Wirkungen des § 134 dBGB und § 879 Abs 1 öABGB vom vermittelten Geschäft auch auf das Vermittlungsgeschäft auswirken. Der Sinn des § 134 dBGB bzw § 879 Abs 1 öABGB, nämlich Verträgen, die auf einem Gesetzesverstoß beruhen, auch die zivilrechtliche Grundlage zu entziehen, würde ad absurdum geführt, wenn man zwar das vermittelte Rechtsgeschäft als nichtig, das zugrunde liegende Vermittlungsgeschäft aber als wirksam ansehen wollte. Es liegt somit auch bei dem Vermittlungsgeschäft ein Verstoß nach § 134 dBGB bzw § 879 Abs 1 öABGB vor. Dies kann mE aber nur gelten, wenn beiden Seiten der Sachverhalt des Gesetzesverstoßes bekannt war oder bekannt sein musste.³⁷⁹

Anders ist der Sachverhalt mE zu lösen, wenn der GPAV den Gesetzesverstoß auf Seiten des Arbeitgebers nicht kannte.

Zur Lösung dieser Fallkonstellation bietet es sich mE an, die Rechtsprechung des dBGH³⁸⁰ heranzuziehen, die im Falle von

³⁷⁸ In Deutschland zB bei Vermittlung von Schwarzarbeitern iSd dSchwArbG, Verstoß gegen Arbeitsschutzregelungen für Kinder und Jugendliche nach § 5 Abs 1 dJArbSchG, Verstoß gegen § 285 SGB III bei ausländischen Arbeitnehmern ohne Erlaubnis zur Beschäftigung; in Österreich zB bei Beschäftigungsuntersagungen für Kinder und Jugendliche nach § 23 Abs 2 und 3 öKJBG mit den entsprechenden Verordnungen oder bei Verträgen mit ausländischen Arbeitnehmern ohne Beschäftigungsbewilligung nach dem öAuslBG

³⁷⁹ Beispielsweise wenn der GPAV positiv wusste oder hätte wissen müssen, dass der Arbeitgeber den von ihm vermittelten Arbeitnehmer schwarz beschäftigen will.

³⁸⁰ dBGH, dBGHZ 89, S 369 ff; so auch *Mayer-Maly/Armbrüster* in MünchKomm § 134, Rz 77; *Sack* in Staudinger § 134, Rz 279

Schwarzarbeit bei nur einseitiger Kenntnis einer Vertragspartei von den Tatbestandsvoraussetzungen der Schwarzarbeit den Vertrag nicht als nichtig betrachtet. Allerdings wird hier der Einschränkung von Canaris³⁸¹ gefolgt, der in diesem Fall von „halbseitiger Nichtigkeit“ spricht und nur dem gutgläubigen Vertragspartner einen Erfüllungsanspruch zubilligt.

Zu einem ähnlichen Lösungsansatz kommt man in Österreich. Dort führt *Egermann*³⁸² zB richtigerweise aus, dass man bei einem Verbot gegen eine gesetzliche Norm zunächst den Zweck des Verbots prüfen muss, um daraus abzuleiten, „ob der Vertrag in Gänze oder nur zum Teil unwirksam ist“. Wendet man diesen Grundsatz in unserem Fall an, dann wäre der Erfüllungsanspruch des bösgläubigen Arbeitgebers nichtig, während der Vergütungsanspruch eines gutgläubigen Arbeitnehmers bestehen bleibt.

Diese Grundsätze sind mE auch auf das einer Schwarzarbeit vorgelagerte Rechtsverhältnis des Vermittlungsvertrags anzuwenden. Liegen beim GPAVer weder Kenntnis noch fahrlässige Unkenntnis der Schwarzarbeit vor, so bleibt der GPAVV ihm gegenüber wirksam und sein Provisionsanspruch erhalten, auch wenn der Vertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer aufgrund § 134 dBGB bzw § 879 öABGB nichtig ist. Maßgebend für eine fahrlässige Unkenntnis hier mE der Begriff der Fahrlässigkeit des § 276 Abs 1 Satz 2 dBGB bzw § 1294 Abs 1 Satz 2 2. Alternative öABGB, dh der GPAVer muss die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen haben, es muss also schuld bare Unwissenheit oder ein Mangel an gehöriger Aufmerksamkeit vorliegen. Hierbei obliegt dem GPAV mE eine Prüfungspflicht bezüglich der Redlichkeit der Absichten des Arbeitgebers. Ihm ist zuzumuten, anhand des

³⁸¹ *Canaris* „Anmerkung zum Urteil des BGH vom 20.12.1984“ in NJW 1985, S 2405; ebenso auch *Mayer-Maly/Armbrüster* in MünchKomm § 134, Rz 77; *Sack* in Staudinger § 134, Rz 279

³⁸² *Egermann* in Mazal/Risak, V Rz 39

ihm vom Arbeitgeber übermittelten Stellenprofils oder aber im persönlichen Gespräch nachzuprüfen, ob zB eine ordnungsgemäße Anstellung mit Arbeitsvertrag für den Arbeitnehmer und nicht etwa Schwarzarbeit geplant ist. Je mehr Zweifel sich aus den äußeren Umständen an der Rechtmäßigkeit der Absichten des Arbeitgebers ergeben, desto höhere Anforderungen sind an die Überprüfungspflichten des GPAVers zu stellen. Zweifel können zB angebracht sein, wenn ein Arbeitgeber vorübergehende Hilfskräfte in der Baubranche oder in der Gastronomie sucht, mit dem Hinweis, es könne sich auch um Arbeitslose oder Sozialhilfeempfänger handeln, die sich etwas nebenbei hinzuverdienen wollen. Hier deuten die äußeren Umstände auf die Möglichkeit hin, dass ein Schwarzarbeitsverhältnis angestrebt wird. Der GPAVer muss sich daher beim Vorliegen solcher Umstände vom Arbeitgeber versichern lassen, dass dieser den Abschluss eines regulären Arbeitsvertrages plant, da sonst § 134 dBGB bzw § 879 Abs 1 öABGB auch auf den GAPVV durchgreift. Für eine solche Versicherung genügt aber mE eine mündliche Erklärung des Arbeitgebers gegenüber dem GPAV.

Liegt also sowohl auf Seiten des Arbeitgebers wie auch des GPAVers Kenntnis über die Nichtigkeit des vermittelten Vertrages vor, so ist auch der GAPVV nichtig. Gleiches gilt bei fahrlässiger Unkenntnis des GPAVers. Liegt beim GPAVer dagegen weder Kenntnis noch fahrlässige Unkenntnis vor, so ist der GAPVV nicht über § 134 dBGB bzw § 879 Abs 1 öABGB nichtig. Vielmehr behält der GPAV einseitig seinen Vergütungsanspruch.

6.1.3. Die Probezeit als aufschiebende Bedingung

Die auf den GPAVV anzuwendenden Vorschriften des Maklerrechts sehen in Deutschland in § 652 Abs 1 Satz 2 dBGB vor, dass für einen GPAVV, der unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen wurde, ein Maklerlohn erst verlangt werden kann, wenn diese Bedingung eingetreten ist. Diese Vorschrift des § 652 Abs 1 Satz 2 dBGB ist eigentlich überflüssig, da sie nur den allgemein für unter aufschiebender Bedingung geschlossene Rechtsgeschäfte gültigen Grundsatz des § 158 Abs 1 dBGB wiederholt.³⁸³ Das österreichische Maklerrecht kennt daher auch eine ausdrückliche Formulierung wie in § 652 Abs 1 Satz 2 dBGB nicht. Vielmehr stellt dort § 7 Abs 1 Satz 1 öMaklerG klar, dass ein Vergütungsanspruch des Maklers erst mit Rechtswirksamkeit des vermittelten Vertrags entsteht. Literatur und Rechtsprechung unterscheiden dabei zwischen einer aufschiebenden Bedingung, bei der die Rechtsbeständigkeit des Vertrages noch unsicher ist (zB aufgrund einer noch nicht vorliegenden behördlichen Genehmigung) und einer auflösenden Bedingung, bei welcher der Auftraggeber den Vertrag von sich aus löst.³⁸⁴ Während man bei einer aufschiebenden Bedingung davon ausgeht, dass diese den Provisionsanspruch hindert, wird bei einer auflösenden Bedingung die Frage gestellt, ob der Vertrag für den Auftraggeber auch ohne Auflösung einen wirtschaftlichen Wert hatte, was zu einem Bestand des Provisionsanspruchs führt.

Im Bereich der GPAV könnte die Vorschrift des § 652 Abs 1 Satz 2 dBGB sowie die hL zu § 7 Abs 1 Satz 1 öMaklerG in Zusammenhang mit der bei Arbeitsverträgen in der Praxis üblichen Probezeit des Arbeitnehmers Bedeutung erlangen.

³⁸³ Ähnlich *Roth* in MünchKomm, § 652 RdNr 160, der von einer „klarstellenden“ Regelung spricht.

Gesetzlich geregelt ist die Kündigungsfrist innerhalb einer Probezeit in Deutschland in § 622 Abs 3 dBGB, der vorsieht, dass während einer vereinbarten Probezeit (längstens für die Dauer von sechs Monaten) ein Arbeitsverhältnis mit einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden darf bzw in Österreich in § 1158 Abs 2 öABGB, der eine Probezeit von einem Monat als zulässig erachtet in dem das Arbeitsverhältnis jederzeit ohne Angabe von Gründen auflösbar ist. Diese Vorschriften sind dabei nicht etwa dahingehend zu verstehen, dass eine Probezeit nicht länger als sechs bzw einen Monat dauern darf. Vielmehr sind § 622 Abs 3 dBGB und § 1158 Abs 2 öABGB Vorschriften, welche innerhalb der Probezeit besondere Kündigungsfristen regeln. Längere Probezeiten können also vereinbart werden, haben aber dann nicht die Kündigungsmöglichkeit von zwei Wochen bzw die jederzeitige Auflösbarkeit zur Folge.³⁸⁵

Für den Bereich der GPAV, welche einen Provisionsanspruch des GPAVers als Maklers nur im Falle einer erfolgreichen Vermittlung entstehen lassen will, könnte man nun auf den Gedanken kommen, dass ein Provisionsanspruch generell erst nach Beendigung der - zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbarten - Probezeit entstanden ist. Entscheidend ist hierfür die Frage, ob der GPAVer gegenüber dem Arbeitgeber "nur" die Vermittlung des Abschlusses eines Arbeitsvertrages schuldet oder ob zudem dieser Arbeitsvertrag auch über eine Probezeit des Arbeitnehmers hinaus Bestand haben muss. Bei letzterer Annahme wäre die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses über die Probezeit hinaus eine aufschiebende bzw die

³⁸⁴ Vgl *Bydlinski*, S 29 ff; Entscheidung des öOHG, SZ 58/111

³⁸⁵ *Schmidt/Trenk-Hinterberger*, S 152; *Weidenkaff* in Palandt § 622 Rz 18; *Engelbrecht* in Mazal/Risak, XVI Rz 102 f; *Schrank/Mazal*, S 276, die längere Probezeiten „als echte Probezeiten gesetzeswidrig und damit ungültig“ ansehen, diese Ungültigkeit aber nur auf die Vereinbarung einer Auflösungsmöglichkeit über den über einen Monat hinausgehenden Zeitraum beziehen

Nichtweiterführung im Sinne des österreichischen Rechts eine auflösende Bedingung für den Provisionsanspruch des GPAVers. Dieser wäre erst dann entstanden, wenn der Vermittlungserfolg, nämlich die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses über die Probezeit hinaus, eingetreten wäre.

Für eine solche generelle Annahme einer aufschiebenden Bedingung für den Provisionsanspruch des GPAVers im Falle der Vereinbarung einer Probezeit spricht, dass der Arbeitgeber erst nach Beendigung der Probezeit und Weiterführung des Arbeitsverhältnisses einen nachhaltigen Vorteil aus der Vermittlungstätigkeit des GPAVers ziehen kann. Einen solchen Vorteil bereits während der Probezeit durch die Arbeit des Arbeitnehmers während dieser Zeit annehmen zu wollen, wäre mE verfehlt, da in einer großen Zahl der Arbeitsverhältnisse Einarbeitungszeiten erforderlich sind und ein neuer Arbeitnehmer zunächst nur eingeschränkt verwendbar ist. Oftmals entstehen sogar Mehrkosten, da weiteres Personal für die Einarbeitung gebunden wird oder Ausbildungsmaßnahmen finanziert werden müssen. Somit hätte der Vertrag für den Auftraggeber bis dato auch keinen eigenen wirtschaftlichen Wert im Sinne der hL in Österreich gehabt.³⁸⁶

Der generellen Annahme einer aufschiebenden Bedingung nach § 652 Abs 1 Satz 2 dBGB durch eine vereinbarte Probezeit bzw einer auflösenden Bedingung steht es mE auch nicht entgegen, dass der GPAVer keine bzw kaum Einflussmöglichkeiten auf die Vertragsgestaltung zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer hat. Dies ergibt sich aus der Stellung des GPAVV als Maklervertrag, bei dem der Inhalt des vermittelten Vertrags gerade der Dispositionsfreiheit der Vertragsschließenden unterliegt. Wenn der GPAVer schon keinerlei Einfluss auf den Abschluss des Vertrages zwischen

dem Arbeitgeber und Arbeitnehmer selbst haben soll und der Arbeitgeber vollkommen frei in seiner Entscheidung ist, so wird es ein GPAVer ebenso hinnehmen müssen, dass er auch keinen Einfluss auf die Vertragsgestaltung zwischen dem Arbeitgeber und Arbeitnehmer nehmen kann. Auch hier müssen die Vertragsparteien in ihrer Entscheidung frei sein und brauchen sich nicht von Erwägungen und Interessen des GPAVers leiten zu lassen.

Trotz dieser Argumente ist die generelle Annahme einer aufschiebenden bzw auflösenden Bedingung bei Vereinbarung einer Probezeit abzulehnen. Dies ergibt sich zunächst aus dem Wesen der Probezeit und der geschuldeten Leistung des GPAVers. Dieser schuldet dem Arbeitgeber die Vermittlung eines Arbeitsverhältnisses mit einem Arbeitnehmer. Ein solches Arbeitsverhältnis wird aber zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer auch dann begründet, wenn zwischen diesen eine Probezeit vereinbart ist. Aus den Vorschriften der § 622 Abs 3 dBGB bzw § 1158 Abs 2 öABGB ergibt sich gerade, dass eine Probezeit innerhalb der ersten sechs Monate bzw innerhalb des ersten Monats nur zu gelockerten Kündigungsvorschriften für den Arbeitgeber führt. Würde man annehmen, dass ein Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer (dessen Vermittlung vom GPAVer geschuldet wurde) erst nach Ablauf der vereinbarten Probezeit zustande käme, so bedürfte es der Regelungen der § 622 Abs 3 dBGB bzw § 1158 Abs 2 öABGB überhaupt nicht, da eine Kündigung des Arbeitgebers überflüssig wäre. Der Arbeitgeber müsste nach Ablauf der Probezeit nur keinen dauerhaften Arbeitsvertrag mit dem Arbeitnehmer abschließen und bräuchte diesen nicht zu kündigen. Somit ist bereits mit Abschluss des durch den GPAVer vermittelten Arbeitsvertrages zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Leistung des GPAVers

³⁸⁶ Vgl *Bydlinski*, S 29 ff; Entscheidung des öOGH, SZ 58/111

generell erfüllt. Die Probezeit ist weder eine aufschiebende noch eine auflösende Bedingung.

Auch ein weiteres Argument spricht gegen die generelle Annahme einer aufschiebenden Bedingung bei Vereinbarung einer Probezeit: In solchen Fällen, in denen ein Arbeitnehmer doch bereits während der Probezeit wirtschaftlich sinnvoll im Betrieb des Arbeitgebers eingesetzt werden kann³⁸⁷, wäre es denkbar, dass der Arbeitgeber es vorzieht, nach Beendigung der Probezeit den Arbeitnehmer lieber zu entlassen und sich nach einem neuen Arbeitnehmer umzusehen, um so die Provision für den GPAAV zu sparen. Somit sprechen auch Schutzüberlegungen zugunsten des Arbeitnehmers gegen die generelle Annahme einer aufschiebenden Bedingung iSd § 652 Abs 1 Satz 2 ArbZG bzw einer auflösenden Bedingung im Falle einer zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbarten Probezeit.

Fraglich ist aber, ob letzteres Argument (Schutz des Arbeitnehmers vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses, damit der Arbeitgeber die Provision gegenüber dem GPAAV sparen kann) auch generell gegen jede einzelvertragliche Vereinbarung zwischen GPAAV und Arbeitgeber spricht, nach welcher die Weiterbeschäftigung nach einer Probezeit zur Bedingung einer Provision gemacht wird. Für eine solche Annahme findet sich keinerlei rechtliche Grundlage. Hätte der Gesetzgeber einen solch weitgehenden Schutz des Arbeitnehmers gewollt, so hätte dies wohl Aufnahme in die Schutzvorschriften ArbZG III oder ArbZG gefunden. Da dies nicht der Fall ist und man angesichts der eingehenden Überlegungen, die im Vorfeld der Zulassung GPAAV zum Schutz der Arbeitnehmer gemacht wurden, auch nicht von einer Regelungslücke ausgehen kann, spricht das Schutzargument zugunsten des Arbeitnehmers nicht gegen

eine einzelvertragliche Vereinbarung zwischen GPAVer und Arbeitgeber. Da auch keine anderen Argumente zu finden sind, ist eine einzelvertragliche Vereinbarung, nach welcher der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses über eine zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer vereinbarte Probezeit hinaus zugleich eine Bedingung für den Provisionsanspruch des GPAVers sein soll, zulässig.

³⁸⁷ Was bei weitem nicht immer der Fall sein muss (siehe oben).

6.2. LEISTUNGSPFLICHTEN DES GEWERBLICHEN PRIVATEN ARBEITSVERMITTLERS

Im nachfolgenden Kapitel werden die Haupt- und Nebenleistungspflichten eines GPAVers beschrieben, welche sich für diesen aus dem Abschluss eines GPAVV gegenüber dem Arbeitgeber ergeben. Hauptleistungspflichten sind dabei solche Pflichten, deren Erfüllung den essentiellen Bestandteil des Vertrages bilden (sogenannte „essentialia negotii“³⁸⁸), während Nebenleistungspflichten ein vereinbartes oder zu erwartendes zusätzliches Verhalten oder Unterlassen von untergeordneter Bedeutung darstellen.³⁸⁹

³⁸⁸ Vgl auch *Esser/Schmidt*⁷, Schuldrecht Band 1, Teilband 1 (1992), § 6 III

³⁸⁹ Beispielsweise das Ausstellen einer Rechnung für einen Käufer

6.2.1. Hauptleistungspflichten des GPAVers

Der vertragliche Kernbestandteil von GPAV - dies ergibt sich bereits aus dem Namen - ist die Vermittlung eines Arbeitsverhältnisses.³⁹⁰ Fraglich ist, von welcher Qualität die Leistung des GPAV sein muss, um einen Provisionsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber zu begründen.

6.2.1.a. Nachweis- oder Vermittlungsmaklervertrag

Aus der Einordnung des GPAVV ins Maklerrecht ergibt sich die Frage, ob zur Durchführung von GPAV ein Tätigwerden als Nachweismakler ausreicht oder ob eine "Vermittlungstätigkeit im eigentlichen Sinne"³⁹¹ vorausgesetzt werden muss.

Das Vorliegen eines Nachweismaklervertrages würde voraussetzen, dass der Arbeitgeber erst durch den GPAVer Kenntnis vom zu vermittelnden Arbeitnehmer erlangt hat. Sein Provisionsanspruch entstünde nur in diesem Fall, allerdings würde der bloße Nachweis bereits ausreichen, um im Falle eines Vertragsabschlusses zwischen Arbeitgeber und Arbeitsuchendem einen Provisionsanspruch des GPAVers entstehen zu lassen, ohne dass es eines weiteren Zutuns des GPAVers bedürfte.³⁹² Gemäß § 6 Abs 2 öMaklerG ist eine solche Nachweismaklertätigkeit im österreichischen Recht nur dann für einen Provisionsanspruch ausreichend, wenn die im entsprechenden Geschäftszweig als üblich anzusehen ist.³⁹³ Das deutsche Recht kennt eine solche gesetzliche Einschränkung der Nachweismaklertätigkeit nicht.

³⁹⁰ Zur genauen Definition des Begriffes der Arbeitsvermittlung vgl Kap 3.1.

³⁹¹ So formuliert von *Mantke*¹, Maklerrecht (1986) , S 14

³⁹² Vgl zum Nachweismaklervertrag auch *Reuter* in Staudinger, §§ 652, 653 Rz 26

³⁹³ *Bydlinski*, S 23 nennt hier als Beispiel den Immobilienmakler und ergänzt zudem, dass ein Nachweismaklervertrag auch bei ausdrücklicher Vereinbarung der Parteien zulässig sein soll; ebenso *Fromherz*, § 4 Rz 3 f

Ein Vermittlungsmaklervertrag läge vor, wenn der GPAV sich mit dem potentiellen künftigen Arbeitnehmer in Verbindung setzt und hierbei das Ziel, den Abschluss eines Arbeitsvertrages zwischen ihm und dem Arbeitgeber, fördert.³⁹⁴

§ 6 Abs 1 öMaklerG spricht hier von einer Verdienstlichkeit der Maklertätigkeit und definiert - anders als die Regelungen der §§ 652 ff dBGB - den Vermittlungsvertrag als den gesetzlichen Regelfall. Dabei wäre es unerheblich, ob der Arbeitgeber den Arbeitsuchenden als Person bereits vor Beauftragung des GPAVers kannte oder nicht, da entscheidend für den Erfolg des Maklers nicht die Kenntnis der Person, sondern die Förderung der Bereitschaft des Arbeitsuchenden zum Abschluss eines Vertrags mit dem Arbeitgeber wäre.

Der reine Wortlaut des Begriffes Arbeitsvermittlung spricht zwar zunächst dafür, nur letztere Tätigkeit als Vermittlungsmakler zur GPAV zu zählen. Es lassen sich aber verschiedene Ansätze zur Lösung dieser Frage heranziehen.

Man könnte zunächst versuchen, einen Ansatz über die Qualität der Tätigkeit eines GPAVers mittels einer Betrachtung der sozialrechtlichen Regelungen zu erhalten. Sowohl § 2 Abs 1 öAMFG wie auch § 35 Abs 1 dSGB III sprechen von der Zusammenführung von Arbeitsuchendem und Arbeitgeber. Auch wenn man zunächst annehmen könnte, ein Zusammenführen setze eine, das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses fördernde Vermittlungstätigkeit des GPAVers voraus, welche über den "bloßen" Nachweis hinausgeht, so kann eine Zusammenführung doch auch allein im Nachweis des Namens eines Arbeitsuchenden zu sehen sein. Ein Hinweis, wie ausgeprägt die zusammenführende Tätigkeit des GPAV sein muss, enthalten weder § 2 Abs 1

³⁹⁴ Roth in MünchKomm, § 652 RdNr 106; dBGH, dBGHZ 112, S 59 ff; dBGH, NJW-RR 1986, S 346 ff; dOLG Koblenz NJW-RR 1991, S 248 f;

öAMFG noch § 35 Abs 1 dSGB III. Aus den sozialrechtlichen Definitionen des Begriffs der Arbeitsvermittlung ist somit eine eindeutige Zuordnung nicht zu entnehmen.

Im Ergebnis gibt es im deutschen Recht keine Vorschrift, die im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und GPAVer vorschreibt, ob eine Vermittlungstätigkeit des GPAVers vorausgesetzt wird oder eine Nachweismaklertätigkeit ausreicht. Daher kann GPAV sowohl die Tätigkeit eines Nachweis- als auch die eines Vermittlungsmaklers umfassen. Es kann demnach allein der Hinweis auf einen dem Arbeitgeber bis dato nicht bekannten Arbeitsuchenden zur Leistungserfüllung des GPAVers ausreichen, ebenso wie die - das Zustandekommen eines Arbeitsvertrages fördernde - Tätigkeit provisionspflichtig sein kann, obwohl der Arbeitgeber den Arbeitsuchenden bereits vor Einschaltung des GPAVers kannte.³⁹⁵ Ausschlaggebend ist allein der Wille der Vertragsparteien. Insoweit wird die Hauptleistungspflicht des GPAVers, nämlich die Vermittlung eines Arbeitsvertrages, durch Zusammenführung von Arbeitsuchendem und Arbeitgeber im Einzelnen aus dem in Vertragsfreiheit gestalteten konkreten Vertragsverhältnis abzuleiten sein. Hierbei können die in Literatur und Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze über die Tätigkeiten von Nachweis- und Vermittlungsmaklern herangezogen werden.³⁹⁶

Im österreichischen Recht gilt dagegen nach § 6 Abs 1 öMaklerG grundsätzlich die Vermittlungstätigkeit als typische Maklertätigkeit, wogegen nach § 6 Abs 2 öMaklerG eine Nachweismaklertätigkeit nur dann ausreichend sein soll, wenn diese im entsprechenden Geschäftsbereich üblich ist. Ob dies

Mantke, S 15

³⁹⁵ In beiden Fällen muss als Voraussetzung für eine Provision entsprechend § 652 Abs 1 Satz 1 BGB ein Arbeitsvertrag auch tatsächlich zustande kommen.

im Bereich der GPAV der Fall ist, lässt sich derzeit nur schwer sagen, da dieses Rechtsinstitut noch sehr jung ist. Hierin liegt aber auch ein Paradoxon in der Regelung des § 6 Abs 2 öMaklerG, da diese Vorschrift in neuen Geschäftsbereichen eine Üblichkeit voraussetzt, deren Entstehen sie selbst verhindert, da sie die Nachweismaklertätigkeit bis zum Vorliegen dieser Üblichkeit ausschließt. Um dies auszulösen ist *Bydlinski*³⁹⁷ zu folgen, der neben dem Geschäftsgebrauch auch konkrete Vereinbarungen einer Nachweismaklertätigkeit als zulässig betrachtet. Da wie beim Immobilienmaklervertrag auch bei der GPAV vereinbart werden kann, dass ein GPAV Stellenanzeigen schaltet und dem Arbeitgeber die bei ihm eingehenden Lebensläufe weiterleitet, ohne selbst in Kontakt mit dem Arbeitsuchenden getreten zu sein, wird man hier mE davon ausgehen, dass grundsätzlich auch Nachweismaklertätigkeiten des GPAVers im österreichischen Recht zulässig sind.

6.2.1.b. GPAV in Form von Nachweismaklertätigkeit

Da der Nachweismakler seine Pflicht bereits dann erfüllt hat, wenn er den Auftraggeber von einer Möglichkeit des Vertragsschlusses in Kenntnis setzt, schließt eine bereits vorhandene Vorkenntnis des Arbeitgebers eine erfolgreiche GPAV aus. Eine solche Vorkenntnis widerspräche nämlich dem Grundsatz, wonach die Information des GPAVers für den konkreten Vertragsschluss kausal gewesen sein muss.³⁹⁸ Fraglich ist, welche Art der Vorkenntnis auf Seiten des Arbeitgeber vorgelegen haben muss, um

³⁹⁶ Siehe Anfang dieses Kapitels

³⁹⁷ *Bydlinski*, S 23; *Noss*, S 16 f; *Fromherz*, § 3 Rz 2 ff und § 4 Rz 3 f

³⁹⁸ So auch *Bydlinski*, S 22 ff; *Roth* in MünchKomm § 652 Rz 105; Noch weitergehend *Reuter* in Staudinger, §§ 652, 653 Rz 28, der bei Vorkenntnis des Makler nicht erst die Kausalität zwischen Nachweis und Kausalität, sondern bereits den Nachweis an sich ausschließen will.

kausalitätsausschließend zu wirken. Allein die Kenntnis des Namens oder der Ausbildung bzw derzeitigen beruflichen Stellung des Arbeitsuchenden ist zur Annahme einer Vorkennntnis auf Seiten des Arbeitgeber mE nicht ausreichend. Vielmehr muss dem Arbeitgeber bekannt sein, dass dieser Arbeitsuchende zum Abschluss eines Arbeitsvertrages bereit ist. So wie es auf Seiten des GPAVer nicht ausreichend sein kann, wenn er dem Arbeitgeber nur Namen von Arbeitnehmern nennt, die in den gewünschten oder ähnlichen Berufen arbeiten, ohne deren Willen zu einem neuen Vertragsschluss zu kennen, so muss eine Kenntnis des Willen zum Vertragsschluss beim Arbeitgeber vorliegen, wenn er eine Vorkennntnis geltend machen will. Dies deckt sich auch mit der Auffassung der hL in Österreich und Deutschland, die (zB bei Immobilienmaklern) nicht nur den Nachweis eines Objektes, sondern gerade der Möglichkeit des Abschlusses eines Vertrages für ein konkretes Objekt verlangt.³⁹⁹

Innerhalb größerer Unternehmen muss mE eine mögliche Vorkennntnis zum Zeitpunkt der Information durch den GPAVer beim Arbeitgeber verwertbar sein.⁴⁰⁰ Dies bedeutet, die Vorkennntnis muss dem - in einem Unternehmen für einen Vertragsschluss zuständigen - Verantwortlichen zugänglich sein. Daher reicht es mE nicht aus, wenn ein Angestellter (auch ein leitender Angestellter) über Vorkennntnis verfügt, diese aber zB dem einstellungsberechtigten Personalleiter erst nach Vertragsschluss mitteilt. In diesem Falle hatte die Vorkennntnis keine kausalitätsausschließende Wirkung auf den Vertragsschluss.

Notwendig für einen Nachweis ist es mE, dass der GPAVer den Arbeitgeber so mit Informationen über den Arbeitsuchenden und dessen mögliche Bereitschaft zu einem Vertragsschluss

³⁹⁹ dBGH, NJW-RR 1990, S 1008 und NJW-RR 1991, S 950; *Bydlinski*, S 24; *Noss*, S 16

ausstattet, dass der Arbeitgeber ohne umfangreicheres weiteres Zutun mit dem Arbeitsuchenden Kontakt aufnehmen kann. Nur die Mitteilung des Namens ohne Hinweis auf dessen Vertragsbereitschaft oder gar nur die Mitteilung, dass es in diesem oder jenem Betrieb entsprechend qualifizierte Mitarbeiter gäbe, ohne diese namentlich zu bezeichnen, genügt daher für einen Nachweis nicht.

6.2.1.c. GPAV in Form von Vermittlungsmaklertätigkeit

Der Vermittlungsmakler muss qualitativ andere Voraussetzungen erfüllen als der Nachweismakler. Er hat durch seine Tätigkeit die Abschlussbereitschaft des Arbeitsuchenden zu einem Vertragsschluss zu fördern. Dieses zusätzliche Einwirken auf den Arbeitsuchenden begründet auch dann einen Provisionsanspruch (im Gegensatz zum Nachweismakler), wenn der Arbeitsuchende und sein grundsätzlicher Wille zum Vertragsschluss dem Arbeitgeber bereits bekannt waren, nämlich immer in den Fällen, in denen die Vermittlungstätigkeit des GPAVers (mit)ursächlich für den Vertragsschluss gewesen ist. Eine Kausalität muss also in jedem Fall gegeben bleiben.⁴⁰¹ Der GPAVer als Vermittlungsmakler muss auf den Arbeitsuchenden verdienstlich einwirken⁴⁰², damit dieser einen Arbeitsvertrag mit dem Arbeitgeber zu dessen Vertragsbedingungen abschließt. Ist der Wille zu solch einem Vertragsabschluß beim Arbeitsuchenden aber bereits von vornherein existent, so will die ein Teil der Literatur⁴⁰³ zu Recht

⁴⁰⁰ Vgl auch *Reuter* in Staudinger, §§ 652, 653 Rz 31

⁴⁰¹ öOGH, 4 Ob 604/87, *Bydlinski*, S 24; *Fromherz*, § 7 Rz 28 ff, *Ostermayer/Schuster*, S 68 ff; *Roth* in MünchKomm, § 652 Rz 106, 108, 179, 182

⁴⁰² zB durch Gespräche über das künftige Arbeitsverhältnis, Gehaltsangebote im Auftrag des Arbeitgeber

⁴⁰³ *Schwerdtner* in MünchKomm § 652 Rz 58 (Kommentierung der 3. Auflage 1997); *Burghardt* „Die Treuepflicht des Grundstücksmaklers“ in (1935), S 81 f

in einem solchen Fall schon in der Zusammenführung der Vertragsparteien eine Vermittlungsleistung des Vermittlungsmaklers erkennen.

*Reuter*⁴⁰⁴ will dagegen in einem solchen Fall eine Vermittlungsleistung ausschließen und dem Vermittlungsmakler seinen Provisionsanspruch verwehren. Dies ist mE abzulehnen. Auch in einem solchen Fall ist der GPAVer seinen Verpflichtungen nachgekommen, da er auf den Arbeitsuchenden eingewirkt hat und es im Ergebnis zu dem vom Arbeitgeber angestrebten Vertragsschluss gekommen ist. Somit ist eine Kausalität zwischen Tätigkeit des GPAVers und Vertragsschluss vorhanden. Diese wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass ein möglicher anderer Geschehensablauf, nämlich das unmittelbare Herantreten des Arbeitgebers an den Arbeitsuchenden, zum selben Ergebnis geführt hätte. Diese potentielle Kausalität schließt die tatsächliche mE nicht aus. Zudem wäre breiter Raum für einen Missbrauch zu Ungunsten des Maklers gegeben, wenn Arbeitgeber und Arbeitsuchender gemeinsam nach Vertragsschluss erklären könnten, dass sie von vornherein zu gleichen Bedingungen abschließen wollten und damit die Maklerprovision vereiteln würden.

Aber auch die erwähnte Meinung von *Reuter* sieht - mit Ausnahme der Fälle, in denen der Arbeitsuchende sein Interesse an einem neuen Vertragsverhältnis dem Arbeitgeber bereits mitgeteilt hat - in der Beauftragung des GPAVers zur Vermittlung eines Vertrages zu bestimmten Konditionen zugleich einen Nachweismaklervertrag und dessen Provisionsanspruch als vorliegend an.⁴⁰⁵ Bedarf es also keines zusätzlichen Einwirkens des GPAVers auf den Arbeitsuchenden, weil dieser von vornherein die Bedingungen

⁴⁰⁴ *Reuter* in Staudinger, §§ 652, 653 Rz 39, ebenso *Roth* in MünchKomm, § 652 Rz 107 (Kommentierung 4. Auflage 2005)

des Arbeitgebers für akzeptabel hält, ist die Leistung des GPAVers auch nach dieser Meinung regelmäßig bereits mit dem Nachweis des abschlussbereiten Arbeitsuchenden erfüllt.

Neben der Pflicht zur Arbeitsvermittlung in Form einer Nachweis- und/oder Vermittlungstätigkeit des GPAVers sind weitere Hauptleistungspflichten des GPAVers nicht erkennbar.

6.2.1.d. Pflicht des GPAVers zum Tätigwerden

Nachdem als Hauptleistungspflicht des GPAVers die Vermittlungstätigkeit als solche (sei es nun nach individueller Gestaltung als Nachweis- oder Vermittlungsmaklervertrag) identifiziert wurde, stellt sich die Frage, ob auf Seiten des GPAVers überhaupt eine Pflicht zum Tätigwerden besteht.

Im österreichischen Recht ist dies gesetzlich eindeutig geregelt. § 4 Abs 2 öMaklerG stellt klar, dass ein GPAVer nicht zum tätig werden verpflichtet ist, es sei denn, es wurde etwas anderes vereinbart. Eine gesetzliche Ausnahme sieht § 14 Abs 1 öMaklerG vor, der ein Bemühen nach Kräften des GPAVers verlangt, wenn dieser vom Arbeitgeber einen Alleinvermittlungsauftrag erhalten hat.

Auch im deutschen Recht ist eine Verpflichtung des GPAVers zum Tätigwerden regelmäßig zu verneinen. Innerhalb der gesetzlichen Regelungen ist keine Vorschrift enthalten, die einen Makler nach Abschluss eines Maklervertrages zu einem Tätigwerden verpflichten will. Vielmehr bestimmt § 652 dBGB nur, unter welchen Voraussetzungen ein versprochener Maklerlohn zu entrichten ist. Der Schutz des Arbeitgebers ist dabei durch § 652 Abs 1 Satz 1 dBGB ausreichend gewährleistet, wonach ein Erfüllungsanspruch des GPAVers immer erst nach erfolgreichem Tätigwerden des GPAVers und

⁴⁰⁵ Siehe oben

damit nach einem Vertragsschluss zwischen Arbeitgeber und (durch den GPAVer vermitteltem) Arbeitsuchenden entsteht. Auch ein vertraglich vereinbarter Aufwendungsersatz iSd § 652 Abs 2 dBGB kann vom Arbeitgeber nur bei Nachweis eines tatsächlichen Tätigwerdens des GPAVers verlangt werden. Eine Verpflichtung des Maklers zum Tätigwerden und somit ein durch Leistungsklage einklagbarer Anspruch des Arbeitgebers auf Tätigwerden des Maklers ist demnach abzulehnen.⁴⁰⁶

Insoweit muss bei der Hauptleistungspflicht der Vermittlungstätigkeit des GPAVers von einer untypischen, nicht als Leistungsanspruch einklagbaren Hauptleistungspflicht ausgegangen werden.

In Einzelfällen ist es mE aber denkbar, dass das Nicht-Tätigwerden des GPAVers ohne Information des Arbeitgebers hierüber eine Schadensersatzpflicht des GPAVers auslösen kann. Dies wäre zB dann der Fall, wenn der GPAVer eindeutig erkennt, dass sich der Arbeitgeber allein auf das Tätigwerden des GPAVers verlässt und er ihn nicht darüber informiert, dass er möglicherweise nicht tätig wird.⁴⁰⁷ Ebenso wird man bei einem Alleinvermittlungsauftrag für den GPAVer auch in Deutschland aus den Grundsätzen von Treu und Glauben von einer Pflicht des GPAVers zum tätig werden ausgehen (in Österreich ist diese Pflicht in § 14 Abs 1 öMaklerG festgelegt). Außer in den Fällen des § 14 Abs 1 öMaklerG, handelt es sich bei den geschilderten Fällen einer Verpflichtung zum tätig werden oder einer Informationspflicht aber mE nicht um eine

⁴⁰⁶ Vgl *Sprau* in Palandt, Vor § 652 Rz 6; *Dehner* in BGB-RGRK, Vor § 652 Rz 1; in Ablehnung einer Pflicht zum Tätigwerden ebenso *Schwerdtner* in MünchKomm, § 652 Rz 70 (Kommentierung der 3. Auflage 1997), der daraus aber ableitet, es gäbe überhaupt keine Hauptleistungspflichten eines Maklers. Diese Ansicht greift meines Erachtens zu kurz, da der Makler, wenn er einen Provisionsanspruch erhalten möchte, mit der Vermittlungstätigkeit sehr wohl eine Hauptleistungspflicht erbringen muss ohne welche ein Vergütungsanspruch nie entstehen kann.

⁴⁰⁷ *Fromherz*, § 3 Rz 3 f; ähnlich *Bydlinski*, S 19, die in einem solchen Fall eine konkludente Vereinbarung zwischen Auftraggeber und Makler zum tätig werden sieht

Hauptleistungspflicht des GPAVers⁴⁰⁸, sondern um eine Nebenleistungspflicht aus dem Grundsatz von Treu und Glauben.

⁴⁰⁸ Durch ausdrückliche vertragliche Vereinbarung, bei welchem sich der GPAV verpflichtet zB Annoncen in bestimmten Zeitungen aufzugeben oder auf einen konkreten Kandidaten zuzugehen, wäre aber auch eine Hauptleistungspflicht grundsätzlich denkbar.

6.2.2. Aufklärungspflichten als Nebenleistungspflichten des GPAVers

Nachdem unter Kap 6.2.2. festgestellt wurde, dass der GPAVer in der Regel nicht zu einem Tätigwerden verpflichtet ist, stellt sich zunächst die Frage, ob auf es auf dieser Grundlage überhaupt Nebenleistungspflichten für den GPAVer geben kann, da mE solche Nebenleistungspflichten immer nur dann in Betracht kommen, wenn der GPAVer tatsächlich Vermittlungsleistungen für den Arbeitgeber erbringt. Entschließt sich der GPAVer allerdings zu einem Tätigwerden, so greifen auch mögliche Nebenleistungspflichten für seine Tätigkeit ein. Dem GPAVer steht es im Falle eines tatsächlichen Tätigwerdens also nicht frei, ob er sich daraus ergebende Nebenleistungspflichten erfüllen möchte oder nicht.

Als Nebenleistungspflicht des GPAVers aus dem Vertrag mit dem Arbeitgeber kommen aus meiner Sicht zunächst Aufklärungspflichten über die Person des Arbeitsuchenden in Betracht.

Eine solche Nebenleistungspflicht des GPAVers könnte die Pflicht sein, dem Arbeitgeber - entsprechend den Kenntnissen des GPAVers - nur wahrheitsgemäße Angaben über die Person und Qualifikation eines Bewerbers zu machen.⁴⁰⁹

Das Verhältnis zwischen dem GPAVer und dem Arbeitgeber ist typischerweise dadurch geprägt, dass der GPAVer für den Arbeitgeber nicht nur Kontakte zu einem Arbeitsuchenden herstellt, sondern den Arbeitgeber bereits mit ersten Informationen über den Arbeitsuchenden versorgt. Dies geht in

⁴⁰⁹ Diese Pflicht kann sich in Ausnahmefällen sogar zu einer Hauptleistungspflicht des GPAVers entwickeln, nämlich dann, wenn der GPAVer im Sinne eines Personalvermittlers und einer "ausgelagerten Personalabteilung" des Arbeitgebers die wesentlichen Phasen des Auswahlverfahrens zur Besetzung einer Stelle selbst durchführt (zB über Assessment Center) und nur noch die abschließende Entscheidung beim Arbeitgeber liegt.

vielen Fällen so weit, dass der GPAVer für den Arbeitgeber eine Vorauswahl vornimmt und Bewerber, die er entsprechend den Kriterien des Arbeitgebers für geeigneter hält, von solchen mit weniger guter Eignung selektiert. Bei der Präsentation eines Bewerbers durch den GPAVer gibt dieser dem Arbeitgeber dann Informationen über den Bewerber und kommentiert anhand dieser Informationen gegebenenfalls seine Vorauswahl. In diesem Zusammenhang stellt sich nun die Frage, inwieweit der Arbeitgeber vom GPAVer aufklärende Informationen über den Arbeitsuchenden verlangen kann und inwieweit er zudem davon ausgehen kann, dass alle vom GPAVer ihm gegenüber gemachten Auskünfte richtig sind.

6.2.2.a. Tätigwerden des GPAVers im alleinigen Interesse des Arbeitgebers oder auch des Arbeitsuchenden

Um diese Fragen beantworten zu können, ist zunächst die Ausgangsposition der Vermittlungstätigkeit des GPAVers zu klären, nämlich die Frage, in wessen Interesse der GPAVer überhaupt tätig wird.

Mit der entgeltlichen Beschaffung von Stellenkandidaten für den Arbeitgeber entsteht zwischen diesem und dem beauftragten GPAVer ein besonderes Vertrauensverhältnis: Der Arbeitgeber könnte daher aufgrund des mit dem GPAVer abgeschlossenen Vertrages erwarten, dass der GPAVer bei seiner Vermittlungstätigkeit die Interessen des Arbeitgebers wahrnimmt. Diese Erwartungshaltung wird in Österreich auch gesetzlich in der Regelung des § 3 Abs 1 Satz 1 öMaklerG manifestiert, wonach ein Makler zur redlichen und sorgfältigen Wahrung der Interessen des Auftraggebers verpflichtet ist.

Allerdings gibt es im Bereich der GPAV – im Gegensatz zum klassischen Maklervertrag – besondere Vorschriften hinsichtlich der Vergütung. Nach Zulassung GPAV in Österreich und

Deutschland war es nämlich zunächst in beiden Ländern dem GPAVer gesetzlich untersagt, eine Vermittlungsprovision vom Arbeitsuchenden zu verlangen (mit Ausnahme von speziellen Vermittlungen wie zB bei Sportlern oder Künstlern). Dies war gesetzlich in § 17b Abs 2 öAMFG 1991 bzw § 9 Abs 1 dAVermV geregelt, die Vermittlungsgebühren vom Arbeitsuchenden verboten haben. In Österreich hat dieses Verbot auch nach der Neuregelung der GPAV über § 5 Abs 2 öAMFG weiterhin Bestand. Dagegen wurde in Deutschland nicht nur die dAVermV abgeschafft, sondern nach einer kurzen Übergangszeit auch das generelle Verbot vom Arbeitsuchenden Vermittlungshonorare zu verlangen. Vielmehr sieht die Regelung des § 296 Abs 2 dSGB III jetzt vor, dass Vergütungen des GPAVers möglich und dabei ausschließlich erfolgsabhängig sind, wobei als Erfolg das zustande kommen eines Arbeitsvertrags durch die Vermittlungstätigkeit definiert wird. Allerdings ist die Vergütungshöhe in § 296 Abs 3 dSGB III nach oben beschränkt auf die Höhe eines Vermittlungsgutscheins nach § 421g Abs 2 dSGB III.

Fraglich ist nun, wie sich diese Sonderregelungen im Bereich der GPAV darauf auswirken, in welchem Interesse der GPAVer zu handeln hat, also ob man aus der – zumindest in Österreich weiterhin bestehenden – Regelung, dass ein Vermittlungshonorar nur vom Arbeitgeber entgegen genommen werden darf, auch der Schluss gezogen werden kann, dass der GPAVer ausschließlich im Interesse des Arbeitgebers zu handeln hat.

Eine solche Annahme wäre mE verfehlt. Die bestehende Regelung in Österreich und die frühere Regelung in Deutschland, nach denen das Honorar ausschließlich vom Arbeitgeber verlangt werden durfte, sind und waren als Schutzregelung zugunsten des Arbeitsuchenden gedacht, damit dessen – unter Umständen schwierige – Lage als

typischerweise sozial schwächerer Verhandlungspartner (zB als Arbeitsloser) nicht von einem GPAVer finanziell ausgenutzt werden kann. Diese Regelungen wollen bzw wollten den Arbeitsuchenden im Dreiecksverhältnis mit dem GPAVer und dem Arbeitgeber gerade besonders schützen und nicht die Tätigkeit des GPAVer ausschließlich in den Interessensbereich des Arbeitgebers verlagern. Daran ändert aus meiner Sicht auch die neue Regelung des § 296 Abs 2 und 3 dSGB III nichts, wonach in begrenzter Höhe jetzt auch Vermittlungsgebühren vom Arbeitsuchenden verlangt werden dürfen. Diese Regelung ist als arbeitsmarktpolitische Maßnahme gedacht, die begleitend zur Einführung der Vermittlungsgutscheine nach § 421g Abs 2 dSGB III eingeführt wurde. Ziel dieser Regelung ist es ausschließlich, die Vermittlungsmöglichkeiten zugunsten des Arbeitsuchenden weiter zu verbessern, nicht aber, ihn im Dreiecksverhältnis zum GPAVer und Arbeitgeber schlechter zu stellen, in dem man nun bei einem Vermittlungsauftrag durch den GPAVer annähme, dass der GPAV die Interessen des Arbeitsuchenden nicht mehr zu berücksichtigen habe. Insoweit wirken mE die Sonderregelungen der GPAV bezüglich der Vergütung dahingehend, dass ein GPAVer nicht im alleinigen Interesse des Arbeitgebers zu handeln hat, sondern auch im Interesse des Arbeitsuchenden.

Verfehlt wäre mE aber ebenso der weitergehende Schluss, aus der besonders schützenswerten Stellung des Arbeitsuchenden umgekehrt eine Pflicht des GPAVers ableiten zu wollen, ausschließlich in dessen Interesse tätig zu werden. Dies würde den Intentionen eines Arbeitgebers entgegenlaufen. Der Arbeitgeber verspricht sich durch die Vermittlungstätigkeit des GPAVers einen Vorteil für sich, indem er einen passenden Mitarbeiter zu finden hofft. Er kann daher nicht daran interessiert sein, mit seinem Honorar an den GPAVer nur die

Interessen eines Arbeitsuchenden zu fördern, die seinen eigenen Interessen möglicherweise entgegen laufen.

Der GPAVer befindet sich demnach in einer Situation, in welcher er sowohl die Interessen des Arbeitgebers wie auch die Interessen des Arbeitsuchenden zu berücksichtigen hat und die damit ein nicht unerhebliches Konfliktrisiko in sich birgt. Ein solcher Konflikt tritt bereits dann ein, wenn aus dem „Portfolio“ des GPAVers an potenziellen Kandidaten mehrere Arbeitsuchende für eine Stelle in Frage kommen und an dieser Stelle auch Interesse haben. Wählt der GPAVer in solch einer Situation einen Arbeitsuchenden als den nach den Kriterien des Arbeitgebers geeigneteren Kandidaten aus und präsentiert diesen entsprechend bevorzugt dem Arbeitgeber, so gerät er damit automatisch in Konflikt mit den Interessen der anderen Arbeitsuchenden.

Zu lösen ist diese Interessenskollision beim GPAVer mE dadurch, dass man ihn im Grundsatz ebenso behandelt wie einen sogenannten Doppelmakler, der für beide Seiten tätig wird. Er hat die Interessen des Arbeitgebers zu wahren, der ihn bezahlt, ebenso wie die Interessen des Arbeitsuchenden, der sich in einer besonders schützenswerten Stellung befindet. Der GPAVer ist damit - entsprechend dem Doppelmakler - grundsätzlich zur Neutralität und Unparteilichkeit verpflichtet⁴¹⁰ und muss versuchen, die Interessen beider Seiten gleich zu berücksichtigen und keine Seite zu bevorteilen.

Dagegen spricht auch nicht die Regelung des § 297 dSGB III, wonach Vereinbarungen des GPAVer mit Arbeitgeber und Arbeitsuchendem zugleich unwirksam sind. An dieser Stelle hat der GPAVer keine Vereinbarung mit dem Arbeitsuchenden, sondern nur mit dem Arbeitgeber, bei welcher er aus der

⁴¹⁰ Zur Unparteilichkeit des Doppelmaklers in Deutschland vgl. *Roth* in MünchKomm § 654, RdNr 7 ff; dBGH NJW-RR, 1998, S 992 f; dBGHZ 48,

Stellung des Arbeitsuchenden heraus auch dessen Interessen zu berücksichtigen hat. Der GPAVer ist also in diesem Fall kein Doppelmakler, sondern hat lediglich trotz seines Vertragsverhältnisses mit dem Arbeitgeber auch die Interessen des Arbeitsuchenden zu wahren.

6.2.2.b. Aufklärungspflicht des GPAVers gegenüber dem Arbeitgeber

Somit stellen sich nun die Fragen,

- ob ein Arbeitgeber gegenüber dem GPAVer einen Anspruch auf Informationen über den Arbeitsuchenden hat, also eine Aufklärungspflicht des GPAVers besteht und
- inwieweit sich der Arbeitgeber auf die vom GPAVer mitgeteilten Informationen und Angaben verlassen kann bzw inwieweit ihn eine eigene Verpflichtung zur Nachprüfung trifft.

Die Neutralitätsverpflichtung des GPAVers gegenüber beiden Parteien schließt Aufklärungspflichten des GPAVers mE nicht grundsätzlich aus, auch wenn diese den Interessen des Arbeitsuchenden entgegenlaufen könnten, wenn sie zB negative Informationen enthalten.

Zwar liegt es im Interesse des Arbeitsuchenden, dass der GPAVer negative Informationen über ihn verschwiegen behandelt, da durch diese gegebenenfalls der Abschluss eines Arbeitsvertrages vereitelt oder die Verhandlungsposition des Arbeitsuchenden gegenüber dem künftigen Arbeitgeber verschlechtert wird. Dennoch nehmen der österreichische Gesetzgeber in § 3 Abs 1 Satz 2 öMaklerG⁴¹¹ sowie die

S 344 ff; in Österreich kann dies unmittelbar aus § 3 Abs 1 Satz 2 öMaklerG abgeleitet werden, so auch *Bydlinski*, S 15; *Noss*, S 4 ff

⁴¹¹ So auch klarstellend *Bydlinski*, S 15

deutschen Literatur⁴¹² zu Recht an, dass auch bei einem zur Neutralität verpflichteten Doppelmakler – dessen Grundsätze mE auf die Stellung des GPAVers anzuwenden sind – Aufklärungspflichten grundsätzlich vor Verschwiegenheitspflichten gehen. Der Arbeitsuchende hat selbst keine Provisionspflicht für die Tätigkeit des GPAVers und weiß daher, dass dieser provisionspflichtig auch im Auftrag des Arbeitgebers tätig wird und dessen Interessen zu berücksichtigen hat. Er muss daher damit rechnen, dass der GPAVer dem Arbeitgeber all die Informationen weitergibt, die der Arbeitgeber auch vom Arbeitsuchenden direkt hätte erlangen können und verlangen dürfen. In Bezug auf solche Informationen stellen Auskünfte des GPAVers an den Arbeitgeber mE keinen Eingriff in die Neutralitätspflicht des GPAVers dar. Der Begriff Neutralität kann im vorliegenden Zusammenhang nicht im eigentlichen Wortsinn der „Nichteinmischung“⁴¹³ gebraucht werden, da sich der GPAVer mit Aufnahme seiner Tätigkeit bereits in die Belange der Parteien eingemischt hat. Vielmehr ist der Neutralitätsbegriff hier so auszulegen, dass keine Bevorzugung einer Partei auftreten darf. Würde der GPAVer dem Arbeitgeber jedoch Fakten verschweigen, die der Arbeitgeber zulässigerweise direkt vom Arbeitsuchenden abfragen könnte, und würde der Arbeitgeber im Vertrauen auf den GPAVer diese Fragen dem Arbeitsuchenden nicht selbst stellen, so würde hierdurch der Arbeitsuchende gegenüber dem Arbeitgeber bevorzugt werden. Ein Verschweigen der Informationen kann also eine einseitige Bevorzugung des Arbeitsuchenden bedeuten, so dass hierdurch gerade die Neutralitätspflicht des GPAVers verletzt würde.

⁴¹² Vgl. *Reuter* in Staudinger, § 654 Rz 6, *Roth* in MünchKomm § 654 Rz 9

⁴¹³ So *Brockhaus*, Enzyklopädie (1986), Band 15, Buchstabe N, S 514

Gibt der GPAVer dagegen die Informationen weiter, stellt er den Arbeitgeber somit auf den Stand, auf welchem er sich ohne Einschaltung des GPAVers bei direktem Gespräch mit dem Arbeitsuchenden im Normalfall auch befände.

Eine Verletzung der Neutralitätspflicht des GPAVers würde es dagegen darstellen, wenn der GPAVer Informationen an den Arbeitgeber weitergibt, über die ein Arbeitsuchender im direkten Gespräch mit dem Arbeitgeber eine Auskunft verweigern könnte.

Auch bei einem Einstellungsgespräch muss ein Arbeitnehmer nicht jegliche Informationen (die sich unter Umständen negativ auf den Ausgang der Einstellungsverhandlungen auswirken könnten) dem Arbeitgeber ungefragt offenbaren. Er darf sogar auf ausdrückliches Nachfragen des Arbeitgebers eine falsche Antwort geben, ohne dass er die Konsequenz einer Anfechtung oder außerordentlichen Kündigung bei Bekanntwerden der falschen Antwort zu fürchten hätte. Der künftige Arbeitgeber hat im Wege des Einstellungsgesprächs vielmehr nur ein eingeschränktes Recht auf Fragen, die „arbeitsplatzrelevante Umstände“ betreffen und in „angemessener Form“ gestellt sind.⁴¹⁴ Eine Frage des Arbeitgebers muss zulässig gewesen sein, ansonsten darf der Arbeitnehmer diese ohne negative Rechtsfolgen für ihn auch wahrheitswidrig beantworten. Nach zutreffender Ansicht des dBAG⁴¹⁵ ist für die Zulässigkeit einer Frage des Arbeitgebers eine Interessenabwägung⁴¹⁶ vorzunehmen. Auf Seiten des Arbeitgebers muss nach ständiger Rechtsprechung des dBAG ein „berechtigtes, billigenswertes und schutzwürdiges Interesse“ an einer wahrheitsgemäßen Antwort vorliegen.⁴¹⁷ Dieses Interesse muss

⁴¹⁴ So *Schmid/Trenk-Hinterberger*, S 32 f; ähnlich *Egermann* in *Mazal/Risak*, V Rz 3 ff

⁴¹⁵ dBAG, NZA 1985, S 57 ff

⁴¹⁶ So dBAG, dBAGE 11, S 270 ff

⁴¹⁷ dBAG NZA, 1985, S 57 ff

relevant für das Arbeitsverhältnis sein⁴¹⁸ und es muss im Einzelfall „objektiv so stark sein, dass dahinter das Interesse des Arbeitnehmers am Schutz seines Persönlichkeitsrechtes und an der Unverletzbarkeit seiner Individualsphäre zurücktreten muss.“⁴¹⁹ Hauptkriterien, nach denen ein solches Fragerecht zulässig sein kann, sind die „fachliche Qualifikation, die körperliche und gesundheitliche Verfassung und persönliche Eigenschaften“⁴²⁰ immer dann, wenn die Frage von Relevanz für das konkrete Arbeitsverhältnis ist.⁴²¹

An den oben dargestellten Prinzipien bezüglich des Fragerechts eines Arbeitgebers gegenüber einem Arbeitsuchenden in einem Einstellungsgespräch⁴²² hat sich auch ein GPAVer grundsätzlich zu orientieren, wenn es um die Frage geht, ob er dem Arbeitgeber Auskünfte über den Arbeitsuchenden erteilen und welche Fragen er dabei beantworten muss. Alle Auskünfte, die ein Arbeitgeber von einem Arbeitsuchenden ungefragt erwarten kann (zB die Auskunft eines Kraftfahrers über ein Fahrverbot), muss auch der GPAVer an den Arbeitgeber ungefragt weitergeben, soweit diese ihm bekannt sind. Dabei kann der Arbeitgeber vom GPAVer erwarten, dass dieser sich über alle gemeinhin wesentlichen Aspekte bzw Eigenschaften des Arbeitsuchenden Information verschafft (zB den Bewerber auf eine Stelle als Kraftfahrer nach einer gültigen Fahrerlaubnis befragt). Aus dem Vertragsverhältnis heraus trifft den GPAVer insoweit eine Sorgfaltspflicht gegenüber dem Arbeitgeber. Zur Informationsbeschaffung genügt es aber, wenn der GPAVer die ihm im Gespräch mit dem Arbeitsuchenden zur Verfügung

⁴¹⁸ Vgl dBAG, dBAGE 22, S 278 ff, wo beispielhaft ausgeführt wird, dass „fehlende Wahrheitsliebe“ für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses eines ungelernten bzw angelernten Arbeitnehmers irrelevant ist.

⁴¹⁹ dBAG, NZA 1985, S 57 ff

⁴²⁰ Buchner in MünchArbR § 38 RdNr 39

⁴²¹ Eine Übersicht über Einzelfälle, in denen eine Frage zulässig ist und in welchen eine Frage unzulässig ist, findet sich bei Schaub⁴, Arbeitsrechtshandbuch (1980), § 26 III, S 118 ff; vgl hierzu ausführlich im österreichischen Recht Egermann in Mazal/Risak, V Rz 3 ff

stehenden Informationsquellen (also zumeist nur den Arbeitsuchenden selbst) nutzt. Nachfragen bei früheren Arbeitgebern kann man vom GPAVer nur dann erwarten, wenn ihm erkennbar ist, dass eine solche Nachfrage für die Entscheidung des Arbeitgebers im Einzelfall wichtig sein kann (zB bei Hinweisen auf Unzuverlässigkeiten in einem Arbeitszeugnis). Zu weiteren bei Einstellungen unüblichen Nachforschungen ist der GPAVer dagegen nicht verpflichtet⁴²³, es sei denn, die äußeren Umstände drängen Zweifel an der wahrheitsgemäßen Antwort des Arbeitsuchenden auf (Beispiel: Der Bewerber um die Stelle eines Kraftfahrers wirkt noch so jung, dass man vermuten kann, er besitzt noch keinen Führerschein. In diesem Fall müsste sich der GPAVer den Führerschein oder zumindest den Personalausweis zur Altersüberprüfung zeigen lassen.) Sind solche Zweifel mit zumutbarem Aufwand nicht aufzuklären, muss der GPAVer dem Arbeitgeber mitteilen, dass er Zweifel hat, die er nicht aufklären kann.

Auf zulässige Fragen⁴²⁴ des Arbeitgebers muss der GPAVer auch wahrheitsgemäß antworten. Kennt er die Antwort auf eine Frage des Arbeitgebers nicht, so muss er Auskunft vom Arbeitsuchenden einholen oder aber dem Arbeitgeber mitteilen, dass er keine Kenntnis besitzt.

Fraglich ist, wie sich der GPAVer bei einer unzulässigen Frage des Arbeitgebers zu verhalten hat. Hierbei kommt er in eine Interessenskollision mit seiner grundsätzlichen Verpflichtung zur Neutralität und den Schutzpflichten zugunsten des Arbeitnehmers. Gibt er auf eine unzulässige Frage eine wahrheitsgemäße Antwort, so verletzt er damit die Interessen

⁴²² Bzw auch in einem Fragebogen

⁴²³ Etwas anderes würde nur gelten, wenn dies zwischen dem Arbeitgeber und dem GPAVer ausdrücklich vereinbart wäre

⁴²⁴ Siehe oben

des Arbeitsuchenden, da der Arbeitsuchende die Frage nicht beantworten müsste, wenn sie ihm vom Arbeitgeber direkt gestellt worden wäre. Der Arbeitsuchende wäre damit durch das Verhalten des GPAVer schlechter gestellt als in einem unmittelbaren Vorstellungsgespräch. Gibt der GPAVer dem Arbeitgeber dagegen eine falsche Antwort, würde er sich zwar so verhalten, wie dies für den Arbeitsuchenden möglich wäre, seine Pflichten als GPAVer würde er aber dennoch verletzen. Bei einem Arbeitsuchenden muss der Arbeitgeber damit rechnen, dass dieser seine Interessen soweit in den Vordergrund stellt, dass er den Arbeitgeber sogar belügt, wenn dies ohne negative Rechtsfolgen möglich ist. Von einem GPAVer, den der Arbeitgeber bezahlt, kann dieser aber erwarten, dass der GPAVer aufgrund der besonderen Vertrauensposition, die zwischen Arbeitgeber und GPAVer besteht, den Arbeitgeber nicht belügt. Der GPAVer würde sich mit einer wahrheitswidrigen Antwort einseitig den (wenn auch berechtigten) Interessen des Arbeitsuchenden verschreiben. Einen Ausweg aus dieser Interessenkollision des GPAVer kann nur sein, dass der GPAVer im Falle einer unzulässigen Frage des Arbeitgebers diesem zu Erkennen gibt, dass die Frage unzulässig ist und eine Beantwortung ausdrücklich aus diesem Grund ablehnt.

Zusammenfassend hat der Arbeitgeber also grundsätzlich einen Anspruch gegenüber dem GPAVer auf solche objektiven bzw. objektiv nachvollziehbaren Informationen, die der Arbeitgeber im Normalfall auch in einem unmittelbaren Bewerbungsgespräch mit dem Arbeitsuchenden abfragt und abfragen darf. Solche Informationen muss der GPAVer dem Arbeitgeber auch unaufgefordert geben, wenn er erkennen kann, dass diese für den Arbeitgeber wichtig sind. Gibt der

GPAVer solche Informationen, so muss sich der Arbeitgeber auf deren Richtigkeit auch verlassen können.

Sind Fragen des Arbeitgebers unzulässig, muss der GPAVer ihn auf die Unzulässigkeit hinweisen und eine Antwort verweigern. Insbesondere in den Fällen, in denen der Arbeitgeber den GPAVer mit einer Vorauswahl beauftragt hat, aber auch, wenn er sonst Informationen vom GPAVer erhält, wird er davon ausgehen, dass diese vom GPAVer tatsächlich beim Arbeitsuchenden oder Dritten erfragt und gegebenenfalls durch zusätzliche Recherche überprüft wurden. Dabei wird man bezüglich der Sorgfalt der Recherche mE solche Kriterien ansetzen müssen, die auch ein „durchschnittlicher“ Arbeitgeber bei der Neueinstellung anzuwenden pflegt. Dies bedeutet, dass der GPAVer sich für die konkrete Stelle relevante Ausbildungsabschlüsse und berufliche Tätigkeiten durch entsprechende Bescheinigungen und Zeugnisse nachweisen lässt. Tiefergehende Recherchen (wie zB Gespräche mit bisherigen Arbeitgebern, das Einholen sonstiger Referenzen oder die Anforderung eines polizeilichen Führungszeugnisses) wird der Arbeitgeber nur vom GPAVer verlangen können, wenn im konkreten Fall erkennbar ist, dass solche Informationen für den Arbeitgeber von Bedeutung oder bei der Besetzung von Stellen dieser Art üblich sind. Gibt der GPAVer Informationen über solche Punkte (zB die Auskunft, dass kein Eintrag im Führungszeugnis besteht oder eine gute mündliche Referenz eines vorherigen Arbeitgebers vorliegt), so wird sich der GPAVer auch darauf verlassen, dass diese Informationen der Wahrheit entsprechen. Eine Verpflichtung des Arbeitgebers, alle Informationen, die er vom GPAVer erhalten hat, nochmals auf ihren Wahrheitsgehalt hin zu überprüfen, ist aber mE abzulehnen. Wollte man ihm eine solche Verpflichtung auferlegen, so wäre in vielen Fällen die Einschaltung eines

GPAVers überflüssig, wenn der Arbeitgeber selbst nochmals alle Informationen nachrecherchieren müsste.

Der Arbeitgeber wird sich also grundsätzlich auf Angaben und Informationen des GPAVers über den Arbeitsuchenden verlassen können. Falsche Angaben und Informationen können demnach prinzipiell haftungsrechtliche Ansprüche des Arbeitgebers gegenüber dem GPAVer entstehen lassen.

6.2.2.c. Zulässigkeit subjektiver Wertungen des GPAVers

Das oben Gesagte ist ausdrücklich nur auf objektive Angaben des GPAVers über den Arbeitsuchenden zu beschränken, nicht dagegen auf subjektive Wertungen des GPAVers. Objektiv sind Angaben immer dann, wenn Sie auch für einen Dritten nachprüfbar sind. Dagegen sind Wertungen subjektive Meinungsäußerungen des Wertenden.

Zunächst ist die Frage zu stellen, ob Wertungen des GPAVers überhaupt zulässig sind, oder ob er damit nicht seine Neutralitätspflicht gegenüber dem Arbeitsuchenden, in dessen Interesse er auch handeln muss⁴²⁵, verletzt.

Würde man die Neutralitätspflicht soweit fassen, dass diese dem GPAVer subjektive Wertungen über den Arbeitsuchenden verbietet, würden dadurch das Wesen und die eigentliche Zielsetzung der GPAV in Frage gestellt. Ziel der GPAV ist es in der Regel⁴²⁶, auf Dauer angelegte Arbeitsverhältnisse zu vermitteln. Hierzu ist es notwendig, möglichst den „idealen“ Kandidaten für eine Stelle und umgekehrt möglichst die „ideale“ Stelle für einen Kandidaten zu finden. Daher ist, neben der Weitergabe objektiver bzw. objektiv nachvollziehbarer Informationen⁴²⁷ die subjektive Bewertung, ob ein Kandidat für

⁴²⁵ Siehe oben

⁴²⁶ Eine Ausnahme stellt die Vermittlung der immer häufiger zu findenden befristeten Arbeitsverhältnisse dar.

⁴²⁷ Siehe oben

eine Stelle der Geeignete ist, wesentlicher Bestandteil der Tätigkeit eines GPAVers und dessen eigentliche fachliche Kompetenz (der reine Abgleich und die Weitergabe objektiver Informationen könnten ansonsten auch über einen EDV-gestützten Datenabgleich geschehen und würde den Einsatz eines GPAVers als Person überflüssig machen).

Eine solche, vom GPAVer durchgeführte Wertung macht aber nur Sinn, wenn er die Inhalte seiner Wertung auch dem Arbeitgeber weitergeben kann. Grundsätzlich sind daher mE aus dem Wesen der GPAV heraus persönliche Wertungen des GPAVers (auch negativer Art) zulässig und verstoßen nicht gegen seine Neutralitätspflicht.

Dies bedeutet aber nicht, dass dem GPAVer jede Form sowie Art und Weise der Wertung gestattet ist. Dies würde dazu führen, dass er einen Arbeitsuchenden in unsachlicher Weise und aus ggf eigennützigen Gesichtspunkten heraus kritisieren und im schlimmsten Fall sogar verächtlich machen dürfte (etwas weil er einen anderen Kandidaten bevorzugen möchte). Auch in Inhalt und Art der Wertung muss der GPAVer beschränkt sein. Als Grundlage für eine solche Beschränkung sind analog die Kriterien geeignet, nach welcher die Fragen eines Arbeitgebers nach objektiven Informationen als zulässig und unzulässig eingestuft werden. Wertungen sind also nur in den Bereichen der fachlichen Qualifikation, der körperlichen und gesundheitlichen Verfassung und der persönlichen Eigenschaften⁴²⁸ zulässig und auch nur dann, wenn die Wertung von Relevanz für das konkrete Arbeitsverhältnis ist. Dabei wird man als weitere Beschränkung vom GPAVer zumindest ein Grundverständnis der Materie, über welche er Wertungen abgibt, erwarten können. So kann ein GPAVer durchaus Zweifel darüber äußern, ob ein erkennbar stark Körperbehinderter den Anforderungen einer körperlich

belastenden, handwerklichen Tätigkeit zB im Baugewerbe genügt, hingegen sind laienhafte medizinische Diagnosen (zB über die Spätfolgen früherer Krankheiten des Arbeitsuchenden) mangels fachlicher Qualifikation zu deren Bewertung als nicht zulässig zu betrachten und vom GPAVer zu unterlassen.

Auch darf der GPAVer dem Arbeitgeber nicht über den Weg der Wertung mittelbar die vom Arbeitgeber gewünschten, aber unzulässigen Informationen zukommen lassen (indem er zB die im deutschen Recht unzulässige Frage nach Partei- oder Gewerkschaftszugehörigkeit des Arbeitsuchenden als unzulässig zurückweist, aber dann im Rahmen einer Wertung zB sagt „dass er von der Leistungswilligkeit eines Gewerkschaftsmitglieds nicht überzeugt sei“).

Die Kriterien, welche bei Wertungen anzulegen sind, die der GPAVer gegenüber dem Arbeitgeber hinsichtlich der Person des Arbeitsuchenden abgibt, sind umgekehrt auch bei Wertungen anzulegen, welche der GPAVer gegenüber dem Arbeitsuchenden hinsichtlich des Unternehmens des Arbeitgebers macht. Auch hier entspricht es der ureigensten Tätigkeit des GPAVers, beratend und damit meist auch subjektiv wertend dem Arbeitsuchenden seine Eindrücke vom Unternehmen des Arbeitgebers zu schildern. Der GPAVer kann somit auch gegenüber dem Arbeitsuchenden Wertungen, soweit sie in sachlichem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehen und für dieses von Relevanz sind, abgeben. Mit einer sich im sachlichen und relevanten Rahmen bewegenden Wertung verletzt er seine Pflichten aus dem Vertragsverhältnis mit dem Arbeitgeber nicht, auch wenn diese Wertung negative Auswirkungen auf die Abschlussbereitschaft des Arbeitsuchenden haben könnte. Dies ergibt sich aus der Besonderheit der GPAV, bei welcher der GPAVer immer auch

⁴²⁸ Siehe oben

die Interessen des Arbeitsuchenden mit zu wahren hat, auch wenn dieser die Vergütung des GPAVers idR nicht bezahlt.

6.2.2.d. Vertrauen des Arbeitgebers auf subjektive Wertungen des GPAVers

Gibt der GPAVer gegenüber dem Arbeitgeber persönliche Wertungen über den Arbeitsuchenden ab, indem er den Arbeitsuchenden zB als "fachlich kompetent" oder "die richtige Besetzung für die Stelle" beschreibt, so kann sich der Arbeitgeber grundsätzlich nicht darauf verlassen, dass der Arbeitsuchende tatsächlich die entsprechende Kompetenz besitzt oder für die Stelle geeignet ist, ohne dies nochmals in persönlichen Gesprächen oder anderweitig überprüft zu haben. Dem Arbeitgeber ist bei solchen Äußerungen erkennbar, dass es sich dabei um subjektive Wertungen des GPAVers handelt und dass solche Wertungen durchaus von einer eigenen Wertung abweichen können.

Etwas anderes gilt nur, wenn es sich um fachliche Wertungen in Bezug auf die künftige Tätigkeit des Arbeitnehmers handelt und der GPAVer nach außen erkennbar in der Lage ist und gegebenenfalls auch noch damit wirbt, solche fachlichen Beurteilungen abgeben zu können (Beispiel: Ein Chemiker hat sich auf die Vermittlung von Fachkräften für die chemische Industrie spezialisiert und nutzt gerade sein Fachwissen als Zugang und „Verkaufsargument“, um Arbeitgeber als Klienten zu gewinnen). In diesem Fall wird sich der Arbeitgeber insofern auf die Wertungen des GPAVers verlassen und davon ausgehen können, dass diesen Wertungen objektive Kriterien zugrunde liegen. Insofern wird man vom GPAVer auch bei solchen Wertungen eine Sorgfalt verlangen, die umso höher ist, desto mehr er seine Fähigkeit, solche Bewertungen (zB aufgrund seines Fachwissens) abgeben zu können, als

„Verkaufsargument“ für seine Tätigkeit nutzt. Verletzt er die entsprechende Sorgfalt, in dem er zB Wertungen abgibt, ohne sich die entsprechenden Grundlagen (zB aus den Bewerbungsunterlagen oder einem Vorstellungsgespräch) für eine Wertung verschafft zu haben, so handelt er ohne die von ihm zu erwartende Sorgfalt und kann vom Arbeitgeber ggf für seine Sorgfaltspflichtverletzung haftbar gemacht werden.

6.2.3. Weitere Nebenleistungspflichten des GPAVers

Außer der bereits am Ende von Kap 6.2.1. erwähnten Pflicht zur Information über ein Nichttätigwerden des GPAVers in besonderen Fällen sowie den Aufklärungspflichten aus Kap 6.2.2., stellt sich die Frage, ob es weitere Nebenleistungspflichten des GPAVer gibt. Dabei stehen zwei Fragestellungen im Vordergrund:

- Muss der GPAVer über das Zustandekommen des Vertrages hinaus auch die Interessen des Arbeitgebers an einzelnen Vertragsbestandteilen (zB Höhe des Gehaltes) fördern?
- Darf der GPAVer auch für einen anderen Arbeitgeber oder sich selbst tätig werden und in diesem Zusammenhang einen bevorstehenden Vertragsschluss des Arbeitsuchenden mit dem Arbeitgeber vereiteln?

6.2.3.a. Förderungen der Interessen des Arbeitgebers über die reine Vermittlungstätigkeit hinaus

In Österreich regelt § 3 Abs 1 öMaklerG, dass der Makler die Interessen des Auftraggebers redlich und sorgfältig zu wahren hat. Diese Regelung leitete sich ursprünglich aus dem Anspruch ab, dass der Makler gegenüber dem Auftraggeber die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns anzuwenden hat. Da aber ein Makler nicht zwingend Kaufmann sein muss, sind die Pflichten eines Gewalthabers einer Bevollmächtigung nach § 1009 öABGB als Maßstab verwandt worden.⁴²⁹ Sowohl öOGH wie auch Literatur gehen hier von einer entsprechenden Sorgfalts- bzw Treuepflicht des Maklers gegenüber dem Auftraggeber aus.⁴³⁰ Dabei konkretisiert sich die Treuepflicht

⁴²⁹ Bydlinski, S 14; Ostermayer/Schuster, S 37; Fromherz, § 3 Rz 2

⁴³⁰ öOGH, 1 Ob 209/02w; öOGH, 5 Ob 135/07z (der öOGH geht hier jeweils davon aus, dass der Makler die Stellung eines Sachverständigen nach

und das redliche und sorgfältige Handeln in der Wahrnehmung von Informations- und Aufklärungspflichten, welchen den Makler gemäß § 3 Abs 1 Satz 2 öMaklerG auch dann treffen, wenn er als Doppelmakler tätig ist. Aus dem Ansatz heraus, dass der Makler dabei wie ein Sachverständiger gemäß § 1299 öABGB zu handeln hat, wird man zB hinsichtlich der Höhe des Gehalts einen Hinweis des GPAVer an den Arbeitgeber verlangen, wenn erkennbar ist, dass die Gehaltsvorstellung eines Arbeitsuchenden sehr deutlich von marktüblichen Gehältern nach oben abweicht. Eine solche Aufklärungspflicht trifft ihn mE auch bei sonstigen ungewöhnlichen und zu Lasten des Arbeitgebers gehenden Forderungen des Arbeitsuchenden. Eine darüber hinausgehende Verpflichtung, den Vertragsabschluss einseitig im Interesse des Auftraggebers zu fördern und zB auch marktübliche Gehaltsvorstellung „nach unten zu verhandeln“, lässt sich aus der Regelung des § 3 Abs 1 öMaklerG nicht ableiten. Weder die Redlichkeit noch die Sorgfältigkeit der Maklertätigkeit gebietet mE ein solches Handeln.

Die herrschende Meinung⁴³¹ in Deutschland versucht diese Problematik durch die Lehre vom besonderen Treueverhältnis zwischen Auftraggeber (hier Arbeitgeber) und Makler (hier GPAVer) zu lösen. Laut dBGH⁴³² ist "der Makler zu treuer und gewissenhafter, dem Interesse seines Auftragsgeber entsprechender Ausführung seines Auftrages verpflichtet."

Eine solch umfassende Betreuungspflicht würde bedeuten, dass der GPAVer den Vertragsabschluß zwischen Arbeitgeber und Arbeitsuchendem so zu fördern hätte, wie dies aus Sicht

§ 1299 öABGB inne hat); öOGH, 1 Ob 234/97m; Noss, S 18 ff;
Ostermayer/Schuster, S 37

⁴³¹ dBGH, NJW 1983, S 1847 f; *Wolf* „Die Rechtsprechung des BGH zum Maklerrecht“ in WM 1985 Sonderbeilage Nr 3, S 12; *Thode* „Die Rechtsprechung des BGH zum Maklerrecht“ in WM 1989, Sonderbeilage Nr 6

⁴³² dBGH, NJW 1983, S 1847 f

des Arbeitgebers gewünscht wäre. Diese Ansicht wird von *Reuter*⁴³³ zu Recht kritisiert. Nachdem der Makler noch nicht einmal zum Tätigwerden selbst verpflichtet werden kann, wird man ihm erst recht nicht die Pflicht auferlegen können, alles zu tun, was das Interesse des Arbeitgebers fördert. *Reuter*⁴³⁴ betont dabei zu Recht, dass man vom Makler nicht erwarten könne, seinen Provisionsanspruch zu gefährden, der ja nur entsteht, wenn beide Seiten mit dem Hauptvertrag zufrieden sind und diesen abschließen, um den Auftraggeber in eine Vorteilsposition bei Verhandlungen zu bringen.

Über diese mE bereits beim „normalen“ Maklervertrag angebrachte Kritik am besonderen Treueverhältnis des Maklers hinaus, kommt im Falle der GPAV noch der öffentlich-rechtlich verankerte Schutz eines Arbeitnehmers hinzu. Aus diesem Schutzgedanken heraus leitet sich bei GPAV die besondere Stellung des GPAVer gleich einem zur Neutralität verpflichteten Doppelmakler ab.⁴³⁵ Diesem Ansatz würde es entgegenlaufen, wenn man den GPAVer zwar auf der einen Seite zur Neutralität verpflichten will, ihm auf der anderen Seite aber ein besonderes Treueverhältnis gegenüber dem Arbeitgeber auferlegen möchte, aus dem heraus er nur im Interesse des Arbeitgebers zu handeln und zB den Lohn bzw das Gehalt des Arbeitsuchenden zu „drücken“ hätte. Eine Aufklärungspflicht über Nachteile zu Lasten des Arbeitgebers wird man mE dagegen auch im deutschen Recht aus dem Treueverhältnis des Maklers gegenüber dem Auftraggeber ableiten können. Insofern sind hier mE aus Sicht des österreichischen wie des deutschen Rechts gleiche Maßstäbe anzusetzen.

Die Frage, ob der GPAVer über das Zustandekommen des Vertrages hinaus auch die Interessen des Arbeitgebers an

⁴³³ *Reuter* in Staudinger, §§ 652, 653 RdNr 182 ff

⁴³⁴ *Reuter* in Staudinger, §§ 652, 653 RdNr 182 ff

Vertragsbestandteilen (zB Höhe des Gehaltes) fördern muss, ist daher mE zu verneinen. Es treffen den GPAVV aber Treuepflichten zur Information und Aufklärung des Arbeitgebers über zu seinen Lasten gehende Besonderheiten.

6.2.3.b. Tätigwerden für einen anderen Arbeitgeber oder sich selbst und dabei Vereitelung des Vertragsabschlusses durch den GPAV

Bei der Beantwortung der Frage, ob der GPAVer auch für einen anderen Arbeitgeber oder sich selbst tätig werden darf und dabei den möglichen Vertragsabschluß des Arbeitgebers mit einem von ihm vermittelten Arbeitnehmer vereiteln darf, kommt es mE entscheidend darauf an, in welchem Stadium sich die Vertragsanbahnung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer befindet.

Wie bereits festgestellt, ist der GPAVer als Makler in seiner Entscheidung grundsätzlich frei, ob er nach Abschluss eines GPAVV mit einem Arbeitgeber auch tatsächlich tätig wird oder nicht.⁴³⁶ Auch der Arbeitgeber ist seinerseits nicht verpflichtet, das vermittelte Rechtsgeschäft abzuschließen (in Österreich sogar gesetzlich normiert in § 4 Abs 2 öMaklerG). Insofern ist der GPAVer hier von einer einseitigen positiven Entscheidung des Arbeitgebers abhängig.

Aus dieser weitgehend freien Position des GPAVers mit gleichzeitiger Abhängigkeit von der Entscheidung des Arbeitgebers auf der einen und aus der besonders schützenswerten Position des Arbeitsuchenden auf der anderen Seite, lässt sich die Frage beantworten, ob ein GPAVer generell in Bezug auf einen Arbeitsuchenden auch für einen oder

⁴³⁵ Siehe hierzu Kap 6.2.2.

⁴³⁶ Vgl auch Kap 6.2.1.

mehrere andere Arbeitgeber oder auch sich selbst tätig⁴³⁷ werden darf. Wollte man dem GPAVer verbieten, in Bezug auf einen Arbeitsuchenden auch für andere Arbeitgeber oder sich selbst tätig zu werden, würde dies die Position des Arbeitsuchenden am Arbeitsmarkt - zumindest in Bezug auf diesen GPAVer - schwächen, da der GPAVer dem Arbeitsuchenden dann keine weiteren, unter Umständen geeigneteren und besser bezahlten Stellen mehr vermitteln könnte. Dies wirkt sich für den Arbeitsuchenden umso fataler aus, als dass es dem Arbeitgeber wie erwähnt vollkommen freisteht, ob er einen Arbeitsvertrag mit dem vermittelten Arbeitsuchenden abschließt oder nicht. Das schützenswerte Interesse des Arbeitsuchenden an einer geeigneten Arbeitsstelle ohne Zugangsbeschränkungen zum Vermittlungsmarkt (und sei es auch nur in Bezug auf diesen einen GPAVer) muss daher mE dem Interesse des Arbeitgebers, an einer - zumindest in Bezug auf diesen GPAVer - alleinigen Option auf den Arbeitsuchenden, vorgehen. Dies muss mE in jedem Fall solange gelten, wie die Vertragsverhandlungen zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer noch nicht in eine abschließende Phase getreten sind (siehe unten).

Auch aus der Tatsache, dass in Österreich nach § 5 Abs 2 öAMFG die Vermittlungsvergütung des GPAVers nur vom Arbeitgeber verlangt werden kann, ist mE kein anderes Ergebnis herzuleiten. Ansonsten würde durch eine zum Schutz des Arbeitsuchenden geschaffene Regelung eine Belastung für diesen entstehen, da der Arbeitsuchende dann durch die Einschränkungen für den GPAVer ihm alternative Stellen anzubieten, belastet würde. Insoweit darf ein GPAVer mE in Bezug auf einen Arbeitsuchenden grundsätzlich - bis zur

⁴³⁷ Dies ist in solchen Fällen denkbar, in denen der GPAVer selbst einen Arbeitnehmer sucht.

abschließenden Phase der Vertragsverhandlungen zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitsuchenden - auch für mehrere Arbeitgeber und für sich selbst tätig werden und somit auch durch weitere Vertragsangebote einen Vertragsschluss mit dem Arbeitgeber ggf verhindern.

Der GPAVer ist dann aber verpflichtet, dies dem Arbeitgeber mitzuteilen, damit dieser sich in seinem Verhalten darauf einstellen kann, dass der Arbeitsuchende seine Arbeit uU bei einem anderen Unternehmen oder beim GPAVer selbst aufnehmen wird. Dies lässt sich aus den oben bereits erwähnten Treue- und Informationspflichten und insbesondere aus § 3 Abs 3 öMaklerG ableiten.

Anders ist die Problematik mE dann zu lösen, wenn die Vertragsverhandlungen zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitsuchenden bereits in eine abschließende Phase getreten sind. Eine solche abschließende Phase der Vertragsverhandlungen liegt dann vor, wenn Arbeitgeber und Arbeitsuchender sich grundsätzlich geeinigt haben, ein Vertragsverhältnis miteinander einzugehen zu wollen⁴³⁸ und beide nur noch über die konkreten Details des Vertrages (zB Einzelheiten der Vergütung, Nebenleistungen etc) verhandeln. Vom GPAVer wird man verlangen können, dass er sich beim Arbeitgeber oder Arbeitsuchenden darüber informiert, ob eine solche abschließende Phase der Vertragsverhandlungen bereits erreicht ist. Er muss hierzu beim Arbeitgeber oder Arbeitsuchenden nachfragen inwieweit sich die Parteien bereits geeinigt haben.

In einem solchen Fall ist eine Pflicht des GPAVers zum Schutz der Interessen des Arbeitgebers an einem Vertragsschluss mit dem Arbeitsuchenden zu bejahen. Der Arbeitgeber hat ggf

⁴³⁸ Ein Indiz hierfür ist zB dann gegeben, wenn beide weitere Bemühungen um einen Mitarbeiter bzw eine Stelle eingestellt haben.

anderen Bewerbern bereits abgesagt oder Vorbereitungsmaßnahmen für den Stellenantritt des Arbeitsuchenden getroffen. Obwohl er auch zu diesem Zeitpunkt noch das generelle Risiko tragen muss, dass der Vertrag nicht zustande kommt, kann er dennoch vom GPAVer verlangen, dass dieser das Risiko nicht noch vergrößert und die Verhandlungen vereitelt.

Auch für den Arbeitsuchenden ist in dieser abschließenden Phase die Aussicht auf die - von ihm selbst gewählte Arbeitsstelle - so groß, dass sein Interesse an weiteren Stellenangeboten durch den GPAVer nicht mehr vor die Interessen des Arbeitgebers gestellt werden muss.

Dies gilt allerdings nur, solange die Verhandlungen sich tatsächlich in einer aussichtsreichen, abschließenden Phase befinden. Sind sie dagegen - auch nur vorübergehend - gescheitert⁴³⁹, weil sich die Vertragsparteien nicht über alle Punkte einigen konnten, so darf auch der GPAVer dem Arbeitsuchenden wieder weitere Stellenangebote unterbreiten.

Zusammenfassend kann man also feststellen, dass ein GPAVer sehr wohl auch für andere Arbeitgeber oder sich selbst tätig werden darf. Er muss dies aber dem Arbeitgeber mitteilen, damit dieser sich bei seinen Vorbereitungen einer Stellenbesetzung hierauf einstellen kann. Sind konkrete Vertragsverhandlungen zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitsuchenden bereits in eine abschließende Phase getreten, so befindet sich der Arbeitgeber in einer besonders schützenswerten Position, in welche der GPAVer nicht mehr eingreifen darf, solange die Verhandlungen nicht (ggf auch nur vorübergehend) gescheitert sind.

⁴³⁹ Dies kann sich zB dadurch äußern, dass der Arbeitgeber den GPAVer auffordert, nach weiteren Kandidaten für diese Position zu suchen.

6.3. LEISTUNGSPFLICHTEN DES ARBEITGEBERS

In den nachfolgenden Abschnitten sollen die Haupt- und Nebenleistungspflichten dargestellt werden, die sich für den Arbeitgeber aus dem Abschluss eines GPAVVs gegenüber dem GPAVer ergeben.

6.3.1. Hauptleistungspflichten des Arbeitgebers

Ebenso wie bei den Hauptleistungspflichten des GPAVers sind auch die Hauptleistungspflichten des Arbeitgebers im deutschen wie im österreichischen Recht aus dem Maklerrecht der §§ 652 ff dBGB bzw des öMaklerG abzuleiten.

6.3.1.a. Pflicht des Arbeitgebers zur Zahlung der Vermittlungsprovision an den GPAVer

§ 652 Abs 1 dBGB bzw § 6 Abs 1 öMaklerG nennen als primäre die Pflicht des Auftraggebers (also des Arbeitgebers einer GPAV) die Pflicht zur Zahlung des Maklerlohns bzw der Provision an den Makler (also den GPAVer).

§ 652 Abs 1 dBGB macht dabei den Anspruch des GPAVers auf Zahlung eines Maklerlohns von zwei Voraussetzungen abhängig. Zum einen muss gemäß § 652 Abs 1 dBGB zwischen dem Nachweis bzw der Vermittlung des GPAVers und dem Zustandekommen des Arbeitsverhältnisses eine Kausalität vorliegen.⁴⁴⁰ Zum anderen hält § 652 Abs 2 dBGB fest, dass in dem Fall, in dem neben der Kausalität noch eine weitere, aufschiebende Bedingung⁴⁴¹ Vertragsinhalt zwischen GPAVer

⁴⁴⁰ Zur Problematik der Nachweis- bzw. Vermittlungsmaklertätigkeit sowie zum Erfordernis der Kausalität vgl Kap 6.2.1.

⁴⁴¹ Beispielsweise bei einem Hauskauf nicht der abgeschlossene Kaufvertrag, sondern die Eintragung des neuen Eigentümers im Grundbuch.

und Arbeitgeber gewesen ist, der Anspruch des GPAVers und somit die Pflicht des Arbeitgebers zur Zahlung eines Maklerlohnes erst mit Eintritt dieser aufschiebenden Bedingung verlangt werden kann. Inwieweit eine zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbarte Probezeit eine aufschiebende Bedingung nach § 652 Abs 1 Satz 2 dBGB darstellt, wurde in Kap 6.1.3. untersucht.

Auch das österreichische Maklerrecht verlangt in § 6 Abs 1 öMaklerG eine Kausalität zwischen der vertraglichen und verdienstlichen Vermittlungstätigkeit des GPAVer und dem Vertragsabschluss mit dem Arbeitgeber als Dritten iSd § 6 Abs 1 öMaklerG. Eine Provision des GPAVers setzt demnach einen GPAVV mit dem Arbeitgeber voraus⁴⁴² sowie eine verdienstliche Tätigkeit des GPAVers.⁴⁴³ Ein Vertragsverhältnis zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer muss tatsächlich zustande gekommen sein und die Tätigkeit des GPAVers darf für diesen Vertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht völlig inadäquat gewesen sein. Zudem muss das vermittelte Rechtsgeschäft, also der Arbeitsvertrag, auch tatsächlich durchgeführt worden sein.⁴⁴⁴ Tritt der Arbeitnehmer zB vom Arbeitsvertrag noch vor Antritt seiner Tätigkeit zurück, so entfällt der Provisionsanspruch des GPAVers.

Beim Arbeitsverhältnis handelt es sich aber um ein Dauerschuldverhältnis, welches durch Kündigung oder einvernehmliche Auflösung beendet werden kann. Durch eine solche Kündigung oder Auflösung nach Aufnahme seiner Tätigkeit durch den Arbeitnehmer wird der Provisionsanspruch des GPAVers nicht hinfällig, da mit dem Antritt der Tätigkeit des

⁴⁴² Für dessen Zustandekommen siehe Ausführungen in Kap 6.1.1.

⁴⁴³ Erläuterungen zur Voraussetzung einer Verdienstlichkeit finden sich in Kap 6.2.1.

⁴⁴⁴ Die genannten Voraussetzungen finden sich so auch in der maklerrechtlichen Literatur bei *Bydlinski*, S 22 ff, *Noss*, S 22 ff, *Ostermayer/Schuster*, S 48 ff, *Fromherz*, § 7 Rz 1

Arbeitnehmers eine Ausführung des Vertrages iSd § 7 Abs 2 öMaklerG bereits eingetreten ist.

Eine dem deutschen § 652 Abs 1 Satz 2 dBGB vergleichbare ausdrückliche Regelung zum Eintritt einer aufschiebenden Bedingung für den Provisionsanspruch gibt es im öMaklerG nicht. Allerdings gilt der Grundsatz, wonach ein Provisionsanspruch erst mit dem Eintritt einer solchen Bedingung ausgelöst wird, auch im österreichischen Recht, es sei denn, der Vertrag wird vom Arbeitgeber vor Bedingungseintritt aufgelöst und der GPAVer kann nachweisen, dass die Bedingung ohne die Auflösung eingetreten wäre.⁴⁴⁵

Hinsichtlich der Höhe einer vereinbarten Provision herrscht zwischen GPAVer und Arbeitgeber grundsätzlich Vertragsfreiheit, so dass die Höhe des Maklerlohnes zwischen den Parteien frei vereinbart werden kann. Die Einschränkung des § 296 dSGB III, bei der die Höhe einer Provision auf die Höhe eines Vermittlungsgutscheins der Bundesagentur für Arbeit beschränkt ist, gilt nur in Bezug auf eine (in Österreich unzulässige) Provision des GPAVer vom Arbeitnehmer⁴⁴⁶, nicht dagegen zwischen GPAVer und Arbeitgeber. Somit ist die Höhe einer vertraglich vereinbarten Provision nicht beschränkt, sondern obliegt ausschließlich dem gemeinsamen Willen zwischen GPAVer und Arbeitgeber.

6.3.1.b. Höhe der zu zahlenden Vermittlungsprovision bei fehlender ausdrücklicher Vereinbarung zwischen GPAVer und Arbeitgeber

Fraglich ist nun, ob und falls ja, in welcher Höhe eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Zahlung eines Maklerlohnes

⁴⁴⁵ So auch Noss, S 23 f; Fromherz, § 7 Rz 95 f; öOGH, 2 Ob 610/97

⁴⁴⁶ Vgl Kap 2.3.3.

an den GPAVer entsteht, wenn dies nicht ausdrücklich vereinbart wurde. Hierbei sind zwei Fälle zu unterscheiden:

- Es wurde kein Maklerlohn ausdrücklich vereinbart, weil der Arbeitgeber die Zahlung (oder die Höhe) eines solchen von vornherein abgelehnt hat.
- Es wurde kein Maklerlohn vereinbart, ohne dass eine grundsätzliche Ablehnung des Arbeitgebers zu erkennen gewesen ist.

Im ersten Fall ist zwischen dem GPAVer und dem Arbeitgeber überhaupt kein GPAVV zustande gekommen. Es fehlte an zwei sich deckenden Willenserklärungen iSd §§ 145 f dBGB bzw § 861 öABGB. Der Arbeitgeber hat in diesem Fall vielmehr zum Ausdruck gebracht, dass er keinen GPAVV mit dem GPAV auf Basis von dessen Angebot abschließen will. Es liegt somit ein offener Einigungsmangel vor. Dies gilt sowohl für den Fall, dass der Arbeitgeber die Zahlung eines Maklerlohnes gänzlich wie auch in der geforderten Höhe ablehnt.⁴⁴⁷ Drängt der GPAVer dem Arbeitgeber dennoch seine Leistung auf, indem er dem Arbeitgeber zB in einem Schreiben Namen und Anschrift eines Arbeitsuchenden mitteilt, so begründet dies keinen Anspruch auf Zahlung eines Maklerlohnes, selbst wenn der Arbeitgeber aufgrund dieser Information Kontakt mit dem Arbeitsuchenden aufnimmt und einen Arbeitsvertrag mit ihm abschließt. Aus der Kontaktaufnahme des Arbeitgebers kann man nur ein Interesse an einer Verbindung mit dem Arbeitsuchenden, nicht aber die stillschweigende Annahme eines GPAVV herleiten. Eine vertragsgemäße Vermittlung iSd § 6 Abs 1 öMaklerG liegt somit nicht vor.

Anders sieht dies in jenen Fällen aus, in denen aus dem Verhalten des Arbeitgebers nicht der Schluss gezogen werden

kann, dass er einen Vertragsschluss mit Provisionspflicht oder eine bestimmte Provisionshöhe ablehnt, sondern wenn er die Tätigkeiten des GPAVers in Anspruch nimmt, ohne dass er sich mit diesem über die Höhe einer Provision geeinigt hat.

Hier greift im deutschen Recht die Regelung des § 653 Abs 1 dBGB ein. Danach gilt ein Maklerlohn immer dann als stillschweigend vereinbart, wenn die Leistung des GPAVers nach den Umständen nur gegen Zahlung einer Vergütung zu erwarten ist. Dies ist bei der Inanspruchnahme eines GPAVers grundsätzlich immer der Fall, wenn für den Arbeitgeber erkennbar war, dass es sich bei seinem "Gegenüber" um einen GPAVer handelt. Regelmäßig muss der Arbeitgeber davon ausgehen, dass - wie der Begriff des "gewerblichen" Vermittlers schon sagt - dieser nur gegen eine Vergütung aktiv wird. Ausnahmen hiervon sind nur in besonderen Einzelfällen denkbar, wenn der Arbeitgeber Umstände geltend machen kann, die ihn - trotz seiner Kenntnis um die Gewerblichkeit des Handelns des GPAVers - ein Tätigwerden ohne eine Vergütung erwarten ließen. Dies könnte zB dann der Fall sein, wenn der GPAVer dem Arbeitgeber erläutert, dass es sich beim zu vermittelten Arbeitnehmer um einen persönlichen Freund oder Verwandten handelt und der Arbeitgeber mangels klarer Provisionsforderung des GPAVers annimmt, der GPAVer handle nicht aus Provisionsinteresse, sondern um einem Freund/Verwandten zu helfen. Solche Zweifel gehen dann zu Lasten des GPAVers, der im Zweifel seinen Provisionsanspruch im Vorfeld klar formulieren muss.

Das österreichische Recht kennt dagegen eine § 653 Abs 1 dBGB vergleichbare gesetzliche Regelung nicht. Dennoch kann man auch in Österreich davon ausgehen, dass der stillschweigende bzw konkludente Abschluss eines Maklervertrags möglich ist, wenn dies den Umständen

⁴⁴⁷ So auch *Reuter* in Staudinger, § 652 RdNr 157

entsprechend erwartet werden kann. Rechtsprechung und herrschende Lehre gehen dabei davon aus, dass ein konkludenter Vertragsschluss dann gegeben ist, wenn sich der Arbeitgeber der Tätigkeit des GPAVer „nutzbringend bedient“ oder diese zumindest ohne Widerspruch „duldet“, in der Kenntnis, dass es sich hierbei um eine „provisionspflichtige Tätigkeit“ handelt.⁴⁴⁸ Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Arbeitgeber ein gemeinsames Vorgehen mit dem GPAVer bespricht oder sonst dem GPAVer zu erkennen gibt, dass er eine provisionspflichtige Tätigkeit in Anspruch nehmen will. Problematisch ist mE die Tatsache, dass auch ein bloßes Dulden einer Vermittlungstätigkeit einen konkludenten Vertragsabschluss auslösen soll, wenn der Auftraggeber nicht ausdrücklich widerspricht. Hier kommt man zu nahe an den Bereich, in dem ein GPAVer eine nicht gewünschte Leistung aufdrängen kann und mit einem solchen Verhalten Erfolg hat, nur weil der Auftraggeber dem unaufgeforderten Angebot nicht widersprochen hat. Nach meiner Ansicht muss hier die Grenze eines konkludenten Vertragsschlusses eng gezogen werden. Es müssen mE Umstände vorliegen, die für den GPAVer einen Vertragsschluss nahe legen, zum Beispiel, weil er bereits in einer Geschäftsbeziehung mit dem Arbeitgeber steht bzw der Erstkontakt vom Arbeitgeber ausging und der GPAVer daraus einen Widerspruch erwarten kann. Existiert zwischen GPAVer und Arbeitgeber dagegen keine solche oder ähnliche Beziehung und verschickt der GPAVer Vermittlungsangebote quasi „ins Blaue hinein“, so muss er nicht erwarten, vom Arbeitgeber eine Reaktion darauf zu erhalten. In einem solchen Fall ist mE ein konkludenter Vertragsschluss abzulehnen, auch wenn der Arbeitgeber die Information nutzt, die ihm

⁴⁴⁸ *Bydlinski*, S 8 ff, *Ostermayer/Schuster*, S 55 f, *Fromherz*, § 1 Rz 41 ff; öOGH, 5 Ob 120/03p; öOGH 09.03.2006, 6 Ob 25/06d; öOGH, 6 Ob 71/07w

unaufgefordert von einem GPAVer, zu dem er in keiner Geschäftsbeziehung steht, zugeht.

Fraglich ist, welche Höhe im Falle einer stillschweigenden bzw. konkludenten Vereinbarung als vereinbart anzusehen ist. Hierfür sind § 653 Abs 2 dBGB bzw § 8 Abs 1 öMaklerG die einschlägigen Vorschriften.

Vor deren Anwendung ist allerdings zunächst der Frage nachzugehen, ob sich die Höhe der Vergütung nicht stillschweigend aus dem mutmaßlichen Willen der Vertragsparteien (§§ 157, 242 dBGB bzw § 863 öABGB) ableiten lässt. Dabei ist entscheidend, dass ein solcher mutmaßlicher Wille bei beiden Vertragsparteien übereinstimmend vorhanden war. Es genügt also nicht, wenn eine Partei davon ausgegangen ist, dass sich die Vergütung des GPAVers zB entsprechend früheren, anderen Vereinbarungen zwischen den Parteien bemisst. Vielmehr muss bei beiden Seiten der mutmaßliche Wille einer solchen Regelung vorhanden gewesen sein.

Führt diese Vertragsauslegung zu keinem übereinstimmenden mutmaßlichen Willen beider Parteien, sind § 653 Abs 2 dBGB bzw § 8 Abs 1 öMaklerG heranzuziehen. § 653 Abs 2 dBGB stellt entgegen § 8 öMaklerG zunächst ausdrücklich auf einen taxmäßigen Lohn ab. Da ein solcher aber derzeit im Bereich der GPAV nicht existiert, greift die deutsche Regelung des § 653 Abs 2 2. Alternative dBGB bezüglich des üblichen Lohns (dh der nach Art der Tätigkeit und Gegend entsprechend allgemeiner Verkehrsanschauung übliche Vergütungssatz⁴⁴⁹), welche mit der österreichischen Regelung des § 8 Abs 1 Satz 1 öMaklerG zur ortsüblichen Provision übereinstimmt. Aufgrund der unterschiedlichen regionalen Verbreitung und noch nicht so ausgeprägten Intensität von GPAV, kann sich eine Ermittlung der üblichen Vergütung, anders als zB bei Immobilienmaklern,

schwierig darstellen. Unter Umständen wird man allenfalls eine Spannbreite anstelle eines festen Wertes der üblichen Vergütung ermitteln können. Fraglich ist aber, wer innerhalb einer solchen Spannbreite das Recht hat, die konkrete Vergütung festzulegen.

§ 8 Abs 1 Satz 2 öMaklerG enthält hier eine gesetzliche Regelung, wonach eine angemessene Provision zu entrichten ist. Können sich Arbeitgeber und GPAVer auf eine angemessene Höhe nicht einigen, so ist entsprechend dem Grundsatz aus § 273 Abs 1 Satz 1 ZPO diese im Streitfall vom Richter festzulegen. Eine Regelung, nach welcher einer der beiden Parteien diese festlegen kann existiert dagegen nicht.⁴⁵⁰

Im deutschen Recht könnte man mangels spezialgesetzlicher Regelung auf den Gedanken kommen, die Regelungen der §§ 315, 316 dBGB anwenden zu wollen, wonach der Gläubiger einer unbestimmten Gegenleistung das Recht hat, diese zu bestimmen. Somit hätte innerhalb der oben erwähnten Spannbreite der GPAVer das Recht hätte, die Vergütung zu bestimmen. Aus der Einordnung des Makler- und damit auch des GPAV-Vertrages als nicht vollständig gegenseitigem Vertrag (keine Pflicht zum Tätigwerden des Maklers) könnte man aber eine Anwendung der §§ 315, 316 dBGB aufgrund ihrer Stellung im Gesetz ablehnen und annehmen, diese Vorschriften seien ausschließlich auf „echte“ gegenseitige Verträge anwendbar.⁴⁵¹ Die höchstrichterliche Rechtsprechung wie auch *Vollkommer*⁴⁵² wollen dagegen die Anwendung der §§ 315, 316 dBGB nicht ausschließen. Vielmehr sollen diese - mE zu Recht - auch auf die Vorschriften des Maklervertrages anwendbar sein, wenn der Makler Gläubiger einer Gegenleistung des Auftraggebers geworden ist. In diesem

⁴⁴⁹ Vgl auch *Sprau* in Palandt § 653, RdNr 4

⁴⁵⁰ *Bydlinski*, S 32; *Ostermayer/Schuster*, S 63 f

⁴⁵¹ So *Ballhaus* in BGB-RGRK, § 316, RdNr 1 ff

Moment befindet sich der Makler in derselben tatsächlichen Position wie der Gläubiger einer Gegenleistung aus einem gegenseitigen Vertrag. Der GPAVer könnte damit - als Gläubiger der Gegenleistung - diese nach den Vorschriften der §§ 315, 316 dBGB festlegen. Eine Anwendung der §§ 315, 316 dBGB noch vor einer Bestimmung der Vergütung nach § 653 Abs 2 BGB kommt allerdings nicht in Betracht, da es sich bei § 653 Abs 2 dBGB gegenüber den allgemeinen Vorschriften der §§ 315, 316 dBGB um die speziellere Regelung handelt.⁴⁵³

Wesentlicher Unterschied zwischen dem deutschen und österreichischen Recht ist also, dass bei einer schwer bestimmbaren ortsüblichen Provision die Höhe der geschuldeten Provision im deutschen Recht im angemessenen Rahmen vom GPAVer selbst, im österreichischen Recht dagegen vom Richter (im Streitfall) festgelegt wird.

6.3.1.c. Möglichkeit und Grenzen einer Abänderung der gesetzlichen Vergütungsregelungen durch Individualabrede

Wie bereits oben erwähnt, steht die Vergütungsverpflichtung des Arbeitgebers gegenüber dem GPAVer unter der Bedingung der Kausalität zwischen Vermittlungsleistung des GPAVers und Abschluss des Arbeitsvertrages. Fraglich ist nun, ob von diesem Grundsatz durch Individualabrede der Parteien abgewichen werden und zB auch eine erfolgsunabhängige Vergütung vereinbart werden kann.

Im österreichischen Recht ist dies gesetzlich in § 15 öMaklerG geregelt. Danach ist bis zur Höhe der vereinbarten oder ortsüblichen Provision auch eine erfolgsunabhängige Vergütung per Individualabrede zulässig, aber nur dann, wenn sie für den

⁴⁵² dBGH, dBGHZ 1994, S 98 ff; *Vollkommer* „Zur Höhe der Maklerprovision“ in JZ 1985, S 879 ff

Fall getroffen wird, dass einer der in § 15 Abs 1 Nr 1 bis 4 öMaklerG ausdrücklich und abschließend⁴⁵⁴ genannten Tatbestände vorliegt (zB Vereitelung des Zustandekommens des vermittelten Geschäfts durch den Auftraggeber wider Treu und Glauben). Außerhalb dieser Tatbestände können GPAVer und Arbeitgeber eine erfolgsunabhängige Vergütung im österreichischen Recht nicht vereinbaren.

Im deutschen Recht, ist die Vereinbarung einer erfolgsunabhängigen Vergütung durch Individualabrede und somit ein Abweichen vom Grundsatz des § 652 Abs 1 Satz 1 dBGB grundsätzlich ebenfalls möglich. Im Gegensatz zum österreichischen Recht existieren auch keine festgelegten Tatbestände für die Zulässigkeit einer solchen Individualabrede. Vereinbaren der GPAVer und der Arbeitgeber also eine Vergütung unabhängig davon, ob ein Arbeitsvertrag tatsächlich zustande kommt oder nicht, so ist dies in Deutschland zunächst uneingeschränkt zulässig. Ebenso zulässig wären umgekehrt auch Individualvereinbarungen der Vertragsparteien, nach denen der GPAVer zusätzliche Leistungen zu den gesetzlich geregelten Leistungen erbringen muss, um seinen Vergütungsanspruch entstehen zu lassen.

Begrenzt wird die Möglichkeit von Individualvereinbarungen aber durch die Bestimmung über eine Sittenwidrigkeit nach § 138 dBGB. Man wird eine Individualabrede zur Zahlung einer erfolgsunabhängigen Vergütung mE dann als sittenwidrig bezeichnen können, wenn die Leistungen des GPAVers in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung (der erfolgsunabhängigen Vergütung) stehen. Aus der Besonderheit des auf den GPAVV anwendbaren Maklerrechts ergibt sich, dass auf Seiten des GPAVers keine Verpflichtung zum

⁴⁵³ So auch *Vollkommer* in JZ, 1985, S 879 ff

⁴⁵⁴ Weitere Tatbestände kennt § 15 Abs 2 öMaklerG für den Sonderfall des Alleinvermittlungsauftrags zwischen Auftraggeber und Makler

Tätigwerden besteht.⁴⁵⁵ In einem solchen Fall (wie auch im Falle einer äußerst geringen Tätigkeit des GPAVers, die sich reine Vorbereitungshandlungen beschränkt⁴⁵⁶) wird man nach § 138 dBGB eine Sittenwidrigkeit der erfolgsunabhängigen Vergütungsvereinbarung bejahen müssen. Hier stehen zum einen Leistung und Gegenleistung in krassem Missverhältnis zueinander (im Falle, dass der GPAVer nicht tätig wurde, würde sogar eine Gegenleistung ganz ohne Leistung verlangt), zum anderen ist das Verhalten eines GPAVers, der in Kenntnis dieses Missverhältnisses eine Vergütung verlangt, subjektiv ein verwerfliches Handeln zu betrachten.⁴⁵⁷

Problematisch ist dabei aber die Frage, welche Intensität die Vermittlungstätigkeit des GPAVers haben muss, um die Forderung einer erfolgsunabhängigen Vergütung nicht als sittenwidrig einstufen zu müssen. Der dBGH⁴⁵⁸ setzt voraus, dass der Makler (im konkreten Fall handelte es sich um einen Heiratsvermittler) alles getan haben muss, "um mit hoher Wahrscheinlichkeit einen Erfolg herbeizuführen."⁴⁵⁹ Diese Erwartungshaltung geht mE zu weit. Das Besondere an Makler- und damit auch GPAV-Verträgen ist gerade, dass der Erfolgseintritt in den Händen des Vertragsgegners (also des Arbeitgebers) sowie eines Dritten (des Arbeitsuchenden) liegt und von diesen jederzeit zulässigerweise vereitelt werden kann. Somit kann man von einer hohen Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts - wie vom dBGH gefordert - so gut wie nie sprechen. Als ausreichende Tätigkeit des GPAVers für einen Bestand einer erfolgsunabhängigen Vergütung durch Individulabrede muss vielmehr das ausreichen, was der

⁴⁵⁵ Siehe auch Kap 6.2.1.

⁴⁵⁶ Wenn zB der GPAVer sich lediglich einen Text für eine Stellenanzeige in der Zeitung überlegt hat, ohne diesen an die Zeitung weitergegeben oder sonst Vermittlungsmassnahmen eingeleitet zu haben.

⁴⁵⁷ Vgl *Heinrichs* in Palandt, § 138 RdNr 34a; *Krüger-Nieland/Zöller* in BGB-RGRK, § 138 RdNr 46 ff

⁴⁵⁸ dBGH, dBGHZ 87, S 309 ff

⁴⁵⁹ dBGH, dBGHZ 87, S 309 ff

Arbeitgeber als typische Tätigkeiten eines GPAVers nach allgemeiner Verkehrsanschauung erwarten kann (zB Aufgeben von Inseraten, Vorstellen von Bewerbern aus der Datei, Gespräche mit Arbeitsuchendem etc).⁴⁶⁰ Hat der GPAVer diese Tätigkeiten ausgeführt, so ist eine durch Individualabrede vereinbarte, erfolgsunabhängige Vergütung regelmäßig nicht als sittenwidrig iSd § 138 BGB anzusehen.

Sowohl in Österreich wie auch in Deutschland sind Individualabreden zwischen GPAVer und Arbeitgeber über erfolgsunabhängige Vergütungen somit zulässig, allerdings in Österreich nur in den engen Grenzen der Tatbestände des § 15 Abs 1 öMaklerG, in Deutschland dagegen nur durch die Sittenwidrigkeitsregelung des § 138 dBGB eingeschränkt.

⁴⁶⁰ Zur solchen Individualabreden vgl auch *Reuter* in Staudinger, § 652 RdNr 218 ff

6.3.2. Nebenleistungspflichten des Arbeitgebers

Im Folgenden wird untersucht, welche Nebenleistungspflichten den Arbeitgeber aus dem GPAVV treffen. Hierbei kommen mehrere mögliche Nebenleistungspflichten in Betracht.

Eine erste vorstellbare Nebenleistungspflicht könnte eine Pflicht des Arbeitgebers zum Ersatz von Aufwendungen des GPAVers sein, die von der Zahlung einer erfolgsunabhängigen Vergütung⁴⁶¹ zu unterscheiden sind. Aufwendungen sind konkrete Auslagen, die der GPAVer zur Förderung des Erfolges, also der Vermittlung eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitsuchenden, getätigt hat. Dies bedeutet, dass diese unmittelbar durch die Vermittlungstätigkeit des GPAVers verursacht sein müssen. Ein solcher Aufwendungsersatz stellt - im Gegensatz zu einer Vergütungsleistung - keine der vertraglichen Hauptleistungspflichten des Arbeitgebers dar, sondern fällt – falls überhaupt zulässig - in den Bereich der Nebenleistungspflichten.

6.3.2.a. Zahlung eines Aufwendungsersatzes als Nebenleistungspflicht des Arbeitgebers in Österreich

Im österreichischen Recht regelt § 9 Satz 1 öMaklerG, dass ein Aufwendungsersatz vom GPAVer nicht verlangt werden kann. Eine Ausnahme hiervon sieht § 9 Satz 2 für den Fall eines zwischen GPAVer und Arbeitgeber ausdrücklich vereinbarten Zusatzaufwands des GPAVer vor. Ein solcher Zusatzaufwand kann zB die Vorgabe des Arbeitgebers sein, dass der GPAVer Stellenanzeigen in der Presse nur in einer bestimmten

⁴⁶¹ Vgl hierzu Kap 6.3.1.

Mindestgröße und farbig inserieren muss. Einen solchen vereinbarten Zusatzaufwand kann der GPAVer vom Arbeitgeber ersetzt bekommen, aber gemäß § 9 Satz 3 öMaklerG nur dann, wenn ein mit der Vermittlung angestrebte Arbeitsvertrag nicht zustande kommt.

Die Regelung des § 9 öMaklerG ist aber dispositiv, so dass von ihr durch Individualvereinbarung grundsätzlich abgewichen werden kann. Die engen Grenzen, in denen eine solche einzelvertraglich vereinbarte Abweichung erfolgen darf, zieht hier wiederum § 15 öMaklerG, der nicht nur für eine erfolgsunabhängige Vergütung, sondern auch einen Aufwendungsersatz per Individualvereinbarung sehr enge und feste Grenzen zieht.⁴⁶²

6.3.2.b. Zahlung eines Aufwendungsersatzes als Nebenleistungspflicht des Arbeitgebers in Deutschland

Einschlägige gesetzliche Regelung für einen Aufwendungsersatz des GPAVers ist im deutschen Recht § 652 Abs 2 dBGB. In § 652 Abs 2 Satz 1 dBGB wird für einen Aufwendungsersatz eine vertragliche Vereinbarung zwischen dem Arbeitgeber und dem GPAVer vorausgesetzt. Diese kann sowohl konkret zu ersetzende Aufwendungen einzeln benennen als auch festlegen, dass generell alle Aufwendungen des GPAVers zu ersetzen sind. Bei einer solchen generellen Vereinbarung sind aber nur solche Aufwendungen zu ersetzen, die der Arbeitgeber aufgrund des konkreten Vertragsverhältnisses unter Berücksichtigung der Verkehrssitte erwarten durfte. Fliegt ein GPAVer zB in die USA, um dort einen Arbeitsuchenden für eine Stelle zu treffen, für die Kandidaten auch in Deutschland zu finden wären, so müsste er dies dem Arbeitgeber mitteilen, da dieser ansonsten einen

solchen Aufwand mit entsprechenden Kosten idR nicht erwarten konnte. Von einem generellen Aufwendungsersatz streng zu unterscheiden ist dagegen die Vereinbarung einer - nicht an den Nachweis konkreter Aufwendungen gebundenen - Pauschale.⁴⁶³

Die ausdrückliche Regelung des § 652 Abs 2 Satz 1 dBGB, in dem eine Vereinbarung über einen Aufwendungsersatz vorausgesetzt wird, impliziert, dass eine solche Vereinbarung ausdrücklich, wenn auch formlos erfolgen muss. Von einer stillschweigenden Vereinbarung kann regelmäßig nicht ausgegangen werden.⁴⁶⁴

6.3.2.c. Aufwendungsersatz in den AGB des GPAVers in Deutschland

Fraglich ist, ob ein Aufwendungsersatz in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) des GPAVers festgelegt werden kann oder ob dies unzulässig wäre. In Betracht für eine Unzulässigkeit kommt dabei ein Verstoß gegen die Generalklausel des § 307 Abs 1 dBGB aufgrund einer unangemessenen Benachteiligung des Arbeitgebers. Nach § 307 Abs 2 1. Halbsatz dBGB könnte eine Aufwandersatzklausel im Zweifel eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitgebers darstellen, wenn sie "mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird" (also mit § 652 Abs 2 BGB) "nicht zu vereinbaren ist."

⁴⁶² Vgl hierzu obige Ausführungen am Ende von Kap 6.3.1.

⁴⁶³ Siehe unten

⁴⁶⁴ Ausnahmen hiervon sind allenfalls denkbar, wenn zB zwischen GPAVer und Arbeitgeber eine dauerhafte Vertragsbeziehung besteht, bei der bislang immer ein Aufwendungsersatz vereinbart war und bei der Vermittlungsaufträge ohne Formalitäten vergeben werden (zB durch kurzen Telefonanruf). Erhält der GPAVer dann einen solchen erneuten Auftrag, so können beide Seiten davon ausgehen, dass auch dieser Auftrag auf

Der dBGH⁴⁶⁵ hält die Verwendung einer Aufwandsersatzklausel innerhalb von AGB des GPAVers grundsätzlich für möglich, sofern es sich um konkrete Aufwendungen und nicht um die Vereinbarung einer Pauschale handelt. Das Urteil folgt damit konsequenterweise der Erkenntnis, dass es sich beim Maklervertrag um eine besondere Form des Geschäftsbesorgungsvertrages nach § 675 dBGB handelt. Aus den Vorschriften des § 675 iVm § 670 dBGB kann man erkennen, dass ein Aufwandsersatz zum Wesen eines Geschäftsbesorgungsvertrages gehört, so dass § 652 Abs 2 dBGB nur eine, dieses Wesen einschränkende Vorschrift darstellt. Da sich der Maklervertrag aus der Geschäftsbesorgung ableitet, liegt bei einer Aufwandsersatzregelung innerhalb der AGB mE auch keine mit den Grundsätzen des Maklerrechts nicht zu vereinbarende Klausel vor. Es handelt sich hierbei vielmehr um eine Rückkehr zum eigentlichen Wesen des Maklerrechts.⁴⁶⁶ Die Vereinbarung eines Aufwandsersatzes über die AGB des GPAVers verstößt daher mE nicht gegen § 307 Abs 1 dBGB.

Allerdings werden Aufwandsersatzvereinbarungen in den AGB des GPAVers mE dennoch nicht Vertragsbestandteil des GPAVV. Dies ergibt sich aus § 305 c dBGB, der den einen Vertragspartner vor überraschenden Klauseln in den AGB des anderen Vertragspartners schützen will. Der Arbeitgeber muss aufgrund der gesetzlichen Regelung des § 652 Abs 2 dBGB nicht damit rechnen, dass in den AGB des GPAVers eine Aufwandsersatzklausel erscheint. Er kann aufgrund § 652 Abs 2 AGB davon ausgehen, dass diese nicht generell üblich ist, sondern einer ausdrücklichen Vereinbarung bedarf. Die Aufnahme einer solchen gesetzlich geforderten ausdrücklichen

derselben Grundlage wie die vorhergehenden Vermittlungen abgewickelt werden soll.

⁴⁶⁵ dBGH, WM 1987, S 471

⁴⁶⁶ Ähnlich auch *Reuter* in Staudinger, § 652 RdNr 223

Vereinbarung in den AGB des GPAVers ist daher aus Sicht des Arbeitgebers als ungewöhnlich und somit überraschend anzusehen. Insoweit stellt die Aufnahme des Aufwendungsersatzes in die AGB des GPAVers eine überraschende Klausel iSd § 307 dBGB dar und wird somit nicht Vertragsbestandteil.

6.3.2.d. Notwendigkeit einer Kausalität zwischen einem Aufwendungsersatz zugunsten des GPAVers und einem Arbeitsvertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitsuchenden im deutschen Recht

Kausalität muss nur zwischen der getätigten Aufwendung und der Vermittlungstätigkeit des GPAVers vorliegen. Ein Vertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitsuchenden muss dagegen nicht abgeschlossen sein. Dies geht aus dem Sinn des § 652 Abs 2 Satz 2 BGB hervor. Dieser hält eine Verpflichtung zur Leistung von Aufwendungsersatz durch den Arbeitgeber auch dann für gegeben, wenn ein Vertrag zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitsuchenden nicht zustande gekommen ist.

In dieser Regelung ist zudem enthalten, dass auch dann ein -vertraglich vereinbarter - Aufwendungsersatz zu leisten ist, wenn die Aufwendungen durch die Vermittlungstätigkeit des GPAVers verursacht wurden, im Ergebnis aber kein Vertrag mit dem Arbeitsuchenden zustande gekommen ist, auf dessen Vermittlung sich die Aufwendungen bezogen haben, sondern mit einem anderen Arbeitsuchenden. Führt ein GPAVer zB Gespräche mit dem Arbeitsuchenden A und dem Arbeitsuchenden B für einen Arbeitgeber und hat der GPAVer dazu den Arbeitsuchenden A an seinem Wohnort aufgesucht, wodurch ihm Hotelkosten entstanden sind, so muss der Arbeitgeber diese Kosten (sofern ein Aufwendungsersatz vereinbart wurde) auch dann ersetzen, wenn er letztlich nicht

mit dem Arbeitsuchenden A, sondern mit dem Arbeitsuchenden B einen Arbeitsvertrag abschließt.

6.3.2.e. Zulässigkeit eines pauschalen Aufwendungsersatzes im deutschen Recht

Bei einem Aufwendungsersatz obliegt es dem GPAVer, jeden Aufwendungsposten einzeln nachzuweisen. Dabei will die hM⁴⁶⁷ prozentuale Pauschalvereinbarungen, wie sie in anderen Wirtschaftsbereichen (zB bei Unternehmensberatungen, Detekteien etc) üblich sind, prinzipiell nicht zulassen, da solche pauschalen Regelungen dem Wesen des Maklervertrags, bei dem gerade eine erfolgsabhängige Leistung geschuldet ist, entgegenlaufen. Allenfalls ein „mäßiger“ (also den typischen Auslagen wie Schreibgebühren, Porto etc entsprechender) „Höchstbetrag“ soll nach Ansicht des dBGH⁴⁶⁸ zulässig sein. Diese Restriktion ist aufgrund der Besonderheiten des GPAVV mE richtig. Nachdem auf Seiten des GPAVers regelmäßig keine Pflicht zum Tätigwerden besteht, würde man den Arbeitgeber in einen unverhältnismäßigen Nachteil versetzen, wenn man ihm zur Zahlung eines pauschalen Aufwendungsersatzes verpflichten wollte, obwohl der GPAVer keinerlei tatsächliche Vermittlungsleistungen erbracht hat.

Während in Österreich also ein Aufwendungsersatz grundsätzlich (mit Ausnahme von Zusatzaufträgen) gemäß § 9 öMaklerG unzulässig ist und von dieser Regelung per Individualabrede nur in den engen Grenzen des § 15 öMaklerG abgewichen werden kann, lässt § 652 Abs 2 dBGB einen vertraglich vereinbarten Aufwendungsersatz ausdrücklich zu

⁴⁶⁷ So zB *Sprau* in Palandt, § 652 RdNr 74; *Roth* in MünchKomm, § 652 RdNr 251; dBGH, dBGHZ 99, S 374 ff

⁴⁶⁸ dBGH, dBGH 99, S 374 ff

(allerdings nicht in den AGB des GPAVers und über mäßige Auslagen hinaus auch nicht als Pauschale).

6.3.2.f. Pflicht des Arbeitgebers zur Förderung des Provisionsanspruchs des GPAVers bzw Vereitelung des Provisionsanspruchs durch den Arbeitgeber

Fraglich ist, ob man dem Arbeitgeber Pflichten auferlegen will, die ihn zur Förderung des Provisionsanspruches des GPAVers bewegen sollen. Dies ist mE grundsätzlich abzulehnen. Da ein Provisionsanspruch des GPAVers nur entsteht, wenn zuvor ein Arbeitsvertrag zwischen dem Arbeitgeber und einem vom GPAVer vermittelten Arbeitnehmer zustande gekommen ist, würde eine Förderungspflicht des Arbeitgebers in Bezug auf den Provisionsanspruch des GPAVers den Arbeitgeber immer zugleich zum Abschluss eines Arbeitsvertrages drängen. Dies ist im Maklerrecht aber gerade ausgeschlossen (§ 4 Abs 2 öMaklerG). Der Arbeitgeber ist vielmehr frei in seiner Entscheidung, ob er einen Arbeitsvertrag abschließen will oder nicht. Damit entfällt aber zugleich auch eine Förderungspflicht des Arbeitgebers in Bezug auf einen Provisionsanspruch des GPAVers.⁴⁶⁹

Wenn man somit keine Förderungspflichten des Arbeitgebers anerkennen will, so wäre aber denkbar, dass man dem Arbeitgeber auferlegt, den GPAVer zumindest nicht zu schädigen, indem der Arbeitgeber einen Hauptvertrag nur deshalb nicht zustande kommen lässt, um den Provisionsanspruch des GPAVers zu vereiteln.

Ein gesetzlicher Schutz vor sittenwidriger, vorsätzlicher Schädigung des GPAVers durch den Arbeitgeber besteht zunächst grundsätzlich aus § 826 dBGB bzw § 1295 Abs 2 öABGB. Fraglich ist aber, ob man auch einen über diesen

gesetzlichen Schutz - bei dem es gerade auf die Schädigungsabsicht ankommt - auch einen darüber hinausgehenden Schutz aus dem Vertragsverhältnis zwischen Arbeitgeber und GPAVer ableiten will.

Hierbei sind zwei Varianten denkbar. Zum einen könnte der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer dazu drängen, mit ihm eine Form der Vertragsgestaltung zu wählen, bei der für den GPAVer kein Provisionsanspruch entsteht (zB Abschluss eines Vertrages als Selbständiger anstatt eines Arbeitsvertrages als Angestellter). Zum anderen könnte Arbeitgeber einen Arbeitsvertrag zwar abschließen, diesen aber wieder kündigen, um eine Provision zu vermeiden bzw eine bereits gezahlte Provision zurückverlangen zu können, wenn eine Probezeit des Arbeitnehmers als aufschiebende Bedingung für einen Provisionsanspruch des GPAVers oder eine Rückzahlungspflicht im Falle der Auflösung des Arbeitsvertrages innerhalb eines bestimmten Zeitraums vereinbart wurde.

In beiden Varianten würde ein vertraglicher Anspruch des GPAVers auf Schadensersatz mE gegen das Prinzip der Abschlussfreiheit des verstoßen. Es muss dem Arbeitgeber - zumindest unter den Aspekten des Maklerrechts⁴⁷⁰ - freistehen, in welcher Form er einen Vertrag mit einem Arbeitssuchenden abschließt und ob sowie wann er ihn wieder löst. Der GPAVer kann sich vor solchen Umgehungen ausreichend schützen, indem er auch sonstige Vertragsabschlüsse (zB selbständige Dienstverträge, Werkverträge) zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitssuchenden unter Provisionspflicht stellt. Zudem kann er genau das beschriebene Verhalten des Arbeitgebers in den Vertrag aufnehmen und unter Provisionspflicht stellen. Dies geht insbesondere im österreichischen Recht auch aus der

⁴⁶⁹ Siehe auch *Roth* in MünchKomm, § 652, RdNr 114

Regelung des § 15 Abs 1 Z 1 öMaklerG hervor, der gerade für einen solchen Fall gestattet, dass der GPAVer mit dem Arbeitgeber eine erfolgsunabhängige Provision vereinbaren kann. Diese Provision muss aber ausdrücklich vereinbart werden, woraus im Rückschluss folgt, dass ein ohne eine solche Vereinbarung gerade kein vertraglicher Anspruch des GPAVers entsteht (sonst bräuchte es die Regelung des § 15 Abs 1 Z 1 öMaklerG nicht).

Nur für den Fall, dass der Arbeitgeber den GPAVer durch sein Verhalten absichtlich/vorsätzlich und sittenwidrig schädigen will, ist also ein gesetzlicher Schadenersatzanspruch zu bejahen; hierfür sind § 1295 Abs 2 öABGB bzw § 826 BGB ausreichend. Ein darüber hinausgehender vertraglicher Anspruch des GPAVers existiert dagegen in Österreich und Deutschland nicht.

Sollte der Arbeitgeber den Arbeitsuchenden jedoch nach vorheriger Entlassung zu einem späteren Zeitpunkt erneut einstellen, so lebt der Provisionsanspruch des GPAVers wieder auf. Auch die erneute Einstellung des Arbeitnehmers ist kausal auf die vorige Vermittlungstätigkeit des GPAVers zurückzuführen. Ohne die Vermittlungstätigkeit des GPAVers wäre es weder zum ersten und damit auch nicht zum zweiten Vertragsschluss gekommen. Die zwischenzeitliche Kündigung hemmt mE insoweit nur den Provisionsanspruch des GPAVers bis zu einem erneuten Vertragsschluss.

6.3.2.g. Informationspflicht des Arbeitgebers gegenüber dem GPAVer über die Erledigung des Vermittlungsauftrags

Anders als bei einer Vereitelung des Provisionsanspruchs ist dagegen der Fall zu beurteilen, bei welchem der Arbeitgeber

⁴⁷⁰ Mögliche arbeitsrechtliche Schutzvorschriften zugunsten des Arbeitnehmers werden hier nicht in die Betrachtung einbezogen.

den GPAVer seine Vermittlungstätigkeit fortsetzen lässt, obwohl er kein Interesse am Abschluss eines Arbeitsvertrages mit einem Arbeitsuchenden mehr hat.

Das österreichische Recht hat in § 3 Abs 3 öMaklerG ausdrücklich geregelt, dass sich die Parteien gegenseitig die erforderlichen Nachrichten zu geben haben. Hierzu gehört es auf Seiten des Arbeitgebers insbesondere, dass er den GPAVer darüber informiert, wenn er bereits einen anderweitigen Vertrag geschlossen hat (die offene Stelle also beispielsweise besetzt ist) oder wenn er aus einem anderen Grund kein Interesse mehr an der Tätigkeit des GPAVers hat.⁴⁷¹ Informiert er den GPAVer in einem solchen Fall nicht, sondern lässt ihn ohne Nachricht ggf weiterhin aktiv werden, so macht es sich gegenüber dem GPAVer schadensersatzpflichtig, da er seine Informationspflicht verletzt hat.

Im deutschen Recht ist in einem solchen Fall der hM⁴⁷² zuzustimmen, wenn sie aus dem Gedanken des fairen Umgangs ebenso dem Arbeitgeber die Pflicht auferlegen will, den GPAVer davon zu informieren, dass kein Interesse an seiner Tätigkeit mehr besteht, wenn er erkennt, dass der GPAV weitere Vermittlungstätigkeiten veranlasst.

Fraglich ist, ob man einem Teil der Literatur⁴⁷³ auch weitergehend folgen kann, wenn dem Auftraggeber eines Maklervertrages die generelle Pflicht auferlegt werden soll, den Makler über eine Erledigung des Auftrages zu informieren. Aufgrund der Besonderheit des Makler- und damit auch des GPAV-Vertrages, der keine Pflicht des GPAVers zum Tätigwerden begründet⁴⁷⁴, wird man mE eine generelle Informationspflicht des Arbeitgebers über den Wegfall seines Interesses an der Tätigkeit des GPAVers verneinen müssen.

⁴⁷¹ Bydlinski, S 16; Ostermayer/Schuster, S 39; Fromherz, § 3 Rz 42

⁴⁷² Reuter in Staudinger (Neubearb 2003), §§ 652, 653, RdNr 198; Roth in MünchKomm § 654, RdNr 28

⁴⁷³ So zB Mantke, S 44

Der GPAVer ist frei, Vermittlungstätigkeiten durchzuführen und muss den Arbeitgeber nur dann darüber informieren, dass er keine Vermittlungsbemühungen unternimmt, wenn ihm erkennbar ist, dass der Arbeitgeber sich gerade auf seine Tätigkeiten verlässt. In demselben Maße wird man auch dem Arbeitgeber eine Informationspflicht gegenüber dem GPAVer über den Wegfall seines Interesse an den Bemühungen des GPAVers nur auferlegen, wenn ihm aufgrund der Umstände positiv bekannt war oder bekannt sein musste, dass der GPAVer tatsächlich weitere Bemühungen unternimmt.⁴⁷⁵ Eine solche Kenntnis dürfte bereits dann vorliegen, wenn der Arbeitgeber zB einen Bewerber des GPAVer abgelehnt hat und dieser ihm daraufhin mitteilt, dass er sich um weitere Bewerber bemühen werde.

Neben der dargestellten Informationspflicht des Arbeitgebers hat dieser es außerdem zu unterlassen, weitere Vermittlungsbemühungen vom GPAVer zu verlangen, wenn kein ernsthaftes Interesse an seiner Tätigkeit mehr gegeben ist. Im Falle eines Verstoßes gegen eine der dargestellten Nebenleistungspflichten ist der Arbeitgeber dem GPAVer zum Ersatz des Schadens verpflichtet.

Bedenken gegen eine solche Nebenleistungspflicht des Arbeitgebers aus dem Wesen des Maklervertrages heraus sind mE nicht angebracht. Eine solche Nebenleistungspflicht zur Information des GPAVers über ein nicht mehr vorliegendes Interesse an dessen Vermittlungstätigkeit berührt nicht die Entschließungsfreiheit des Arbeitgebers. Schützenswertes Gut, auf welchem die Nebenleistungspflicht des Arbeitgebers basiert, ist mE der faire Umgang zwischen Vertragspartnern,

⁴⁷⁴ Vgl auch Kap 6.2.1.

⁴⁷⁵ So auch *Reuter* in Staudinger (Neubearb 2003), §§ 652, 653, RdNr 198

der es verbietet, von der anderen Vertragsseite Aufwendungen zu verlangen, obwohl kein Interesse mehr an diesen besteht.⁴⁷⁶

6.3.2.h. Weitergabe von Informationen über den Arbeitsuchenden an einen Dritten durch den Arbeitgeber

Eine weitere, in Österreich in § 3 Abs 2 öMaklerG gesetzlich fixierte und auch in der deutschen Rechtsprechung und Lehre unstrittige⁴⁷⁷ Nebenpflicht des Arbeitgebers ist es, den GPAVer vor der Weitergabe der an den Arbeitgeber gelieferten Informationen an Dritte zu schützen. Diese Nebenpflicht ist geradezu existentiell für den Bestand des gesamten Maklerrechts und somit auch der GPAV. Würde man sie verneinen, könnte sich jeder Arbeitgeber eines Dritten bedienen, um Vermittlungsleistungen des GPAVer provisionsfrei zu erlangen. Der GPAVer würde dann trotz erfolgreicher Vermittlung "leer ausgehen".

Bedient sich der Arbeitgeber eines Dritten oder eines eigenen Angestellten, der ihm bei der Auswahl eines durch den GPAVer vorgeschlagenen Arbeitsuchenden behilflich sein soll, und schließt dieser dann (statt des Arbeitgebers) selbst einen Arbeitsvertrag mit dem Arbeitsuchenden, so haftet der Arbeitgeber für das Verhalten des Dritten gegenüber dem GPAVer aus § 278 BGB⁴⁷⁸ bzw § 1313 a öABGB. Er muss sich insoweit das Verhalten seines Erfüllungsgehilfen zurechnen lassen, egal ob dieses Verhalten mit oder ohne seine Billigung geschah.

6.3.2.i. Mitteilungspflicht des Arbeitgebers an den GPAVer über eine Vorkenntnis

⁴⁷⁶ So auch *Reuter* in Staudinger, §§ 652, 653 RdNr 177 f

⁴⁷⁷ So zB dBGH, WM 1987, S 632 ff

Ein besonders zu betrachtender Bereich ist die Vorkenntnis des Arbeitgebers über einen durch den GPAVer vermittelten Arbeitsuchenden. Wie bereits unter Kap 6.2.1. ausgeführt, schließt eine solche Vorkenntnis den Provisionsanspruch des GPAVers aus, wenn dieser im Sinne eines Nachweismaklers lediglich zum Nachweis einer Gelegenheit zum Vertragsabschluß tätig wurde, da es in einem solchen Fall an der notwendigen Kausalität zwischen Vermittlungsleistung des GPAVers und Vertragsschluss des Arbeitgebers mit einem Arbeitsuchenden mangelt.

Es stellt sich dabei aber die Frage, ob man vom Arbeitgeber generell oder aufgrund vertraglicher Vereinbarung verlangen kann, dass er den GPAVer unverzüglich nach dem Nachweis eines Arbeitsuchenden über eine bereits vorhandene Vorkenntnis informiert. Bei einer positiven Beantwortung der ersten Fragestellung schließt sich daran die Frage an, welche Folgen ein Verstoß gegen eine mögliche Informationspflicht nach sich ziehen soll. In Betracht kämen dabei ein Anspruch des GPAVers sowohl auf Ersatz des negativen Interesses, also unnötig getätigter Aufwendungen, als auch der Wegfall der Möglichkeit des Arbeitgebers, eine Vorkenntnis geltend machen zu können. Letzteres würde zum Entstehen eines Provisionsanspruchs des GPAVers führen.

Die Meinungen in Deutschland gehen in diesen Fragen weit auseinander. Der dBGH⁴⁷⁹ will eine - auch vertraglich vereinbarte - Informationspflicht des Auftraggebers ausschließen. Diese widerspricht nach Ansicht des dBGH dem Wesen des Maklervertrages, welcher für einen Vergütungsanspruch aus einem Nachweismaklervertrag als Leistung des Maklers immer den Nachweis einer neuen, bislang

⁴⁷⁸ Ebenso *Reuter* in Staudinger, §§ 652, 653 RdNr 179

⁴⁷⁹ dBGH, WM 1984, S 62

nicht bekannten Abschlussgelegenheit voraussetzt. Eine solche, neue Abschlussgelegenheit kann aber im Falle einer Vorkenntnis nicht vorliegen. Bei vorhandener Vorkenntnis ist daher nach Auffassung des dBGH der Vermittlungserfolg nicht eingetreten. Ein Provisionsanspruch aufgrund unterlassener Information über eine Vorkenntnis wäre nach Ansicht des dBGH somit eine erfolgsunabhängige Provision. Auch eine Informationspflicht des Auftraggebers sieht der dBGH mangels erbrachter Leistungen des Maklers nicht.

Die Gegenmeinung⁴⁸⁰ will dagegen auf Basis des Grundsatzes von Treu und Glauben aus § 242 dBGB den Auftraggeber verpflichten, sich unverzüglich auf eine Vorkenntnis zu berufen und will ein späteres Geltendmachen der Vorkenntnis ausschließen. Dabei verkennt diese Ansicht mE das Wesen der Vorkenntnis. Durch eine Vorkenntnis des Auftraggebers wird nicht einem vorhandenen Vermittlungserfolg des Nachweismaklers nachträglich die Basis für einen Provisionsanspruch entzogen, vielmehr ist bei vorhandener Vorkenntnis ein Vermittlungserfolg, nämlich der Nachweis einer neuen, bislang nicht bekannten Abschlussgelegenheit für einen Vertrag, gar nicht erst eingetreten. Somit ist ein positiver Anspruch auf Provisionszahlung bei nicht rechtzeitig geltend gemachter Vorkenntnis mE abzulehnen, da dies einem erfolgsunabhängigen Provisionsversprechen gleichkommt, welches dem Wesen eines Maklervertrages zuwider laufen würde. Allerdings haben GPAVer und Arbeitgeber die Möglichkeit, eine Provisionspflicht oder einen Aufwendungsersatz vertraglich zu vereinbaren.⁴⁸¹

Eine sachgerechte Lösung - auch ohne individuelle Vereinbarung - muss sich mE am Grundsatz des fairen

⁴⁸⁰ dOLG Hamburg, NJW-RR 1987, S 175; ähnlich dOLG Celle, NJW-RR 1995, S 501

⁴⁸¹ Zur Möglichkeit von erfolgsunabhängigen Vergütungen per Individualabrede und deren Grenzen siehe Kap 6.3.1.

Umgangs der Vertragsparteien miteinander (abgeleitet aus § 242 BGB) orientieren.⁴⁸² Verfügt der Arbeitgeber demnach über eine Vorkenntnis, so hat er diese - im Sinne eines fairen Umgangs unter Vertragspartnern - dem GPAVer anzuzeigen, wenn für ihn ersichtlich ist, dass der GPAVer weitere Aufwendungen zum Abschluss dieses Arbeitsvertrages tätigen wird. Zeigt er eine Vorkenntnis nicht rechtzeitig an, so kann er gegenüber dem GPAVer zum Ersatz der unnötig getätigten Aufwendungen (negatives Interesse) verpflichtet sein und zwar unabhängig davon, ob eine Anzeigepflicht ausdrücklich vereinbart war oder nicht.⁴⁸³

Konnte der Arbeitgeber dagegen davon ausgehen, dass sich die Vermittlungstätigkeit des GPAVers in Bezug auf die bereits bekannte Abschlussgelegenheit auf den Nachweis dieser Gelegenheit beschränkt, so muss er die Vorkenntnis dem GPAVer nicht unverzüglich mitteilen, da in einem solchen Fall keine weiteren Aufwendungen des GPAVers geschuldet sind und somit auch vom Arbeitgeber nicht erwartet werden.

Vertraglich können die Parteien mE stets vereinbaren, dass der Arbeitgeber dem GPAVer immer dann weitere Aufwendungen zu ersetzen hat (auch solche, von denen der Arbeitgeber nichts wusste), wenn er eine vorhandene Vorkenntnis nicht rechtzeitig anzeigt.

Es besteht somit im deutschen Recht mE eine Nebenleistungspflicht des Arbeitgebers zur Anzeige einer Vorkenntnis, wenn ihm erkennbar ist, dass der GPAVer weitere Aufwendungen in Bezug auf den bereits bekannten Arbeitsuchenden tätigen will oder ein solcher Aufwendungsersatz vertraglich vereinbart wurde. Ein Verstoß gegen diese Nebenleistungspflicht verpflichtet den Arbeitgeber zum Ersatz der unnötig getätigten Aufwendungen (negatives

⁴⁸² Zu einem möglichen Anspruch aus Treu und Glauben vgl auch *Sprau* in Palandt, § 652 RdNr 36; dOLG Koblenz, NJW-RR 1991, S 248

Interesse). Ein positiver Anspruch des GPAVers auf Zahlung der Provision scheidet dagegen aus, es sei denn, ein solcher ist zwischen GPAVer und Arbeitgeber ausdrücklich vertraglich vereinbart.

In der österreichischen Literatur⁴⁸⁴ wird die Auffassung vertreten, dass es keine Pflicht des Auftraggebers gäbe, einen Makler von einer Vorkenntnis zu informieren und dass auch vertraglich kein Provisionsanspruch des Maklers mangels Information über eine Vorkenntnis vereinbart werden kann, da dies kein Fall der Tatbestände des § 15 Abs 1 öMaklerG sei.⁴⁸⁵ Der letzteren Argumentation, dass § 15 Abs 1 öMaklerG einer vertraglichen Leistungspflicht des Auftragsgeber für eine unstreitig nicht kausale Leistung des Maklers entgegen stehe, muss mE gefolgt werden, da die Regelung des § 15 Abs 1 öMaklerG hier eindeutig ist und keinen Spielraum für Interpretationen lässt. Dagegen ist die generelle Ablehnung einer Informationspflicht des Arbeitgebers über eine Vorkenntnis aus meiner Sicht zu weit gehend. Immer dann, wenn der Arbeitgeber erkennen kann, dass der GPAVer in Bezug auf einen Arbeitsuchenden, den der Arbeitgeber bereits kennt, weitere Aktivitäten entfaltet, wird man mE aus § 3 Abs 3 öMaklerG eine entsprechende Informationspflicht des Arbeitgebers ableiten können. Informiert der Arbeitgeber den GPAVer demnach über eine Vorkenntnis nicht, so kann der GPAVer gemäß § 3 Abs 4 Satz 1 öMaklerG Schadensersatz in Bezug auf die weiteren Aufwendungen verlangen, die er getätigt hat, um einen Vertrag zwischen dem Arbeitgeber und dem bereits bekannten Arbeitsuchenden zu vermitteln. Eine erfolgsunabhängige Provisionspflicht des Arbeitgebers scheidet dagegen aus.

⁴⁸³ Vgl *Roth* in MünchKomm, § 652 RdNr 183

⁴⁸⁴ *Fromherz*, § 3 Rz 46; *Noss*, S 31

⁴⁸⁵ Siehe zu § 15 Abs 1 öMaklerG oben und Kap 6.3.1.

Im Ergebnis wird im Bereich der Informationspflicht des Arbeitgebers über eine Vorkenntnis ein breites Spektrum an Meinungen vertreten. Aus meiner Sicht wird man sowohl in Deutschland wie auch in Österreich zwar keine grundsätzliche Pflicht des Arbeitgebers dahingehend sehen, dass er stets über eine Vorkenntnis zu informieren hat, wohl aber dann, wenn er erkennt, dass der GPAVer weitere Aufwendungen in Bezug auf gerade diesen Arbeitsuchenden tätigen will. In diesem Fall wird man in Deutschland aus § 242 dBGB und in Österreich aus § 3 Abs 3 öMaklerG eine Informationspflicht des Arbeitgebers und einen Schadensersatzanspruch in Bezug auf diese konkreten Aufwendungen bejahen. Eine einzelvertragliche Vereinbarung, nach welcher der Arbeitgeber stets über eine Vorkenntnis informieren muss und nach der ohne diese Information bei Vertragsschluss zwischen Arbeitgeber und Arbeitsuchenden ein (erfolgsunabhängiger) Provisionsanspruch des GPAVers ausgelöst wird, ist in Deutschland zulässig, dagegen in Österreich aufgrund § 15 Abs 1 öMaklerG unzulässig.

6.3.2.j. Weitere Nebenleistungspflichten des Arbeitgebers nach Abschluss des Arbeitsvertrages zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitsuchenden

Im Gegensatz zum Zeitraum bis zum Abschluss eines Arbeitsvertrages zwischen dem Arbeitgeber und einem vom GPAVer vermittelten Arbeitsuchenden besteht nach Abschluss eines Arbeitsvertrages kein auf die Entschließungsfreiheit begründetes besonderes Schutzinteresse des Arbeitgebers mehr, da dieser sich - mit Abschluss des Arbeitsvertrages zugunsten eines vom GPAVer vermittelten Arbeitsuchenden - festgelegt hat, die Vermittlungsleistung des GPAVers damit erfüllt ist. Somit sind auch Nebenleistungspflichten des Arbeitgebers nach Abschluss eines Arbeitsvertrages nicht mehr

im besonderen Licht der dem Maklervertrag innewohnenden Entschließungsfreiheit des Arbeitgebers zu sehen.

Die wesentliche Nebenleistungspflicht des Arbeitgebers nach Abschluss des Arbeitsvertrages ist es, den GPAVer über den Abschluss eines Arbeitsvertrages und dessen Ausgestaltung zu informieren, um dem GPAVer die Geltendmachung und Berechnung seines Provisionsanspruches zu ermöglichen. Grundlage einer solchen Informationspflicht ist in Österreich unmittelbar § 3 Abs 3 und § 11 Satz 2 öMaklerG sowie in Deutschland der bereits vom Reichsgericht⁴⁸⁶ aufgestellte allgemeine Grundsatz, wonach eine Auskunft verlangt werden kann, wenn ein Anspruch dem Grunde nach feststeht, dieser aber der Höhe nach vom Anspruchsberechtigten allein nicht beziffert werden kann. Demnach kann der GPAVer Auskunft über alle zur Provisionserrechnung relevanten Umstände (zB Höhe des Gehaltes, Anzahl der Monatsgehälter pro Jahr, Laufzeit des Vertrages etc) verlangen. Gerade das besondere Abhängigkeitsverhältnis des Arbeitnehmers gegenüber seinem neuen Arbeitgeber gebietet es, dass der GPAVer vom Arbeitgeber und nicht vom Arbeitnehmer alle notwendigen Auskünfte über das Arbeitsverhältnis verlangen kann. Ansonsten müsste der Arbeitnehmer als Zeuge gegen seinen neuen Arbeitgeber zugunsten des GPAVers auftreten. Damit würden aber von Beginn an Spannungen in das neue Arbeitsverhältnis getragen, die durch eine Auskunftspflicht des Arbeitgebers vermieden werden können.

Die Berechnung der konkreten Provision ist dagegen vom GPAVer durchzuführen und kann nicht vom Arbeitgeber verlangt werden.⁴⁸⁷

⁴⁸⁶ dRGZ 108, S 1; ebenso dBGH, NJW-RR 1987, S 173

⁴⁸⁷ So auch dBGH, NJW-RR 1990, S 1370 f, der ausführt, dass eine Provisionsabrechnung durch den Auftraggeber bereits einem Anerkenntnis des Makleranspruchs gleichkäme, zu dem der Auftraggeber nicht verpflichtet sei.

7. ZUSAMMENFASSUNG DER WESENTLICHEN INHALTE DER ARBEIT

Nachfolgend sollen die wichtigsten Inhalte und Erkenntnisse der vorliegenden Arbeit zusammengefasst werden.

7.1. BEGRIFFSEINORDNUNG DER ARBEITSVERMITTLUNG ALS GRUNDLAGE DER STAATLICHEN ARBEITSVERMITTLUNGS- MONOPOLE IN ÖSTERREICH UND DEUTSCHLAND

- Entsprechend den Regelungen der § 9 Abs 1 Satz 1 öAMFG aF bzw § 2 Abs 1 Satz 1 öAMFG sowie der § 13 dAFG aF bzw § 35 Abs 1 Satz 2 dSGB III ist Arbeitsvermittlung im österreichischen wie im deutschen Recht inhaltsgleich definiert, als eine Tätigkeit, die darauf gerichtet ist, Arbeitsuchende und Arbeitgeber zur Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses zusammen zu führen.
- Die Vermittlungstätigkeit muss zwar zielorientiert sein, einen konkreten Erfolg, dh ein Zustandekommen des Arbeitsverhältnisses, setzen aber weder § 2 Abs 1 Satz 1 öAMFG noch § 35 Abs 1 Satz 2 dSGB III voraus. Vielmehr formulieren beide, dass die Tätigkeit des Vermittlers „darauf gerichtet“ sein muss, ein Beschäftigungsverhältnis entstehen zu lassen, der eigentliche Abschluss eines Beschäftigungsverhältnisses wird dagegen nicht vorausgesetzt.
- Die so definierte Tätigkeit der Arbeitsvermittlung stand, bis zur Änderung des öAMFG und der österreichischen Gewerbeordnungsnovelle 1991 unter dem Monopol der Arbeitsverwaltung bzw bis zum Erlass des dBeschFG 1994, unter dem Monopol der deutschen Bundesanstalt für Arbeit.

Die Verankerung des Monopols fand sich in § 9 Abs 5 iVm § 12 ff öAMFG aF bzw in § 4 dAFG aF.

- Als Ausnahme vom Vermittlungsmonopol konnte in Österreich nach § 17 Abs 1 öAMFG aF unentgeltliche Arbeitsvermittlung durch karitative Einrichtungen mit maßgeblicher Bedeutung, gesetzliche Interessenvertretungen und kollektivvertragliche Berufsvereinigungen für ihre Mitglieder durchgeführt werden.
- Zudem enthielt § 18 Abs 1 öAMFG aF die Möglichkeit, physischen Personen durch das Bundesministerium für soziale Verwaltung auf Antrag die Erlaubnis zu einer entgeltlichen auf Gewinn ausgerichteten Arbeitsvermittlung für eine oder mehrere in den Nr a-e abschließend aufgezählten Vermittlungsarten zu erteilen. Es waren dies die Konzertvermittlung (Nr a), Artistenvermittlung (Nr b), Bühnenvermittlung (Nr c), Filmvermittlung (Nr d) und Musikervermittlung (Nr e).
- Ausnahmen vom Vermittlungsmonopol der deutschen BA waren nur die §§ 18 Abs 1 S 2 und 23 Abs 1 dAFG aF enthalten. § 23 Abs 1 dAFG aF sah Ausnahmen vom Vermittlungsmonopol für die Fälle vor, in denen die BA selbst einen Dritten mit einer Vermittlungstätigkeit (ausschließlich für einzelne Personen- oder Berufsgruppen) beauftragte. Solche Anträge wurden beispielsweise für die Vermittlung von Künstlern genehmigt.

7.2. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE DER STAATLICHEN ARBEITSVERMITTLUNGSMONOPOLE

- Das Gewerbe der Arbeitsvermittlung war in Österreich und Deutschland zunächst nach den jeweiligen Gewerbeordnungen als stehender Gewerbebetrieb nach § 1

im § 14 dReichsgewerbeordnung 1869 in Deutschland und als freies Gewerbe nach § 1 öGewerbeordnung 1883 in Österreich für jedermann zulässig.

- Bis in die 20er bzw Mitte der 30er Jahre wurden die Tätigkeitsmöglichkeiten der GPAVer durch verschiedene gesetzliche Regelungen einhergehend mit dem Aufbau und dem Vorrang staatlicher Vermittlungsstrukturen sukzessive eingeschränkt.
- Das Verbot GPAV wurde in Deutschland mit Inkrafttreten des dAVAVG bereits im Jahre 1927 nach § 54 Abs 1 S 1 dAVAVG durchgesetzt, da hier Arbeitsvermittlung zur alleinigen öffentlichen Aufgabe erklärt wurde. Mit dem dGesetz über Arbeitsvermittlung, Berufsberatung und Lehrstellenvermittlung vom 05.11.1935 wurde in § 1 Abs 1 das Vermittlungsmonopol der Reichsanstalt festgeschrieben.
- Nach dem Anschluss Österreichs an das Deutsche Reich fanden ab 1938 auch die Gesetze des Deutschen Reichs in Österreich Anwendung. Über die Verordnung über das Inkrafttreten von Rechtsverordnungen des Reichs im Lande Österreich war somit auch das dAVAVG und das dGesetz über Arbeitsvermittlung, Berufsberatung und Lehrstellenvermittlung in Österreich geltendes Recht und die private Arbeitsvermittlung endgültig verboten.
- Mit einigen Änderungen galt das dAVAVG auch nach dem Zweiten Weltkrieg in Deutschland und Österreich fort und wurde erst 1969 durch das deutsche Arbeitsförderungsgesetz (dAFG) bzw das österreichische Arbeitsmarktförderungsgesetz (dAMFG) abgelöst. Auch diese beiden Gesetze hielten an den staatlichen Vermittlungsmonopolen und dem Verbot GPAV unverändert fest.

7.3. GESELLSCHAFTSPOLITISCHE UND EUROPARECHTLICHE DISKUSSION UM DIE AUFHEBUNG STAATLICHER VERMITTLUNGS-MONOPOLE

- Ein Auslöser für die Wiedereinführung gewerblicher privater Arbeitsvermittlung in Deutschland war die immer weiter zurückgehende Fähigkeit der staatlichen Arbeitsverwaltung, den Bedürfnissen des Arbeitsmarktes umfassend gerecht zu werden und die damit einhergehende Forderung nach zusätzlichen, alternativen Formen und Wegen der Arbeitsvermittlung. Diese Tendenz wurde durch die Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs und die daraus erwachsende europarechtliche Diskussion deutlich bestärkt.
- Mit seiner Macrotron-Entscheidung im Jahr 1991 hat der EuGH festgestellt, dass die staatlichen Vermittlungsmonopole gegen die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften der Art 82 und 86 EGV verstößt, wenn
 - das Monopol sich auf die Vermittlung von Führungskräften der Wirtschaft erstreckt (nur darum ging es im konkreten Fall);
 - die staatliche Verwaltung offensichtlich nicht in der Lage ist, die Nachfrage auf dem Markt nach solchen Leistungen zu befriedigen;
 - die Verträge über eine Vermittlungstätigkeit von privaten Vermittlern aufgrund von Verbotsgesetzen generell nichtig sind.
- Aufgrund der vom EuGH aufgestellten Kriterien konnte mE auch das Vermittlungsmonopol der BA in den anderen Fällen (als bei einer Vermittlung von Führungskräften) einer Prüfung nach Art 82, 86 EGV nicht standhalten (solche Fälle hatte der EuGH ausdrücklich nicht betrachtet).

- Gegenüber (europäisch) ausländischen GPAVern verstieß das Arbeitsvermittlungsmonopol der BA mE zudem gegen Art 49 ff bzw Art 43 ff EGV, je nachdem, ob in einem konkreten Fall die Dienstleistung eines Vermittlers vom Ausland nach Deutschland angeboten wird (Fall der Dienstleistungsfreiheit) oder ob sich ein Vermittler in Deutschland niederlassen will (Fall der Niederlassungsfreiheit).
- Ein Verstoß gegen das allgemeine Diskriminierungsverbot nach Art 12 EGV scheidet dagegen aus, da sich das Verbot GPAV gegen Inländer und Ausländer gleichermaßen richtete.

7.4. ENTWICKLUNG DER RECHTSPRECHUNG ZUM VERBOT GPAV IN ÖSTERREICH UND DEUTSCHLAND

- In Österreich hat es in den Jahren 1969 bis 1992 mehrere Entscheidungen des öVfGH und öOGH gegeben, die sich auch mit dem Verbot GPAV zu beschäftigen hatten. Allen Entscheidungen gemeinsam ist dabei der Tenor, dass die Gerichte keinen Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Verbots ließen.
- Auch die deutsche Rechtsprechung stand der gesellschaftspolitischen Tendenz zu Aufhebung des Vermittlungsmonopols lange Zeit eher zurückhaltend gegenüber. Insbesondere das Bundessozialgericht hat sich noch zu Beginn der neunziger Jahre jeglicher Form der GPAV entgegengestellt und hielt auch die in der Praxis bereits gängigen Formen der Vermittlung von Führungskräften für unzulässig.
- Das dBVerfG sah 1967 zwar einen Eingriff in den Schutzbereich der Grundrechte der Berufsfreiheit nach Art

12 dGG und der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art 2 Abs 1 dGG für gegeben, aber zugleich auch für gerechtfertigt an. Lediglich das Verbot von Arbeitnehmerüberlassung nach § 37 Abs 3 dAVAVG wurde damals bereits für verfassungswidrig erklärt.

- Lediglich der dBGH hat sich dem im Jahr 1991 entgegengestellt. Er sah das Vermittlungsmonopol zumindest für Führungskräfte als verfassungswidrig an (Verstoß gegen Berufsfreiheit nach Art 12 dGG und Gleichheitsgrundsatz der Inländergleichbehandlung nach Art 3 dGG) und hat daher die Vorschriften der §§ 4 und 13 dAFG dem dBVerfG zu Prüfung vorgelegt. Zu einer erneuten Entscheidung kam es nicht mehr, da zuvor das Verbot GPAV vom Gesetzgeber aufgehoben wurde.

7.5. GESETZLICHE REGELUNGEN ZUR AUFHEBUNG DES VERBOT GPAV IN ÖSTERREICH

- Grundlage der Zulassung GPAV in Österreich war die Änderung des öAMFG und der öGewerbeordnung im Jahr 1991.
- Mit den Vorschriften der §§ 17a-b öAMFG 1991 und der §§ 108a und 109a öGewerbeordnung 1991 war GPAV in Österreich erstmals nach dem 2. Weltkrieg und unter relativ strengen Auflagen zulässig. Dabei schlossen sich die Tätigkeit der Arbeitsvermittlung und der Arbeitskräfteüberlassung gemäß § 108a Abs 2 öGewerbeordnung 1991 aus.
- Zeitliche Probleme gab es dabei hinsichtlich des Inkrafttretens unterhalb der Führungskräfteebene, da die neuen Regelungen zur GPAV unterhalb von Führungskräften erst mit Reform der Arbeitsmarktverwaltung

im öAMSG greifen sollten, sich diese aber bis Mitte 1994 verzögerte.

- Mit dem öKonjunkturbelebungs-gesetz 2002 hat die GPAV die weitestgehende Freizügigkeit nach dem 2. Weltkrieg erfahren. Sie ist jetzt jedem erlaubt, der über eine entsprechende Berechtigung nach § 97 öGewerbeordnung 1994 verfügt und sich an die Vorschriften des öAMFG hält.
- Die wesentliche Einschränkung, welcher GPAV nach wie vor unterliegt, ist die Unentgeltlichkeit der Vermittlungsleistung für den Arbeitsuchenden (außer Künstlern) nach § 5 Abs 2 öAMFG, dh die Honorare der entgeltlichen Arbeitsvermittlung sind ausschließlich vom Arbeitgeber zu tragen und zwischen diesem und dem GPAVer zu vereinbaren. Das Verbot von gleichzeitiger GPAV und Arbeitskräfteüberlassung ist dagegen entfallen.

7.6. GESETZLICHE REGELUNGEN ZUR AUFHEBUNG DES VERBOTS GPAV IN DEUTSCHLAND

- Der erste gesetzliche Vorstoß, der das Arbeitsvermittlungsmonopol der deutschen BA durchbrechen und GPAV zulassen sollte, war das Erste Gesetz zur Umsetzung des Spar- Konsolidierungs- und Wachstumsprogrammes im Jahr 1993 (kurz 1. dSKWPG), dessen Art 1 weitreichende Änderungen des dAFG aF vorsah.
- Das 1. dSKWPG sah vor, dass im Zeitraum vom 01.04.1994 bis 31.03.1996 im Rahmen eines Modellversuchs in zwei bis drei Regionen Deutschlands die Möglichkeit einer befristeten und räumlich auf die jeweilige Region begrenzten Erlaubnis zur GPAV erteilt wird.
- Zu einer Durchführung des Modellversuchs kam es letztlich nicht, da der Gesetzgeber mit dem dBeschFG 1994 sowie

dem Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und anderer Gesetze im Jahre 1994 GPAV bundesweit zugelassen und ins dAFG aufgenommen hat.

- Auf Basis dieser Vorschriften wurden zugleich zahlreiche Verordnungen erlassen, welche Ausgestaltung der erlaubnispflichtigen GPAV regelten.
- Diese Vorschriften zur Arbeitsvermittlung wurden im Jahr 1997 aus dem dAFG in das deutsche Sozialgesetzbuch III (dSGB III) eingefügt.
- Mit dem Gesetz vom 23.03.2002 wurden umfangreiche Änderungen ins dSGB III aufgenommen. Ein Kern der neuen Regelung war zunächst die Aufhebung der Erlaubnispflicht für GPAV durch gänzliche Abschaffung des § 291 dSGB III. Damit ist GPAV nun ein „normales“ Gewerbe, welches nicht mehr unter besonderen Auflagen zur Gewerbeaufnahme und unter der Aufsicht der Landesarbeitsämter steht. Vielmehr kann jetzt jeder ohne besondere Qualifikation ein entsprechendes Gewerbe anmelden.
- Während § 296 dSGB III aF noch regelte, dass eine Vermittlungsvergütung nur vom Arbeitgeber verlangt werden dürfe, sieht § 296 Abs 1 dSGB III jetzt ausdrücklich auch entgeltliche, erfolgsabhängige Vereinbarungen zwischen dem GPAV und dem Arbeitsuchenden vor, die der Höhe nach aber auf die Höhe von Vermittlungsgutscheinen der BA nach § 412 g Abs 2 dSGB III beschränkt sind.

7.7. BEGRIFF DES ZU VERMITTELNDEN ARBEITSVERHÄLTNISSES ALS TATBESTANDSVORAUSSETZUNG FÜR GPAV

- Ein Arbeitsverhältnis, auf dessen Vermittlung die Tätigkeit eines GPAVer gerichtet sein muss, kann im österreichischen und deutschen Recht einheitlich definiert werden als unbefristetes oder befristetes Vertragsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, aufgrund dessen der Arbeitnehmer zur Leistung unselbständiger/persönlicher Dienste und der Arbeitgeber zur Leistung einer Vergütung verpflichtet ist. Eine auf die Vermittlung eines solchen Arbeitsverhältnisses gerichtete Tätigkeit ist Arbeitsvermittlung. Dies gilt sowohl für Arbeitsverhältnisse mit Arbeitern wie mit Angestellten. Ebenso zählt hierzu die Vermittlung von Heimarbeitsverhältnissen.

7.8. BEGRIFF DER VERMITTLUNGSTÄTIGKEIT ALS TATBESTANDSVORAUSSETZUNG FÜR GPAV

- Die Tätigkeit eines GPAV muss mE qualitative Mindestanforderungen erfüllen um als Vermittlungstätigkeit betrachtet zu werden. Der GPAV muss dem Arbeitgeber darlegen, dass bei einem konkreten Arbeitnehmer Bereitschaft zu einem Vertragsschluss besteht. Nur allgemeine Hinweise auf ein Unternehmen, von welchem geeignete Mitarbeiter (ohne namentliche Nennung) angeworben werden könnten oder auf den Namen eines Arbeitnehmers ohne dessen Vertragsbereitschaft zu kennen, sind nicht konkret genug, um als zielgerichtete Tätigkeit ein Zusammenführung wirklich zu fördern. In solchen Fällen liegt mE sowohl sozial- wie auch zivilrechtlich keine Vermittlungstätigkeit vor.

7.9. BEGRIFFE DER GEWERBLICHKEIT UND PRIVATHEIT ALS TATBESTANDSVORAUSSETZUNGEN FÜR GPAV

- Für die zivilrechtliche Definition des Begriffs der Gewerblichkeit von GPAV in Österreich und Deutschland ist allein entscheidend, dass eine entgeltliche Forderung des Vermittlers erkennbar als wirtschaftliche Gegenleistung für seine Vermittlung entsteht. Dabei ist es unerheblich, ob der Vermittler mit der an ihn gezahlten Vergütung einen Gewinn oder einen sonstigen wirtschaftlichen Nutzen erzielen will.
- Ausschlaggebend für die Privatheit der Arbeitsvermittlung sind die Organisationsform des Vermittlers und sein Auftreten im Rechtsverkehr.
- Auch gemeinnützige oder kollektivvertragliche Einrichtungen können im Rechtsverkehr als „Private“ handeln, wenn von Ihnen keine hoheitlichen Aufgaben und Rechte wahrgenommen werden (hier scheitert GPAV aber ggf an der fehlenden Gewerblichkeit).
- Vollkommen unproblematisch - sowohl von der Organisationsform wie auch von ihrem Auftreten im Rechtsverkehr - handeln Personen und Unternehmen (gleich ob in Form von Personen- oder Kapitalgesellschaften organisiert) als „private“ Arbeitsvermittler, welche das Gewerbe des Arbeitsvermittlers gemäß österreichischer oder deutscher Gewerbeordnung betreiben.

7.10. ABGRENZUNG DES GPAVV ZU ÄHNLICHEN UND ZUORDNUNG ZU EINER VERTRAGSART

- Vom Dienstvertrag nach §§ 611 ff dBGB bzw §§ 1151 Abs 1 1. Alt, 1153 öABGB unterscheidet sich der GPAVV dadurch, dass die Vergütung des GPAV rein erfolgsbezogen ist und es auf Seiten des GPAV ohne gesonderte Vereinbarung mit den Arbeitgeber keine Pflicht zum Tätigwerden besteht. Ebenso wenig muss der Arbeitgeber die Leistung des GPAVers annehmen und einen Arbeitsvertrag abschließen.
- Mit dem Werkvertrag nach §§ 631 ff BGB bzw §§ 1151 Abs 1 2. Alt, 1165 öABGB hat der GPAV zwar die erfolgsabhängige Vergütung gemeinsam, allerdings fehlt es auch hier wieder an der regelmäßig nicht vorliegenden Leistungsverpflichtung des GPAVers und an der nicht bestehenden Pflicht des Arbeitgebers zum Abschluss eines Arbeitsvertrags und somit zur Annahme der Leistung des GPAVers.
- Beim gesetzlich (mit Ausnahme der Spezialform der Arbeitskräfte- bzw Arbeitnehmerüberlassung) nicht geregelten Vertragsart des Dienstverschaffungsvertrags entsteht zwischen dem Dienstherrn und dem Dritten kein Vertragsverhältnis, sondern der Dritte erfüllt seine - gegenüber dem Schuldner des Dienstverschaffungsvertrags bestehende - Leistungsverpflichtung lediglich beim Dienstherrn. Dagegen steht beim GPAVV gerade der Abschluss eines vertraglichen Arbeitsverhältnisses zwischen Arbeitgeber und vermitteltem Arbeitnehmer im Mittelpunkt, bei welchem der vermittelte Arbeitnehmer seine Leistungsverpflichtung unmittelbar gegenüber dem Arbeitgeber zu erfüllen hat.
- Sowohl bei der Geschäftsbesorgung §§ 675 dBGB (als entgeltliche Form des Auftrags) wie auch beim

Bevollmächtigungsvertrag nach §§ 1002 ff öABGB nimmt der Geschäftsführer bzw Gewalthaber fremde Vermögensinteressen des Geschäftsherrn bzw Machtgeber wahr, während der GPAVer in erster Linie im eigenen Interesse, nämlich im Interesse der Erlangung einer Vermittlungsprovision, tätig wird. Erst mit Abschluss des Arbeitsvertrages zwischen dem Arbeitsuchenden und dem Arbeitgeber sind konkrete Vermögensinteressen des Arbeitgebers berührt, während die Tätigkeit des GPAVers zu diesem Zeitpunkt im Wesentlichen bereits abgeschlossen ist.

- Ziel des GPAVV ist der Abschluss eines Arbeitsvertrages zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitsuchenden aufgrund der Vermittlungstätigkeit des GPAVers, welche dann die Zahlung einer Provision des Arbeitgebers an den GPAVer zur Folge haben soll. Dies deckt sich mit dem Ziel des Maklervertrages nach §§ 652 ff dBGB bzw §§ 1 ff öMaklerG, bei dem der Auftraggeber dem Makler für den Fall der Vermittlung eines Vertrages zur Zahlung einer Provision verpflichtet ist, wenn der Vertrag tatsächlich zustande kommt.
- Der GPAVer ist - wie der Makler - regelmäßig weder zu einem Tätigwerden noch zu einem Erfolg verpflichtet. Er handelt bei seiner Vermittlungstätigkeit - wie der Makler - im eigenen Interesse, nämlich dem Erlangen einer Vermittlungsprovision bei erfolgreicher Vermittlungstätigkeit. Auch muss der Arbeitgeber – wie der Auftraggeber eines Maklervertrags – die Leistung des GPAVer nicht annehmen und ist nicht zum Abschluss eines Arbeitsvertrags mit dem vermittelten Arbeitsuchenden verpflichtet.
- Für die Annahme eines Maklervertrags spricht im deutschen Recht zudem der Inhalt des § 655 dBGB. Dieser beschäftigt sich mit der Herabsetzung eines Maklerlohns beim

Nachweis der Gelegenheit des Abschlusses eines Dienstvertrages. Zu solchen Dienstverträgen zählen typischerweise auch Arbeitsverträge.

- Die Anwendung von Handelsmaklerrecht nach §§ 19 ff öMaklerG bzw §§ 93 dHGB scheidet dagegen für den GPAVV aus, da sich der GPAVV auf die Vermittlung von Arbeitsverhältnissen und nicht auf die Vermittlung von Handelsgeschäften bezieht, was zwingende Voraussetzung des Handelsmaklervertrags wäre.
- Beim GPAVV handelt es sich damit um einen Maklervertrag nach §§ 652 ff dBGB bzw §§ 1 ff öMaklerG.

7.11. WESENTLICHE MERKMALE DER ARBEITSKRÄFTE- BZW ARBEITNEHMERÜBERLASSUNG IM ÖSTERREICHISCHEN UND DEUTSCHEN RECHT

- Zu unterscheiden sind die Varianten,
 - in denen ein Verleiher/Überlasser einen in seinem Betrieb für sein operatives Geschäfts angestellten Beschäftigten/Arbeitnehmer nur gelegentlich anderen Unternehmen überlasst (zB bei Auftragsschwachen Zeiten im eigenen Betrieb)
 - von denen, bei dem ein Verleiher/Überlasser einen Beschäftigten/Arbeitnehmer regelmäßig und gewerbsmäßig anderen Unternehmen überlässt.
- Nur die zweite Variante fällt im deutschen Recht unter den hier untersuchten Bereich der Arbeitnehmerüberlassung wie sie im dAÜG definiert ist, da § 1 Abs 1 Satz 1 dAÜG zum Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung deren Gewerbsmäßigkeit voraussetzt. Der Begriff der Gewerbsmäßigkeit iSd § 1 Abs 1 Satz 1 dAÜG ist vom Begriff der Gewerblichkeit von Arbeitsvermittlung iSd der zivilrechtlichen Definition des GPAVV hinsichtlich der Gewinnerzielungsabsicht zu unterscheiden. Beim GPAVV kann es zivilrechtlich aus Sicht des Vertragspartners egal sein kann, ob der GPAVer mit seiner Tätigkeit eine Gewinnerzielungsabsicht verfolgt. § 1 Abs 1 dAÜG greift dagegen zum Schutz der Arbeitnehmer regulierend in die Tätigkeit von Unternehmen ein, die Arbeitnehmerüberlassung durchführen. Für einen solchen Eingriff ist es aber gerade ausschlaggebend, dass der Verleiher seine Tätigkeit eben nicht nur in gelegentlichen Fällen der Variante 1, sondern zielgerichtet zum Zwecke der Gewinnerzielung durchführt.

- In Österreich fallen beide Varianten unter den Begriff der Arbeitskräfteüberlassung nach § 1 Abs 1 öAÜG. Allerdings stellt der Fall der Variante 1 bei einer vorübergehenden Überlassung von nicht mehr als 6 Monaten im Jahr in einen Betrieb der selben Branche nach § 135 Abs 2 Nr 1 öGewerbeordnung 1994 zwar eine Arbeitskräfteüberlassung, aber kein reglementiertes Gewerbe dar.
- Sowohl im österreichischen Recht (bei weiter Auslegung des Begriffs „betriebseigen“ in § 3 Abs 3 öAÜG) wie auch im deutschen Recht fallen auch Überlassungen an private Haushalte unter den Begriff der Arbeitskräfte- bzw. Arbeitnehmerüberlassung.
- Die Begriffe der Arbeitskräfte- und Arbeitnehmerüberlassung im österreichischen und deutschen Recht unterscheiden sich dadurch, dass im deutschen Recht nur Arbeitnehmer und im österreichischen auch arbeitnehmerähnliche Beschäftigungsverhältnisse umfasst sind.
- Das deutsche Recht löst die Fälle der arbeitnehmerähnlichen Personen über die vergleichbare sogenannte Scheinselbständigkeit und behandelt „scheinselbständig“ Beschäftigte unmittelbar als Arbeitnehmer. Liegt ein solcher Fall der Scheinselbständigkeit vor, ist der Dienstverpflichtete wie ein unselbständiger Arbeitnehmer zu behandeln. Entsprechend ist der Überlasser als Arbeitgeber des Dienstverpflichteten anzusehen, wodurch es sich bei Überlassung dieses Arbeitnehmers an einen Beschäftiger um Arbeitnehmerüberlassung handelt. Im österreichischen Recht ist dieser „Umweg“ über die Scheinselbständigkeit nicht notwendig.
- Das Verhältnis zwischen Entleiher und Arbeitnehmer ist im deutschen Recht umstritten. Aus meiner Sicht gibt die

Annahme eines unechten Vertrags zugunsten Dritter, bei dem der Verleiher den Entleiher ermächtigt, dessen Forderungsrechte auszuüben, die beste Lösung.

- In Österreich geht man in der Literatur davon aus, dass zwischen dem Beschäftiger und der Arbeitskraft zwar ein Beschäftigungsverhältnis entsteht, wobei aber klar gestellt wird, dass es sich dabei im Allgemeinen nicht um eine vertragliche Beziehung und insbesondere nicht um eine arbeitsvertragliche Beziehung handelt. Zur Ausgestaltung dieses Beschäftigungsverhältnisses ist mE auch in Österreich eine Anwendung der Vorschriften über den Vertrag zugunsten Dritter nach § 881 öABGB zielführend. Insofern würde ich auch hier von einem „unechten“ Vertrag zugunsten des Beschäftigers sprechen, bei dem der Beschäftiger zwar gegenüber der Arbeitskraft keine eigenständige Forderung hat, er aber vom Überlasser zur Ausübung dessen Forderungsrechts gegenüber der Arbeitskraft ermächtigt wird.
- In der österreichischen Literatur wird der Überlassungsvertrag idR eindeutig als Dienstverschaffungsvertrag eingeordnet.
- In Deutschland ist die Zuordnung teilweise umstritten, wobei mE auch hier die Arbeitnehmerüberlassung eine besondere Form der Dienstverschaffung darstellt.
- Fälle einer sogenannten Ketten- oder Zwischenüberlassung, bei denen ein Beschäftigter/Arbeitnehmer weiter überlassen wird, sind in Deutschland unstreitig zulässig, während deren Zulässigkeit im österreichischen Recht umstritten ist.
- Der aus meiner Sicht sachgerechte Weg ist es, diese Verträge stets zuzulassen und den Beschäftigten/Arbeitnehmer dadurch zu schützen, dass seine Arbeitnehmerrechte gegenüber beiden Verleihern/Überlassern gelten machen kann.

- Bei Zwischenmeisterverträgen schließt das Arbeitsverhältnis des Zwischenmeisters zum „Endarbeitgeber“ regelmäßig eine gewerbliche Überlassung des Arbeitnehmers aus, da der Zwischenmeister ihn gerade nur für eine Tätigkeit beim „Endarbeitgeber“ und nicht für eine Überlassung an weitere, andere Arbeitgeber eingestellt hat und es zudem an einer echten Überlassung fehlt, da das Weisungsrecht weiterhin beim Zwischenmeister liegt.

7.12. GESETZLICHE ABGRENZUNG ZWISCHEN GPAV UND ARBEITSKRÄFTE-/ARBEITNEHMER-ÜBERLASSUNG

- Gewerbliche private Arbeitsvermittlung und Arbeitnehmerüberlassung sind bereits vom Gesetz her zwei sich gegenseitig ausschließende Tatbestände.
- Bis 1997 ging in Deutschland bereits aus § 1 Abs 1 Satz 1 dAÜG aF hervor, dass Arbeitnehmerüberlassung immer nur dann vorliegt, wenn die Tätigkeit eines Verleihers keine Arbeitsvermittlung iSd § 13 dAFG darstellte. Diese Formulierung ist im Wege der Neuregelung weggefallen, da sie dies unzweifelhaft war und sie somit überflüssig wurde.
- In § 108b Abs 2 öGwerbeordnung 1991 bzw § 129 Abs 2 öGwerbeordnung 1994 und § 17d Abs 1 Nr 2 öAMFG wurde gleichzeitige Arbeitskräfteüberlassung und GPAV verboten. Auch der Wegfall des Verbots ändert nichts an der Auffassung des Gesetzgebers, dass dies zwei unterschiedliche Tatbestände sind.
- Auch eine vermutete bzw fingierte Arbeitsvermittlung nach § 1 Abs 2 dAÜG bzw § 2 Abs 4 öAÜG setzt Arbeitsvermittlung und Arbeitnehmer-/Arbeitskräfteüberlassung nicht gleich, vielmehr wird letztere durch die vermutete/fingierte Arbeitsvermittlung ersetzt.

7.13. VERTRAGLICHE ABGRENZUNG AUS DEN VERSCHIEDENEN RECHTSBEZIEHUNGEN DER BETEILIGTEN

- Typisches Kennzeichen einer Arbeitnehmerüberlassung im österreichischen wie im deutschen Recht ist ein existierendes Arbeitsverhältnis zwischen dem Verleiher/Überlasser und dem Arbeitnehmer/Beschäftigten.
- Dagegen ist GPAV typischerweise dadurch gekennzeichnet, dass arbeitsrechtliche Beziehungen nur zwischen dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber entstehen. Zwischen dem GPAVer und dem Arbeitnehmer liegt lediglich ein reines Gefälligkeitsverhältnis vor.
- Zwischen dem Entleiher/Beschäftiger und dem Arbeitnehmer/Beschäftigten liegt kein Arbeitsverhältnis vor, vielmehr existiert zwischen dem Verleiher/Überlasser und dem Arbeitnehmer/Beschäftigten sowohl in Deutschland wie auch in Österreich ein unechter Vertrag zugunsten des Entleihers/Beschäftigten, aus dem dieser Forderungen des Verleihers/Überlassers geltend machen kann.
- Auch wenn ein Entleiher/Beschäftiger einen Arbeitnehmer/Beschäftigten an einzelnen Vergünstigungen seiner Arbeitnehmer partizipieren lässt, ist der Schwerpunkt der arbeitsrechtlichen Beziehung zum Verleiher/Überlasser ausschlaggebend und es entsteht kein Arbeitsverhältnis zum Entleiher/Beschäftigten.
- Primäres Ziel einer GPAV ist dagegen die Vermittlung eines Arbeitsverhältnisses zwischen einem Arbeitgeber und einem Arbeitnehmer.
- Auch eine Organschaft eines Arbeitnehmer/Beschäftigten beim Entleiher/Beschäftigten ist in Österreich und Deutschland möglich, wobei das Arbeitsverhältnis zum

Verleiher/Überlasser die Organstellung beim Entleiher/Beschäftigter nicht beeinträchtigen darf.

- Zwischen dem Verleiher/Überlasser und dem Entleiher/Beschäftigter liegt ein Vertrag sui generis vor, den man als Dienstverschaffungsvertrag bezeichnen kann.
- Dabei schuldet der Verleiher/Überlasser in Österreich und Deutschland nicht das zur Verfügung stellen eines bestimmten Arbeitnehmers, vielmehr handelt es sich um eine Gattungsschuld, bei der irgendein geeigneter Arbeitnehmer zur Verfügung gestellt werden muss. Nach meiner Meinung (strittig) handelt es sich dabei um ein Dauerschuldverhältnis.
- Im Gegensatz zur Arbeitnehmerüberlassung muss der GPAVer dem Arbeitgeber nicht irgendeinen geeigneten Arbeitnehmer iSe Dauerschuldverhältnisses für den Vertragszeitraum zur Verfügung stellen. Vielmehr soll der GPAVer den Abschluss eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Arbeitgeber und einem konkreten Arbeitnehmer fördern.

7.14. VERLETZUNG DER ARBEITGEBERPFLICHTEN DURCH EINEN VERLEIHER/ÜBERLASSER

- Sowohl im österreichischen wie im deutschen Recht wird bei einer Verletzung der Arbeitgeberpflichten durch den Verleiher/Überlasser nach § 2 Abs 4 öAMFG bzw § 1 Abs 2 dAÜG eine Arbeitsvermittlung des Verleihers/Überlassers angenommen bzw in Deutschland widerlegbar vermutet. In beiden Ländern ist dabei die Frage, ob diese Arbeitsvermittlung zugleich ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher/Beschäftigter und Arbeitnehmer/Beschäftigtem nach sich zieht, sehr umstritten.

- Im österreichischen Recht würde ich dem Teil der Literatur folgen, der – mangels anderer gesetzlich geregelter Rechtsfolgen – aus der begrifflichen Logik der angenommenen Arbeitsvermittlung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Beschäftigten und dem Beschäftiger ableitet.
- Im deutschen Recht leitete man früher aus der Formulierung des § 13 dAÜG aF, wonach arbeitsrechtliche Ansprüche des Arbeitnehmers gegenüber dem entleihenden Arbeitgeber nicht durch Vereinbarung ausgeschlossen werden konnten, den Gedanken ab, dass solche – in § 13 dAÜG aF erwähnten – Ansprüche über eine Analogie des § 10 Abs 1 dAÜG (Fiktion eines Arbeitsverhältnisses) erst entstanden sein müssen. Diese Auffassung spiegelte sich damals auch in der Rechtsprechung des dBAG wider.
- Nach meiner Auffassung ist auch nach Abschaffung des § 13 dAÜG aF eine analoge Anwendung des § 10 Abs 1 dAÜG weiterhin möglich. Der Gesetzgeber kannte die Analogie und hat die Gelegenheit der Abschaffung des § 13 dAÜG aF gerade nicht dazu genutzt, diese Analogie gesetzlich oder in der Gesetzesbegründung abzuschaffen. Damit steht eine Abschaffung des § 13 dAÜG der weiteren analogen Anwendung des § 10 Abs 1 dAÜG nicht entgegen, dh bei einer Arbeitsvermittlung aufgrund § 1 Abs 2 dAÜG wird zugleich ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Arbeitnehmer fingiert. Diese Auffassung steht allerdings im Widerspruch zu neuen, inzwischen grundlegend geänderten Rechtsprechung des dBAG.
- Der Vertrag zwischen dem Überlasser/Verleiher und dem Beschäftigten/Entleiher ist nicht nach § 879 öABGB bzw § 134 dBGB nichtig, da die nach § 2 Abs 4 öAMFG bzw § 1 Abs 2 dAÜG beim Überlasser/Verleiher angenommene Arbeitsvermittlung nicht verboten, sondern nur unter den

Vorbehalt der Gewerbeanmeldung bzw. Berechtigung gestellt ist.

- Kannte der Beschäftiger/Entleiher die Verletzung der Arbeitgeberpflichten des Überlasser/Verleihers und die Wirkung des § 2 Abs 4 öAMFG bzw § 1 Abs 2 dAÜG, so ist davon auszugehen, dass zwischen Beschäftiger/Entleiher und Überlasser/Verleiher ein GPAVV statt einem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag vorliegt und ein solcher zumeist auch gewollt ist.
- Kannte der Beschäftiger/Entleiher dies dagegen nicht, so bleibt es bei einem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag, da mE mit der Annahme/Vermutung der Arbeitsvermittlung zwar ein Schutz des Beschäftigten/Arbeitnehmers verfolgt wird, dagegen aber nicht bezweckt ist, das Vertragsverhältnis zwischen Beschäftiger/Entleiher und Überlasser/Verleiher zu regeln.
- Nach meiner Überzeugung folgt hieraus eine Nichterfüllung des Arbeitnehmerüberlassungsvertrags durch den Verleiher/Überlasser nach § 325 dBGB bzw § 918 ff öABGB, da gerade die zeitliche Begrenzung der Überlassung eines Arbeitnehmers/Beschäftigten essentieller Bestandteil eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags ist.
- Das Verhalten des Überlassers/Verleihers, welcher aufgrund § 2 Abs 4 öAMFG bzw § 1 Abs 2 dAÜG eine Arbeitsvermittlung durchführt, kann zudem aufgrund des Verstoßes gegen die Erlaubnispflicht nach § 97 öGewerbeordnung 1994 iVm § 4 Abs 1 Z 4 öAMFG bzw aufgrund fehlender Anzeige nach § 146 Abs 2 Nr 1 dGewO geahndet werden.

7.15. ARBEITNEHMERÜBERLASSUNG DURCH EINEN GPAV OHNE ERLAUBNIS ZUR ARBEITNEHMERÜBERLASSUNG

- Sowohl in Österreich wie auch in Deutschland steht Arbeitnehmerüberlassung unter einem Erlaubnisvorbehalt. In Österreich ist für Arbeitnehmerüberlassung als reglementiertes Gewerbe nach § 94 Ziffer 72 öGewO 1994 gemäß § 135 öGewO 1994 eine Gewerbeberechtigung erforderlich, die von den zuständigen Gewerbebehörden, somit nach § 339 Abs 1 öGewO 1994 den Bezirksverwaltungsbehörden, erteilt wird. In Deutschland ergibt sich die Erlaubnispflicht für Arbeitnehmerüberlassung unmittelbar aus § 1 Abs 1 dAÜG. Die Erlaubnis wird von der Bundesagentur für Arbeit erteilt.
- Betreibt ein GPAVer in Deutschland Arbeitnehmerüberlassung ohne eine hierfür nach § 1 Abs 1 Satz 1 dAÜG notwendige Erlaubnis, so treten die Rechtsfolgen der §§ 9, 10 dAÜG ein. Gemäß § 9 Nr 1 dAÜG sind die Verträge zwischen dem als Verleiher einer Arbeitnehmerüberlassung auftretenden GPAVer und dem Arbeitgeber (Entleiher) sowie dem Arbeitnehmer unwirksam. Dies wiederum führt dazu, dass zwischen dem Arbeitgeber (Entleiher) und dem Arbeitnehmer aus § 10 Abs 1 Satz 1 dAÜG ein Arbeitsverhältnis entsteht.
- Der Verleiher ohne Erlaubnis hat im Rahmen seines Vertragsverhältnisses mit dem Entleiher aufgrund der fehlenden Erlaubnis gegen ein gesetzliches Verbot iSd § 309 dBGB (auf gesetzliches Verbot gerichteter Vertrag) verstoßen. Dem Entleiher stehen somit über § 309 dBGB Schadensersatzansprüche gegen den Verleiher ohne Erlaubnis nach § 307 dBGB zu.

- Im öAÜG findet sich dagegen keine eigenständige Regelung, welche die Berechtigung des Überlassers für seine Tätigkeit regelt. Vielmehr ergibt sich die Einordnung der Arbeitnehmerüberlassung als reglementiertes Gewerbe mit entsprechender Gewerbeberechtigung aus den gewerberechtlichen Vorschriften der §§ 94 Ziffer 72 öGewO 1994 und § 135 öGewO 1994. Ebenso fehlt im öAÜG eine den §§ 9, 10 dAÜG vergleichbare Vorschrift, wonach bei einer Überlassung ohne Erlaubnis des Überlassers ein Arbeitsverhältnis zwischen Beschäftigter und Arbeitskraft gesetzlich entstehen soll.
- Hier zeigt sich zugleich der wesentliche Unterschied zwischen dem deutschen Erlaubnisvorbehalt des § 1 Abs 1 Satz 1 dAÜG und der österreichischen Notwendigkeit einer Gewerbeberechtigung für ein reglementiertes Gewerbe nach §§ 94 Ziffer 72 öGewO 1994 und § 135 öGewO 1994. Während § 1 Abs 1 Satz 1 dAÜG ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt fixiert und somit in Deutschland eine Arbeitnehmerüberlassung ohne Erlaubnis als Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot werten lassen will, so stellen die Vorschriften der §§ 94 Ziffer 72 öGewO 1994 und § 135 öGewO 1994 eine Berufsausübungsregelung dar, durch welche der Zugang zur und die Qualität der Berufsausübung geregelt werden soll. Ein Verstoß dagegen ist in Österreich kein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot.
- § 16 Abs 1 Nr 1 und 1a dAÜG ahnden in Deutschland das Überlassen ohne Erlaubnis durch den Verleiher wie auch das Tätigwerden eines ohne Erlaubnis überlassenen Arbeitnehmers beim Entleiher als Ordnungswidrigkeit des Verleihers und Entleihers.
- In Österreich kann dagegen nur das Verhalten des Überlassers ohne Gewerbeberechtigung geahndet werden und zwar nach der gewerberechtlichen Vorschrift des § 366

Abs 1 Ziff 1 öGewO 1994, wonach die Ausübung eines reglementiertes Gewerbe ohne Gewerbeberechtigung eine Verwaltungsübertretung darstellt. Das Verhalten des Entleihers ist dagegen straffrei.

7.16. VERMITTLUNG MEHRERER BEFRISTETER ARBEITSVERTRÄGE DURCH EINEN GPAVER ALS FAKTISCHE ARBEITNEHMERÜBERLASSUNG

- Die Vermittlung von befristeten Arbeitsverträgen durch einen GPAVer ist sowohl in Deutschland wie auch in Österreich zulässig.
- Dient allerdings die mehrfache Vermittlung des selben Arbeitnehmers für den GPAVer als eine Art „dauerhafte bzw längerfristige Einnahmequelle“, folgt daraus, dass hier faktisch sehr wohl ein Fall von Arbeitnehmerüberlassung vorliegen kann, bei welchem der GPAVer aber seinen Pflichten als Überlasser/Verleiher und damit als Arbeitgeber nicht nachkommt. Wichtiges Beurteilungskriterium ist dabei, ob der GPAVer von sich aus darauf abzielt, denselben Arbeitnehmer mehrfach in befristete Arbeitsverhältnisse zu vermitteln (dies spricht für eine verdeckte, faktische Arbeitnehmerüberlassung) oder ob der Arbeitnehmer sich aus eigener Initiative, immer wieder an den GPAVer wendet (dann liegt wohl lediglich mehrfache GPAV vor).

7.17. RECHTSFOLGEN FAKTISCHER ARBEITNEHMER-ÜBERLASSUNG BEIM GPAVER OHNE ZUSÄTZLICHE ERLAUBNIS ZUR ARBEITNEHMER-ÜBERLASSUNG

- Verfügt der GPAVer in Deutschland nicht über eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung, ergeben sich die

Rechtsfolgen zunächst unmittelbar aus § 9 Nr 1 dAÜG. Dies bedeutet zum einen im Verhältnis zwischen GPAVer und Arbeitnehmer, dass das ohne ausdrücklichen Vertragsschluss zwischen diesen beiden Parteien faktisch angenommene Arbeitsverhältnis gemäß § 9 Nr 1 dAÜG unwirksam ist. Zum anderen wird als Konsequenz des § 9 Nr 1 dAÜG im Verhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber gemäß § 10 Abs 1 Satz 1 dAÜG ein Arbeitsverhältnis fingiert.

- Bei der Vermittlung eines befristeten Arbeitsverhältnisses verlangt § 14 Abs 1 dTzBfG einen die Befristung rechtfertigenden Grund und nennt Regelbeispiele hierfür. Allerdings sehen die Absätze 2, 2a und 3 des § 14 dTzBfG Ausnahmetatbestände vor, nach denen es keines rechtfertigenden Grundes für eine Befristung bedarf. Dagegen muss im vorliegenden Fall der faktischen Arbeitnehmerüberlassung und einer Fiktion des Arbeitsverhältnisses über §§ 9, 10 dAÜG, aufgrund der Vorschrift des § 10 Abs 1 Satz 2 dAÜG immer ein die Befristung sachlich rechtfertigender Grund vorliegen.
- Diese Forderung des § 10 Abs 1 Satz 1 dAÜG nach stets einem die Befristung rechtfertigendem Grund ist die Auswirkung einer faktischen Arbeitnehmerüberlassung in Deutschland.
- Gänzlich unterschiedlich ist die Beurteilung einer faktischen Arbeitnehmerüberlassung, bei der ein GPAVer nicht zugleich über eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung verfügt, mE in Österreich, da keine dem § 9 Nr 1 dAÜG vergleichbare Vorschrift mit entsprechender Wirkung der Unwirksamkeit eines Vertrags zwischen dem Beschäftigten und dem Überlasser sowie der darauf folgenden Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Beschäftigten und dem Beschäftigten existiert.

- Daher ist in Österreich anzunehmen, dass tatsächlich eine Arbeitskräfteüberlassung vorliegt und somit zwischen dem Beschäftigten und dem GPAV als Überlasser ein Arbeitsverhältnis vorliegt. Da § 11 Abs 2 Z 4 öAÜG vorschreibt, dass im Verhältnis zwischen Überlasser und Beschäftigtem Befristungen verboten sind, wenn die Befristung ohne sachlich rechtfertigenden Grund geschieht, wird man von einem unbefristeten Arbeitsverhältnis des Beschäftigten zum GPAVer als Überlasser ausgehen.
- Zugleich bleibt sein befristetes Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber bestehen, so dass sich der Beschäftigte aussuchen kann, ob er befristet beim Arbeitgeber oder unbefristet beim GPAVer als Überlasser angestellt sein möchte. Die Abgabe einer entsprechenden Erklärung wird man vom Arbeitnehmer erwarten können.
- Für den GPAVer ergibt sich in Deutschland aufgrund der faktischen Arbeitnehmerüberlassung, welche er ohne Erlaubnis ausgeübt hat, eine Ahndung seines Verhaltens als Ordnungswidrigkeit gemäß § 16 Abs 1 Nr 1 dAÜG. Eine Ahndung auf Seiten des Arbeitgebers als Entleiher einer faktischen Arbeitnehmerüberlassung ohne Erlaubnis des Verleihers ist über § 16 Abs 1 Nr 1a dAÜG zwar grundsätzlich ebenfalls möglich, dürfte aber in der Praxis regelmäßig an mangelndem Vorsatz oder Fahrlässigkeit des Arbeitgebers scheitern, der die Wirkungen dieses komplexen Zusammenspiels im Gegensatz zum GPAVer wohl in der Regel nicht kennen muss.
- In Österreich kann das Verhalten des GPAVers als Überlasser ohne Gewerbeberechtigung geahndet werden nach der gewerberechtlichen Vorschrift des § 366 Abs 1 Ziff 1 öGewO 1994, wonach die Ausübung eines reglementiertes Gewerbe ohne Gewerbeberechtigung eine Verwaltungsübertretung darstellt.

7.18. RECHTSFOLGEN FAKTISCHER ARBEITNEHMER- ÜBERLASSUNG BEIM GPAVER MIT ZUSÄTZLICHER ERLAUBNIS ZUR ARBEITNEHMERÜBERLASSUNG

- Für den Fall, dass ein GPAVer bei einer faktischen Arbeitnehmerüberlassung über eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung verfügt, sind die Lösungswege im österreichischen und deutschen Recht deutlich ähnlicher, als im obigen Fall, bei dem eine solche Erlaubnis nicht vorliegt.
- In solchen Fällen greift die deutsche Unwirksamkeitsregelung des § 9 Nr 1 dAÜG nicht ein, da der GPAVer ja zugleich auch über eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung verfügt. Eine Unwirksamkeit nach § 9 Nr 1 dAÜG ist aber wiederum Voraussetzung für eine Fiktion eines Arbeitsverhältnisses in unmittelbarer Anwendung des § 10 Abs 1 dAÜG, so dass eine solche unmittelbare Fiktion nicht in Betracht kommt.
- Sowohl in Deutschland wie auch in Österreich entsteht zwischen Beschäftigtem/Arbeitnehmer und dem GPAVer als Überlasser/Verleiher ein Arbeitsverhältnis, welches in Österreich stets unbefristet und in Deutschland dann unbefristet ist, wenn nicht ein Ausnahmetatbestand der § 14 Abs 2, 2a oder 3 dAÜG die Befristung rechtfertigt.
- In beiden Rechtsordnungen existiert parallel dazu ein Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitgeber, welches in Deutschland mE aus der Analogie zu § 10 Abs 1 Satz 2 dAÜG stets einen rechtfertigenden Grund für die Befristung verlangt, während in Österreich die Zulässigkeit der Befristung nach den allgemein gültigen Kriterien zu beurteilen ist.
- In beiden Rechtsordnungen kann der Beschäftigte/Arbeitgeber sowohl den Arbeitgeber wie auch

den GPAVer als Überlasser/Verleiher in Anspruch nehmen und muss sich für die Zukunft erklären, aus welchem Vertragsverhältnis er seine Leistungspflichten erfüllen möchte.

- Eine strafrechtliche Ahndung scheidet jeweils aus, da der GPAVer ja über eine Erlaubnis zu Arbeitskräfte-/Arbeitnehmerüberlassung verfügt.

7.19. ABGRENZUNG GEWERBLICHER PRIVATER ARBEITSVERMITTLUNG GEGENÜBER DER VERMITTLUNG VON WERKVERTRÄGEN

- Für die Beantwortung der Frage, ob eine Arbeitsvermittlung oder die Vermittlung eines Werkvertrages vorliegt, ist ausschließlich die Ausgestaltung des tatsächlich vermittelten Vertragsverhältnis zwischen dem „Auftraggeber“ der Vermittlung (Arbeitgeber oder Werkbesteller) und dem Vermittelten (Arbeitnehmer oder Werkunternehmer) ausschlaggebend. Es ist also danach zu fragen, ob das konkret vermittelte Vertragsverhältnis den Kriterien eines Arbeits- oder eines Werkvertrages entspricht.
- Ist der Vermittelte weisungsgebunden im Betrieb des Auftraggebers tätig und schuldet er diesem seine höchstpersönliche Arbeitsleistung, ohne dass ein konkreter Erfolg geschuldet wäre, so liegt zwischen dem „Auftraggeber“ der Vermittlung und dem Vermittelten ein Dienstvertrag in Gestalt eines Arbeitsvertrages vor. Somit betreibt derjenige, der einen solchen Vertrag vermittelt, grundsätzlich keine Vermittlung eines Werkvertrages, sondern Arbeitsvermittlung mit allen rechtlichen Konsequenzen, unabhängig davon, was zwischen ihm und dem „Auftraggeber“ der Vermittlung oder ihm und dem Vermittelten vertraglich vereinbart wurde.
- Schuldet der Vermittelte dagegen dem „Auftraggeber“ der Vermittlung den Eintritt eines konkreten Erfolges und ist er dabei weitestgehend weisungsunabhängig tätig, so handelt es sich beim vermittelten Vertragsverhältnis regelmäßig um einen Werkvertrag, so dass die Vorschriften zur GPAV keine Anwendung finden.

7.20. ABGRENZUNG GEWERBLICHER PRIVATER ARBEITSVERMITTLUNG GEGENÜBER DER VERMITTLUNG VON FREIEN DIENSTVERTRÄGEN

- Bei freien Dienstverträgen handelt es sich um Dienstverträge nach § 611 dBGB bzw §§ 1151 Abs 1 1. Alt, 1153 öABGB, bei denen der zur Dienstleistung Verpflichtete im Gegensatz zu Arbeitsverträgen nicht in einer persönlichen Abhängigkeit zum Auftraggeber der Dienstleistung steht und nicht weisungsgebunden, also im wesentlichen selbständig agiert. Im Gegensatz zum Werkvertrag ist aber auch der freie Dienstvertrag ein Dauerschuldverhältnis, bei dem das Wirken des Dienstverpflichteten und nicht ein konkretes Werk als Erfolg geschuldet wird.
- Sozialrechtlich liegt bei der Vermittlung eines freien Dienstvertrags mE sowohl in Österreich wie auch in Deutschland keine GPAV vor, da es bei freien Dienstverträgen gerade an der (unter besonderem Schutz stehenden) abhängigen Beschäftigung fehlt.
- Auch zivilrechtlich gibt es Regelungsbereiche der GPAV, bei denen es gerade auf die Arbeitnehmereigenschaft des Vermittelten ankommt (zB hinsichtlich der Informationspflichten des GPAVers). Insofern steht die Vermittlung freier Dienstverträge der GPAV zwar sehr nahe, unterscheidet sich aber in Details und ist somit nicht identisch.

7.21. VERMITTLUNG ARBEITNEHMERÄHNLICHER PERSONEN BZW AUSWIRKUNG SOGENANNTER SCHEINSELBSTÄNDIGKEIT

- In Deutschland wird beim Vorliegen der Tatsbestandsvoraussetzungen einer Scheinselbständigkeit unmittelbar ein Arbeitsverhältnis angenommen, so dass in Konsequenz auch die entgeltliche Vermittlungsleistung in dieses Arbeitsverhältnis als GPAV anzusehen ist.
- Eine solche unmittelbare Wirkung kann im österreichischen Recht nicht abgeleitet werden, da dieses ja die Unterscheidung zwischen einem Arbeitnehmer und einer arbeitnehmerähnlichen Person kennt.
- Allerdings ist mE die Vermittlung einer arbeitnehmerähnlichen Person hier der Vermittlung eines Arbeitnehmers gleich zu setzen und als GPAV zu definieren. Dies ergibt sich aus der konsequenten Fortführung des Gedankens des § 3 öAÜG, der arbeitnehmerähnliche Personen in den Anwendungsbereich des öAÜG aufnimmt, was mE auch auf die hinsichtlich des Arbeitnehmerschutzes ähnlich zu behandelnden Tatbestände der GPAV ausgeweitet werden kann.

7.22. ABGRENZUNG GEWERBLICHER PRIVATER ARBEITSVERMITTLUNG GEGENÜBER DER PERSONALBERATUNG

- Unter Personalberatung werden gemeinhin Tätigkeiten gefasst, die im Zusammenhang mit der Besetzung von Stellen für (zumeist) Führungskräfte in Unternehmen oder mit der Weiterentwicklung/Beförderung von (zumeist) Führungskräften stehen.
- Liegt der Schwerpunkt der Leistung eines Personalberaters in der aktiven Suche nach geeigneten Kandidaten für die Besetzung einer Position, so ist diese Tätigkeit als Arbeitsvermittlung anzusehen.

- Bildet dagegen die Beratung bei der Stellenbesetzung zB durch ein Assessment Center den Tätigkeitsschwerpunkt, so handelt es sich regelmäßig nicht um eine Arbeitsvermittlung, sondern um eine Unterstützung des Arbeitgebers bei dessen Selbstsuche eines geeigneten Kandidaten.
- Dagegen hat das deutsche Sozialrecht - mE recht unglücklich - über den inzwischen abgeschafften § 291 Abs 2 Nr 2 dSGB III aF lange Zeit auch die zivilrechtlich nicht unter den Begriff der Arbeitsvermittlung fallende Unterstützung eines Arbeitgebers bei der Selbstsuche als Arbeitsvermittlung definiert, aber vom damaligen Erlaubnisvorbehalt ausgeklammert.
- In Österreich hat es dieses Auseinanderfallen von zivil- und sozialrechtlicher Definition der Arbeitsvermittlung bei Personalberatern nicht gegeben, da eine Unterstützung bei der Selbstsuche eines Arbeitgebers auch sozialrechtlich nicht unter den Begriff der Arbeitsvermittlung subsumiert wurde.

7.23. VORAUSSETZUNGEN FÜR DAS ZUSTANDEKOMMEN EINES GEWERBLICHEN PRIVATEN ARBEITSVERMITTLUNGSVERTRAGS

- Der GPAVV unterliegt sowohl im deutschen wie auch im österreichischen Recht dem Grundsatz der Formfreiheit, da für den Abschluss eines typischen Maklervertrags zur Vermittlung von Dienstverträgen keine gesetzlichen Formvorschriften bestehen.
- Mindestvoraussetzung für die Bestimmtheit des GPAVV ist, dass sich Arbeitgeber und GPAVer über die Besetzung einer konkreten Stelle oder die Suche nach einer bestimmten Qualifikation geeinigt haben.
- Zudem muss eine Provisionsvereinbarung vorliegen. Dies kann auch stillschweigend geschehen (§ 653 Abs 2 dBGB bzw § 863 Abs 1 öABGB), wenn der Arbeitgeber durch seine Handlungen signalisiert hat, dass er dem GPAVer eine Leistung übertragen möchte, die man gemeinhin nur gegen Zahlung einer Provision erwarten kann.

7.24. AUSWIRKUNG EINES GESETZLICHEN VERBOTS DES VERMITTELTEN VERTRAGS

- Liegt sowohl auf Seiten des Arbeitgebers wie auch des GPAVers Kenntnis über die Nichtigkeit des vermittelten Vertrages vor, so ist auch der GPAVV nichtig. Gleiches gilt bei fahrlässiger Unkenntnis des GPAVers.
- Liegt beim GPAVer dagegen weder Kenntnis noch fahrlässige Unkenntnis vor, so ist der GPAVV nicht über § 134 dBGB bzw § 879 Abs 1 öABGB nichtig. Vielmehr behält der GPAV einseitig seinen Vergütungsanspruch.

7.25. DIE PROBEZEIT ALS AUFSCHIEBENDE BEDINGUNG

- In Deutschland regelt § 652 Abs 1 Satz 2 dBGB, dass für einen GPAVV, der unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen wurde, ein Maklerlohn erst verlangt werden kann, wenn diese Bedingung eingetreten ist.
- In Österreich stellt § 7 Abs 1 Satz 1 öMaklerG klar, dass ein Vergütungsanspruch des Maklers erst mit Rechtswirksamkeit des vermittelten Vertrags entsteht. Während man bei einer aufschiebenden Bedingung davon ausgeht, dass diese die Rechtswirksamkeit und damit den Provisionsanspruch hindert, wird bei einer auflösenden Bedingung die Frage gestellt, ob der Vertrag für den Auftraggeber auch ohne Auflösung einen wirtschaftlichen Wert hatte, was zu einem Bestand des Provisionsanspruchs führt.
- Gesetzlich geregelt ist die Kündigungsfrist innerhalb einer Probezeit in Deutschland in § 622 Abs 3 dBGB, der vorsieht, dass während einer vereinbarten Probezeit (längstens für die Dauer von sechs Monaten) ein Arbeitsverhältnis mit einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden darf bzw in Österreich in § 1158 Abs 2 öABGB, der eine Probezeit von einem Monat als zulässig erachtet in dem das Arbeitsverhältnis jederzeit ohne Angabe von Gründen auflösbar ist. Diese Probezeiten sind somit keine aufschiebenden Bedingungen für die Wirksamkeit des Vertrags, sondern lediglich vereinfachte Kündigungsregelungen.
- Die Probezeit ist also weder generell eine aufschiebende noch eine auflösende Bedingung und hindert in der Regel den Provisionsanspruch des GPAVers nicht. Es kann aber einzelvertraglich zwischen Arbeitgeber und GPAVer

vereinbart werden, dass sie eine Bedingung für den Provisionsanspruch des GPAVers sein soll.

7.26. NUR VERMITTLUNGS- ODER AUCH NACHWEISMAKLERTÄTIGKEIT ALS HAUPTLEISTUNGSPFLICHTEN DES GPAVERS

- Im deutschen Recht gibt es keine Vorschrift, die im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und GPAVer vorschreibt, ob eine Vermittlungstätigkeit des GPAVers vorausgesetzt wird oder eine Nachweismaklertätigkeit ausreicht. Daher kann GPAV sowohl die Tätigkeit eines Nachweis- als auch die eines Vermittlungsmaklers umfassen. Ausschlaggebend ist allein der Wille der Vertragsparteien.
- Gemäß § 6 Abs 2 öMaklerG ist dagegen eine solche Nachweismaklertätigkeit im österreichischen Recht nur dann für einen Provisionsanspruch ausreichend, wenn die im entsprechenden Geschäftszweig als üblich anzusehen ist. Hierin liegt bei neu (wieder) eingeführten Maklervertragsarten wie der GPAV ein Paradoxon, da diese Vorschrift in neuen Geschäftsbereichen eine Üblichkeit voraussetzt, deren Entstehen sie selbst verhindert, da sie die Nachweismaklertätigkeit bis zum Vorliegen dieser Üblichkeit ausschließt.
- Da wie beim Immobilienmaklervertrag auch bei der GPAV vereinbart werden kann, dass ein GPAV Stellenanzeigen schaltet und dem Arbeitgeber die bei ihm eingehenden Lebensläufe weiterleitet, ohne selbst in Kontakt mit dem Arbeitsuchenden getreten zu sein, wird man hier mE in einer entsprechenden Anwendung davon ausgehen, dass grundsätzlich auch Nachweismaklertätigkeiten des GPAVers im österreichischen Recht zulässig sind. Entsprechend ist auch in Österreich der Wille der Vertragsparteien ausschlaggebend.
- Bei GPAV als Nachweismaklervertrag muss der GPAVer den Arbeitgeber so mit Informationen über den

Arbeitsuchenden und insbesondere dessen mögliche Bereitschaft zu einem Vertragsschluss ausstattet, dass der Arbeitgeber ohne umfangreicheres weiteres Zutun mit dem Arbeitsuchenden Kontakt aufnehmen kann.

- Der GPAVer als Vermittlungsmakler muss auf den Arbeitsuchenden verdienstlich einwirken, damit dieser einen Arbeitsvertrag mit dem Arbeitgeber abschließt.

7.27. PFLICHT DES GPAVERS ZUM TÄTIGWERDEN

- § 4 Abs 2 öMaklerG stellt in Österreich klar, dass ein GPAVer nicht zum tätig werden verpflichtet ist, es sei denn, es wurde etwas anderes vereinbart.
- Auch im deutschen Recht ist eine Verpflichtung des GPAVers zum Tätigwerden regelmäßig zu verneinen. Eine Ausnahme besteht aus den Grundsätzen von Treu und Glauben nur dann, wenn der GPAVer eindeutig erkennt, dass sich der Arbeitgeber allein auf das Tätigwerden des GPAVers verlässt und er ihn nicht darüber informiert, dass er möglicherweise nicht tätig wird. Allerdings löst dies keine Pflicht zum Tätigwerden, sondern lediglich eine Schadensersatzpflicht des GPAVers aus.
- Nur bei einem Alleinvermittlungsauftrag des GPAVers ist nach § 14 Abs 1 öMaklerG bzw nach Treu und Glauben § 242 dBGB von einer Pflicht des GPAVers zum tätig werden regelmäßig auszugehen.

7.28. AUFKLÄRUNGSPFLICHTEN ALS NEBEN-LEISTUNGSPFLICHTEN DES GPAVERS

- Aufgrund der besonders schützenswerten Stellung des Arbeitsuchenden befindet sich der GPAVer trotz eines Vertrags mit alleiniger Provisionspflicht des Arbeitgebers in

einer Situation, in welcher er sowohl die Interessen des Arbeitgebers wie auch die Interessen des Arbeitsuchenden zu berücksichtigen hat und die damit ein nicht unerhebliches Konfliktrisiko in sich birgt.

- Zu lösen ist diese Interessenskollision beim GPAVer mE dadurch, dass man ihn im Grundsatz ebenso behandelt wie einen sogenannten Doppelmakler, der für beide Seiten tätig wird. Er hat die Interessen des Arbeitgebers zu wahren, der ihn bezahlt, ebenso wie die Interessen des Arbeitsuchenden, der sich in einer besonders schützenswerten Stellung befindet und ist daher zu Neutralität und Unparteilichkeit verpflichtet.
- Die Neutralitätsverpflichtung des GPAVers gegenüber beiden Parteien schließt dabei Aufklärungspflichten des GPAVers mE nicht grundsätzlich aus, auch wenn diese den Interessen des Arbeitsuchenden entgegenlaufen könnten, wenn sie zB negative Informationen enthalten. Aufklärungspflichten gehen dabei gemäß § 3 Abs 2 Satz 1 öMaklerG und hL in Deutschland vor Verschwiegenheitspflichten.
- Eine Verletzung der Neutralitätspflicht des GPAVers würde es aber darstellen, wenn der GPAVer Informationen an den Arbeitgeber weitergibt, über die ein Arbeitsuchender im direkten Gespräch mit dem Arbeitgeber eine Auskunft verweigern könnte.
- Alle Auskünfte, die ein Arbeitgeber von einem Arbeitsuchenden ungefragt erwarten kann (zB die Auskunft eines Kraftfahrers über ein Fahrverbot), muss auch der GPAVer an den Arbeitgeber ungefragt weitergeben, soweit diese ihm bekannt sind.
- Auf zulässige Fragen des Arbeitgebers muss der GPAVer auch wahrheitsgemäß antworten. Kennt er die Antwort auf eine Frage des Arbeitgebers nicht, so muss er Auskunft vom

Arbeitsuchenden einholen oder aber dem Arbeitgeber mitteilen, dass er keine Kenntnis besitzt.

- Bei den Auskunftspflichten des GPAVers wird man bezüglich der Sorgfalt der Recherche mE solche Kriterien ansetzen müssen, die auch ein „durchschnittlicher“ Arbeitgeber bei der Neueinstellung anzuwenden pflegt.
- Grundsätzlich sind auch persönliche Wertungen des GPAVers (auch negativer Art) zulässig und verstoßen nicht gegen seine Neutralitätspflicht.
- Allerdings ist der GPAVer in Inhalt und Art der Wertung beschränkt. Als Grundlage für eine solche Beschränkung sind analog die Kriterien geeignet, nach welcher die Fragen eines Arbeitgebers nach objektiven Informationen als zulässig und unzulässig eingestuft werden. Wertungen sind also nur in den Bereichen der fachlichen Qualifikation, der körperlichen und gesundheitlichen Verfassung und der persönlichen Eigenschaften zulässig und auch nur dann, wenn die Wertung von Relevanz für das konkrete Arbeitsverhältnis ist.
- Gibt der GPAVer Wertungen ab, ohne sich die entsprechenden Grundlagen (zB aus den Bewerbungsunterlagen oder einem Vorstellungsgespräch) für eine Wertung verschafft zu haben, so handelt er ohne die von ihm zu erwartende Sorgfalt und kann vom Arbeitgeber ggf für seine Sorgfaltspflichtverletzung haftbar gemacht werden.

7.29. FÖRDERUNGEN DER INTERESSEN DES ARBEITGEBERS ÜBER DIE REINE VERMITTLUNGSTÄTIGKEIT HINAUS

- In Österreich regelt § 3 Abs 1 öMaklerG, dass der Makler die Interessen des Auftraggebers redlich und sorgfältig zu

wahren hat. Daher trifft ihn mE eine Aufklärungspflicht bei ungewöhnlichen und zu Lasten des Arbeitgebers gehenden Forderungen des Arbeitssuchenden. Eine darüber hinausgehende Verpflichtung, den Vertragsabschluss einseitig im Interesse des Auftraggebers zu fördern und zB auch marktübliche Gehaltsvorstellung „nach unten zu verhandeln“, lässt sich aus der Regelung des § 3 Abs 1 öMaklerG dagegen nicht ableiten.

- Eine Aufklärungspflicht über Nachteile zu Lasten des Arbeitgebers wird man mE dagegen auch im deutschen Recht aus dem nach hM bestehenden Treueverhältnis des Maklers gegenüber dem Auftraggeber ableiten können. Insofern sind hier aus Sicht des österreichischen wie des deutschen Rechts gleiche Maßstäbe anzusetzen.

7.30. TÄTIGWERDEN FÜR EINEN ANDEREN ARBEITGEBER ODER SICH SELBST UND DABEI VEREITELUNG DES VERTRAGSABSCHLUSSES DURCH DEN GPAV

- Ein GPAVer darf auch für andere Arbeitgeber oder sich selbst tätig werden. Er muss dies aber dem Arbeitgeber mitteilen, damit dieser sich bei seinen Vorbereitungen einer Stellenbesetzung hierauf einstellen kann.
- Sind konkrete Vertragsverhandlungen zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitssuchenden bereits in eine abschließende Phase getreten, so befindet sich der Arbeitgeber in einer besonders schützenswerten Position, in welche der GPAVer nicht mehr eingreifen darf, solange die Verhandlungen nicht (ggf auch nur vorübergehend) gescheitert sind.

7.31. PFLICHT DES ARBEITGEBERS ZUR ZAHLUNG DER VERMITTLUNGSPROVISION AN DEN GPAVER

- § 652 Abs 1 dBGB bzw § 6 Abs 1 öMaklerG nennen als primäre die Pflicht des Auftraggebers (also des Arbeitgebers einer GPAV) die Pflicht zur Zahlung des Maklerlohns bzw der Provision an den Makler (also den GPAVer).
- Hinsichtlich der Höhe einer vereinbarten Provision herrscht zwischen GPAVer und Arbeitgeber grundsätzlich Vertragsfreiheit, so dass die Höhe des Maklerlohnes zwischen den Parteien frei vereinbart werden kann.

7.32. HÖHE DER ZU ZAHLENDEN VERMITTLUNGSPROVISION BEI FEHLENDER AUSDRÜCKLICHER VEREINBARUNG ZWISCHEN GPAVER UND ARBEITGEBER

- Nach § 653 Abs 1 dBGB gilt ein Maklerlohn immer dann als stillschweigend vereinbart, wenn die Leistung des GPAVers nach den Umständen nur gegen Zahlung einer Vergütung zu erwarten ist. Dies ist bei der Inanspruchnahme eines GPAVers grundsätzlich immer der Fall, wenn für den Arbeitgeber erkennbar war, dass es sich bei seinem "Gegenüber" um einen GPAVer handelt.
- Rechtsprechung und herrschende Lehre in Österreich gehen davon aus, dass ein konkludenter Vertragsschluss dann gegeben ist, wenn sich der Arbeitgeber der Tätigkeit des GPAVers nutzbringend bedient oder diese zumindest ohne Widerspruch duldet, in der Kenntnis, dass es sich hierbei um eine provisionspflichtige Tätigkeit handelt.
- Nach meiner Ansicht muss hier die Grenze eines konkludenten Vertragsschlusses eng gezogen werden. Es müssen mE Umstände vorliegen, die für den GPAVer einen

Vertragsschluss nahe legen, zum Beispiel, weil er bereits in einer Geschäftsbeziehung mit dem Arbeitgeber steht bzw der Erstkontakt vom Arbeitgeber ausging und der GPAVer daraus einen Widerspruch erwarten kann.

- Ist die Höhe der Vergütung nicht vereinbart, so stellt § 653 Abs 2 dBGB zunächst ausdrücklich auf einen taxmäßigen Lohn ab. Da ein solcher aber derzeit im Bereich der GPAV nicht existiert, greift die deutsche Regelung des § 653 Abs 2 2. Alternative dBGB bezüglich des üblichen Lohns (dh der nach Art der Tätigkeit und Gegend entsprechend allgemeiner Verkehrsanschauung übliche Vergütungssatz), welche mit der österreichischen Regelung des § 8 Abs 1 Satz 1 öMaklerG zur ortsüblichen Provision übereinstimmt.
- Kann auch die nicht ermittelt werden, ist nach § 8 Abs 1 Satz 2 öMaklerG in Österreich eine angemessene Vergütung zu entrichten. Können sich Arbeitgeber und GPAVer auf eine angemessene Höhe nicht einigen, so ist entsprechend dem Grundsatz aus § 273 Abs 1 Satz 1 ZPO diese im Streitfall vom Richter festzulegen.
- In Deutschland greifen mangels spezialgesetzlicher Regelung die Vorschriften der §§ 315, 316 dBGB, wonach der GPAVer als Gläubiger innerhalb des angemessenen Rahmens die Höhe der Provision selbst festlegen kann.

7.33. MÖGLICHKEIT UND GRENZEN EINER ABÄNDERUNG DER GESETZLICHEN VERGÜTUNGSREGELUNGEN DURCH INDIVIDUALABREDE

- Die Vergütung des GPAVers ist prinzipiell strikt erfolgsabhängig.
- Nach § 15 öMaklerG ist in Österreich bis zur Höhe der vereinbarten oder ortsüblichen Provision auch eine

erfolgsunabhängige Vergütung per Individualabrede zulässig, aber nur dann, wenn sie für den Fall getroffen wird, dass einer der in § 15 Abs 1 Nr 1 bis 4 öMaklerG ausdrücklich und abschließend genannten Tatbestände vorliegt.

- Im deutschen Recht ist dagegen eine erfolgsunabhängige Provision ohne spezialgesetzliche Begrenzung per Individualabrede möglich. Begrenzt wird die Möglichkeit von Individualvereinbarungen aber durch die Bestimmung über eine Sittenwidrigkeit nach § 138 dBGB. Man wird eine Individualabrede zur Zahlung einer erfolgsunabhängigen Vergütung mE dann als sittenwidrig bezeichnen können, wenn die Leistungen des GPAVers in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung (der erfolgsunabhängigen Vergütung) steht.

7.34. ZAHLUNG EINES AUFWENDUNGSERSATZES ALS NEBENLEISTUNGSPFLICHT DES ARBEITGEBERS IN ÖSTERREICH

- Im österreichischen Recht regelt § 9 Satz 1 öMaklerG, dass ein Aufwendungsersatz durch den GPAVer nicht verlangt werden kann. Eine Ausnahme hiervon sieht § 9 Satz 2 öMaklerG für den Fall eines zwischen GPAVer und Arbeitgeber ausdrücklich vereinbarten Zusatzaufwands des GPAVer vor. Per Individualvereinbarung kann von den Regelungen des § 9 öMaklerG nur in den engen Grenzen des § 15 öMaklerG abgewichen werden.
- Einschlägige gesetzliche Regelung für einen Aufwendungsersatz des GPAVers ist im deutschen Recht § 652 Abs 2 dBGB. In § 652 Abs 2 Satz 1 dBGB wird für einen Aufwendungsersatz eine vertragliche Vereinbarung zwischen dem Arbeitgeber und dem GPAVer vorausgesetzt.

- Die Aufnahme des Aufwendungsersatzes in die AGB des GPAVers stellt dagegen eine überraschende Klausel iSd § 305 c dBGB dar und wird somit nicht Vertragsbestandteil.
- Als pauschale Vereinbarung soll als Aufwendungsersatz in Deutschland allenfalls ein mäßiger (also den typischen Auslagen wie Schreibgebühren, Porto etc entsprechender) Höchstbetrag zulässig sein.

7.35. PFLICHT DES ARBEITGEBERS ZUR FÖRDERUNG DES PROVISIONSANSPRUCHS DES GPAVERS BZW VEREITELUNG DES PROVISIONSANSPRUCHS DURCH DEN ARBEITGEBER

- Der Arbeitgeber ist frei in seiner Entscheidung, ob er einen Arbeitsvertrag abschließen will oder nicht. Damit entfällt aber zugleich auch eine Förderungspflicht des Arbeitgebers in Bezug auf einen Provisionsanspruch des GPAVers. Somit kann der Arbeitgeber auch durch entsprechende Gestaltungen die Provisionszahlungspflicht an den GPAVer vereiteln, der diese Gestaltungen seinerseits einzelvertraglich unter Provisionspflicht stellen kann.
- Nur für den Fall, dass der Arbeitgeber den GPAVer durch sein Verhalten absichtlich/vorsätzlich und sittenwidrig schädigen will, ist also ein gesetzlicher Schadenersatzanspruch zu bejahen; hierfür sind die allgemeinen Regelungen der § 1295 Abs 2 öABGB bzw § 826 BGB ausreichend. Ein darüber hinausgehender vertraglicher Anspruch des GPAVers existiert dagegen in Österreich und Deutschland nicht.

7.36. INFORMATIONSPFLICHT DES ARBEITGEBERS GEGENÜBER DEM GPAVER ÜBER DIE ERLEDIGUNG DES VERMITTLUNGSaufTRAGS

- Das österreichische Recht hat in § 3 Abs 3 öMaklerG ausdrücklich geregelt, dass sich die Parteien gegenseitig die erforderlichen Nachrichten zu geben haben. Hierzu gehört es auf Seiten des Arbeitgebers insbesondere, dass er den GPAVer darüber informiert, wenn er bereits einen anderweitigen Vertrag geschlossen oder wenn er aus einem anderen Grund kein Interesse mehr an der Tätigkeit des GPAVers hat.
- Auch im deutschen Recht ist in einem solchen Fall der hM zuzustimmen, wenn sie ebenso dem Arbeitgeber die Pflicht auferlegen will, den GPAVer davon zu informieren, dass kein Interesse an seiner Tätigkeit mehr besteht, um ihm keine Veranlassung zu weiteren aufwendigen Tätigkeiten mehr zu geben.
- Allerdings wird man dem Arbeitgeber eine solche Informationspflicht gegenüber dem GPAVer über den Wegfall seines Interesse an den Bemühungen des GPAVers nur auferlegen, wenn ihm aufgrund der Umstände positiv bekannt war oder bekannt sein musste, dass der GPAVer tatsächlich weitere Bemühungen unternimmt.

7.37. WEITERGABE VON INFORMATIONEN ÜBER DEN ARBEITSUCHENDEN AN EINEN DRITTEN DURCH DEN ARBEITGEBER

- Eine in Österreich in § 3 Abs 2 öMaklerG gesetzlich fixierte und auch in der deutschen Rechtsprechung und Lehre unstreitige Nebenleistungspflicht des Arbeitgebers ist es, den GPAVer vor der Weitergabe der an den Arbeitgeber gelieferten Informationen an Dritte zu schützen.
- Bedient sich der Arbeitgeber eines Dritten oder eines eigenen Angestellten, der ihm bei der Auswahl eines durch

den GPAVer vorgeschlagenen Arbeitsuchenden behilflich sein soll, und schließt dieser dann (statt des Arbeitgebers) selbst einen Arbeitsvertrag mit dem Arbeitsuchenden, so haftet der Arbeitgeber für das Verhalten des Dritten gegenüber dem GPAVer aus § 278 BGB bzw § 1313 a öABGB.

7.38. MITTEILUNGSPFLICHT DES ARBEITGEBERS AN DEN GPAVER ÜBER EINE VORKENNTNIS

- Im Bereich der Informationspflicht des Arbeitgebers über eine Vorkenntnis wird ein breites Spektrum an Meinungen vertreten.
- Aus meiner Sicht wird man sowohl in Deutschland wie auch in Österreich zwar keine grundsätzliche Pflicht des Arbeitgebers dahingehend sehen, dass er stets über eine Vorkenntnis zu informieren hat, wohl aber dann, wenn er erkennt, dass der GPAVer weitere Aufwendungen in Bezug auf gerade diesen Arbeitsuchenden tätigen will.
- In diesem Fall wird man in Deutschland aus § 242 dBGB und in Österreich aus § 3 Abs 3 öMaklerG eine Informationspflicht des Arbeitgebers und einen Schadensersatzanspruch in Bezug auf diese konkreten Aufwendungen bejahen.
- Eine einzelvertragliche Vereinbarung, nach welcher der Arbeitgeber stets über eine Vorkenntnis informieren muss und nach der ohne diese Information bei Vertragsschluss zwischen Arbeitgeber und Arbeitsuchenden ein (erfolgsunabhängiger) Provisionsanspruch des GPAVers ausgelöst wird, ist in Deutschland zulässig, dagegen in Österreich aufgrund § 15 Abs 1 öMaklerG unzulässig.

7.39. WEITERE NEBENLEISTUNGSPFLICHTEN DES ARBEITGEBERS NACH ABSCHLUSS DES ARBEITSVERTRAGES ZWISCHEN DEM ARBEITGEBER UND DEM ARBEITSUCHENDEN

- Die wesentliche Nebenleistungspflicht des Arbeitgebers nach Abschluss des Arbeitsvertrages ist es, den GPAVer über den Abschluss eines Arbeitsvertrages und dessen Ausgestaltung zu informieren, um dem GPAVer die Geltendmachung und Berechnung seines Provisionsanspruches zu ermöglichen.
- Grundlage einer solchen Informationspflicht ist in Österreich unmittelbar § 3 Abs 3 und § 11 Satz 2 öMaklerG sowie in Deutschland der bereits vom Reichsgericht aufgestellte allgemeine Grundsatz, wonach eine Auskunft verlangt werden kann, wenn ein Anspruch dem Grunde nach feststeht, aber der Höhe nach vom Anspruchsberechtigten allein nicht beziffert werden kann.

ANHANG

A.1. KURZZUSAMMENFASSUNG DEUTSCHE VERSION

Die Arbeit betrachtet das Vertragsverhältnis zwischen gewerblichen, privaten Arbeitsvermittlern und Arbeitgebern im österreichischen und deutschen Recht aus unterschiedlichen Blickwinkeln.

In einem rechtshistorischen Teil wird zunächst die Entwicklung in beiden Ländern von einer weitgehenden Freizügigkeit gewerblicher privater Arbeitsvermittlung Ende des 19. Jahrhunderts bis zu deren schrittweisem Verbot und dem parallelen Entstehen der staatlichen Arbeitsvermittlungsstrukturen zu Beginn und Mitte des 20. Jahrhunderts untersucht. Dem folgt eine Analyse der gesellschaftspolitischen, juristischen und europarechtlichen Kritik am Monopol der staatlichen Arbeitsvermittlung Ende des 20. Jahrhunderts, die letztlich zum Ende der staatlichen Arbeitsvermittlungsmonopole und zur erneuten Zulassung gewerblicher, privater Arbeitsvermittlung führte.

Nach der Begriffsdefinition gewerblicher, privater Arbeitsvermittlung wird im folgenden das rechtliche Wesen des Vertragsverhältnisses zwischen gewerblichen, privaten Arbeitsvermittlern und Arbeitgebern untersucht und dieses im Ergebnis sowohl in Österreich wie auch in Deutschland dem Maklerrecht zugeordnet.

Einen Schwerpunkt der Arbeit bildet die Abgrenzung zwischen gewerblicher, privater Arbeitsvermittlung und Arbeitskräfteüberlassung (in Deutschland als

Arbeitnehmerüberlassung bezeichnet). Bereits mit der Neuzulassung gewerblicher, privater Arbeitsvermittlung in Deutschland 1994 und sowie mit einer Gesetzesänderung in Österreich 2002 können beide Gewerbe durch einen Vermittler bzw Überlasser ausgeübt werden, was interessante Abgrenzungsfragen aufwirft. Besonders umstritten sind dabei in beiden Rechtsordnungen beispielsweise die Folgen einer fingierten bzw vermuteten Arbeitsvermittlung bei Arbeitskräfteüberlassungen ohne ausreichende Übernahme der Arbeitgeberpflichten durch den Überlasser. In diesem Fall stellt sich die Frage, ob die Fiktion bzw Vermutung auch eine so weit reichende Wirkung hat, dass ein Arbeitsverhältnis zwischen der überlassenen Arbeitskraft und dem entleihenden Unternehmer entsteht, was aus meiner Sicht bejaht werden kann.

Die Abgrenzung zur Arbeitskräfteüberlassung wird ergänzt durch eine Abgrenzung gewerblicher, privater Arbeitsvermittlung zur Vermittlung von Werk- und freien Dienstverträgen. Hierbei wird auf die Problematik der arbeitnehmerähnlichen Personen im österreichischen und der sogenannten Scheinselbständigkeit im deutschen Recht eingegangen.

Abgerundet wird die Arbeit durch eine detaillierte Betrachtung der Hauptleistungs- und Nebenleistungspflichten des gewerblichen, privaten Arbeitsvermittlers gegenüber dem Arbeitgeber und umgekehrt. Die verschiedene Fragestellung zB hinsichtlich der nicht bestehenden Verpflichtung des gewerblichen Arbeitsvermittlers zum tätig werden oder der Mitteilungspflichten des Arbeitgebers werden in Österreich über die gesetzlichen Regelungen des Maklergesetzes gelöst, während sich die Lösungswege in Deutschland im wesentlichen aus Grundsatzentscheidungen der Rechtsprechung zum

Maklerrecht ableiten. Von besonderem Interesse ist in diesem Themenfeld zB auch die Frage, wie ein gewerblicher, privater Arbeitsvermittler, der in Österreich (bis auf wenige Ausnahmen) zwingend und in Deutschland regelmäßig vom Arbeitgeber beauftragt und bezahlt wird, sich - insbesondere bei Auskünften - gegenüber den schützenswerten Interessen des Arbeitnehmers zu verhalten hat. Dieser Interessenskonflikt wird dabei über eine Anwendung der für einen Doppelmakler einschlägigen Grundsätze gelöst.

Den Abschluss der Arbeit bildet eine umfassende Zusammenfassung der wichtigsten Thesen.

A.2. ABSTRACT ENGLISH VERSION

This paper considers the contractual relationship between commercial, private employment agencies and employers under Austrian and German law from a variety of perspectives.

In the first section, the transformation in both countries from extensive freedom for commercial, private employment agencies in the late 19th Century to their gradual prohibition and the simultaneous emergence of state employment service structures in the early and mid-20th Century will be investigated. This is followed by an analysis of the sociopolitical and legal criticisms of the monopoly on state employment services in the late 20th Century, which finally led to the decline of the state monopoly on employment services and to renewed approval for commercial, private employment agencies.

After defining commercial, private employment agencies, there then follows an investigation of the legal character of the contractual relationship between commercial, private employment agencies and employers, and this will be matched to brokerage law in both Austria and Germany as a result.

A key part of this paper is devoted to the distinction between commercial, private employment agencies and temping agencies. With the readmission of commercial, private employment agencies in Germany since 1994 and as a result of a change in the law in Austria in 2002, both types of employment service could be carried out by recruitment consultants, which poses interesting questions regarding the distinction. A subject of particular controversy in both legal systems, for example, is the consequences of a fictitious or presumed employment placement for temporary work without

sufficient assumption of employer responsibility by the recruitment consultant. In this case, the question arises as to whether the legal fiction or irrebuttable presumption also has such a far-reaching effect that an employment relationship can be said to exist between the temporary worker and the loaning company, which, in my opinion, is the case.

Temping is further expanded by defining commercial, private employment placements as the brokering of contracts of work and services. In this regard, we discuss the problem of people resembling employees (so-called ostensible self-employment) in Austrian and German law.

The paper ends with a detailed consideration of the main and ancillary performance duties of the commercial, private employment agency vis-à-vis the employer, and vice versa. The different questions, for example regarding the non-existent duty of the commercial employment agency to become active, or the disclosure duties of the employer, have been solved in Austria by means of the legal provisions in the Broker Act, whereas in Germany, the solutions are derived principally from judgments regarding broker case-law. Also of particular interest to this topic, for example, is the question of how a commercial, private employment agency, which is commissioned and paid by an employer in Austria (with a few exceptions) obligatorily and in Germany regularly, should behave - particularly with regard to information - towards the protectable interests of the employer. This conflict of interests is solved by applying the laws applicable to a double broker.

The paper concludes with a comprehensive summary of the most important propositions.

A.3. LEBENSLAUF DES VERFASSERS

Persönliche Daten

Name: Silvio Döring

Anschrift (privat): Auf dem Lerchenbühl 3
96049 Bamberg

Telefon (geschäftlich): 0049-69-68 60 36-0

Fax (geschäftlich): 0049-69-68 60 36-29

Mobil: 0049-151-12 15 30 52

e-mail: silvio.doering@quattron.com

Geburtsdatum /
Konfession: 22.02.1969 / römisch-katholisch

Familienstand: Verheiratet, 1 Kind

Staatsangehörigkeit: Deutsch

Berufliche Tätigkeit

seit Anfang 2002	quattron management consulting (Top Management Beratung)	Partner, Geschäftsführer
Anfang 1996 – Anfang 2002	Arthur D. Little, International (Top Management Beratung)	Senior Manager (letzte Position)

Ausbildung

seit SS 2007	Promotionsstudium an der Universität Wien
seit Anfang 1996	Rechtsanwaltszulassung
Ende 1995	Zweites juristisches Staatsexamen (Assessorexamen = Befähigung zum Richteramt)
Mitte 1993 – Ende 1995	Rechtsreferendariat am Landgericht Bamberg
Mitte 1993	Erstes juristisches Staatsexamen

- | | |
|------------------------|--|
| Ende 1988 – Mitte 1993 | Studium der Rechtswissenschaften an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen und an der Universität Wien; zudem Studium ausgewählter Bereiche der Betriebswirtschaftslehre an der Otto-Friedrich-Universität Bamberg |
| Ende 1988 – Mitte 1993 | Diverse studienbegleitende Praktika: Deutsche Bank, Finanzbehörden, verschiedene Anwaltskanzleien und Mitglied des Europäischen Parlamentes (Dr. Otto von Habsburg, EVP-Fraktion) sowie redaktionelle Nebentätigkeiten bei diversen Print- und Hörfunkmedien |
| Mitte 1988 | Abitur am E.T.A. Hoffmann Gymnasium Bamberg |

**Ausgewählte juristische und berufliche Erfahrungen (mit
Leitungsverantwortung)**

Umfassende Beratung und Projektsteuerung für das Bayerische Staatsministerium des Innern beim Aufbau des digitalen Behörden- und Sicherheitsfunks (BOS)

Aufbau einer Programmsteuerung für die Deutsche Bahn zur Verwendung der staatlichen Konjunkturprogrammmittel unter Berücksichtigung der haushalterischen Vorgaben

Verhandlungen der Infrastrukturverträge zum Aufbau des digitalen Behörden- und Sicherheitsfunks für die Deutsche Bahn gegenüber der Bundesrepublik Deutschland (Bundesministerium des Inneren und weitere Fachbehörden)

Vertragsverhandlungen und Due Diligence bei der Übernahme wesentlicher Teile und von über 3.500 Mitarbeitern eines Telekommunikationsunternehmens durch einen europäischen Konzern

Entwicklung einer Technologiestrategie für ein Eisenbahn-Infrastrukturunternehmen unter Berücksichtigung der sicherheitsrelevanten Aspekte und gesetzlich vorgeschriebenen Verfahren

Geschäftsplanung und Bewertung mehrerer Versorgungsunternehmen zur Vorbereitung einer Fusion und Festlegung der künftigen Anteilsverhältnisse, inkl. Moderation der Verhandlungen über die künftige Verteilung der Anteilsverhältnisse

Machbarkeitsanalyse, Geschäfts- und Investitionsplanung sowie Umsetzungsbegleitung beim Aufbau digitaler Telefonnetze mit GSM-R

Standard für mehrere europäische Eisenbahnkonzerne und einen internationalen Tunnelbetreiber mit Investitionsvolumen von mehreren Mrd. Euro inkl. Vertragsverhandlungen mit den Lieferanten

Begleitung eines europäischen Konzerns beim Aufbau eines Unternehmens im Business Travel Management auf Basis einer neuen, technologisch führenden Software (Definition der Prozesse und Organisation, Erarbeitung einer Vertriebsstrategie, Erstellung der Wirtschaftlichkeitsrechnung), dabei auch Verhandlung mit potentiellen strategischen Investoren sowie Gestaltung und Verhandlungen der Verträge mit dem Softwareentwickler

Gutachterliche Prüfung von bei der Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben (BvS) eingereichten Unternehmens- und Investorenkonzepten im Auftrag des Bundesministeriums der Finanzen. Dabei Prüfung von über 30 Unternehmen verschiedener Branchen auf Sanierungsfähigkeit sowie Tragfähigkeit von Investitionskonzepten und Abbildung der Unternehmensentwicklung in Business Cases

Post Merger Integration für einen amerikanischen Hersteller von Bau- und Landmaschinen. Dabei Abbildung der Geschäftsentwicklung in einem Business Case nach deutschem HGB und US-GAAP

...

