

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Verkündet am
23. Februar 1989

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: 11/7 RAr 103/87

.....,

Kläger und Revisionskläger,

Prozeßbevollmächtigter:

.....,

g e g e n

Bundesanstalt für Arbeit,
Nürnberg, Regensburger Straße 104,

Beklagte und Revisionsbeklagte.

Der 11. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. Februar 1989 durch den Vorsitzenden Richter Dr. V o l k m a n n und die Richter Dr. G a g e l und S c h n e i d e r - D a n w i t z sowie den ehrenamtlichen Richter H o h m a n n und die ehrenamtliche Richterin B l ä t t e l für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landessozialgerichts Rheinland-Pfalz vom 7. August 1987 aufgehoben und der Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an dieses Gericht zurückverwiesen.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Gründe:

I

Streitig ist eine von der beklagten Bundesanstalt für Arbeit (BA) erteilte Untersagung der Künstlervermittlung.

Die beklagte BA teilte dem Kläger in einem mit Rechtsmittelbelehrung versehenen Bescheid vom 19. Oktober 1983 folgendes mit:

"Sehr geehrter Herr N.,

nach den mir vorliegenden Unterlagen betreiben Sie als Inhaber eines Showbüros Arbeitsvermittlung im Sinne von §§ 4, 13 Arbeitsförderungsgesetz (AFG), obwohl Ihnen hierzu kein Auftrag der Bundesanstalt für Arbeit (BA) nach § 23 Abs 1 AFG erteilt wurde. So haben Sie mehrere Künstler, zB R K , S , T T , in Engagementsverträge vermittelt.

Unter Arbeitsvermittlung iS des § 13 AFG ist jede Tätigkeit zu verstehen, die darauf gerichtet ist, Arbeitsuchende mit Arbeitgebern zur Begründung von Arbeitsverhältnissen zusammenzuführen. Ich untersage Ihnen daher, Arbeitsvermittlung zu betreiben und fordere Sie auf, diese Tätigkeit sofort zu unterlassen. Für jeden Fall der Zuwiderhandlung drohe ich Ihnen ein Zwangsgeld in Höhe von 1.000,-- DM an."

Der hiergegen eingelegte Widerspruch wurde mit der Begründung zurückgewiesen, in allen vom Kläger als Bevollmächtigtem der Künstler abgeschlossenen Verträgen sei es unzweifelhaft um die Begründung von Arbeitsverhältnissen gegangen, denn bei den Künstlern S (Tierillusion), R und N K (Fakir), T T (Go-Go-Show), Mr H (Bauchredner), T H (Sänger), S J (Hypnose), D -R (Variete) und B I (Komplettprogramm mit Sänger) seien die Merkmale der Arbeitnehmerschaft erfüllt. Sie seien nämlich an eine Regie gebunden, da ihre Auftritte im Rahmen eines künstlerischen oder Unterhaltungsunternehmens erfolgten und es sich um laufende Auftritte bei professionellen Veranstaltern handele. Anfechtungsklage gegen die genannten Bescheide hat der Kläger nicht erhoben.

Mit der im Juli 1985 erhobenen Klage hat der Kläger beantragt festzustellen, daß der Untersagungsbescheid vom 19. Oktober 1983 in der Gestalt des



Widerspruchsbescheides nichtig sei, und daß der Kläger mit der Vermittlung konzertmäßiger Auftritte keine Arbeitsvermittlung betreibe. Die Bescheide seien nichtig, weil sie nicht hinreichend bestimmt seien und die verbotene Tätigkeit nicht konkret bezeichnet werde.

Das Sozialgericht (SG) hat die Klage als unbegründet abgewiesen (Urteil vom 16. Dezember 1986). Das Landessozialgericht (LSG) hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen, da die Feststellungsklagen nicht zulässig seien (Urteil vom 7. August 1987).

Mit der Revision rügt der Kläger Verletzung des § 55 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG), da die Klage entgegen der Auffassung des LSG zulässig sei.

Der Kläger beantragt,

die Urteile des LSG vom 7. August 1987 und des SG vom 16. Dezember 1986 aufzuheben und festzustellen, daß der Untersagungsbescheid der Beklagten in der Gestalt des Widerspruchsbescheides nichtig ist und daß der Kläger mit der Vermittlung konzertmäßiger Künstlerauftritte keine Arbeitsvermittlung betreibt.

Die Beklagte beantragt,

die Revision des Klägers zurückzuweisen.

II

Auf die Revision des Klägers war das Urteil des LSG aufzuheben und der Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen. Das LSG hat die beiden erhobenen Feststellungsklagen zu Unrecht als unzulässig angesehen.

Das LSG meint, der Kläger müsse sein Begehren, die Unwirksamkeit der Untersagungsverfügung klarzustellen und den Rechtsschein eines wirksamen Verwaltungsaktes zu beseitigen, im Wege eines Antrags auf Rücknahme dieses Bescheides nach § 44 Sozialgesetzbuch - Verwaltungsverfahren - (SGB 10) verfolgen, wobei ein Ablehnungsbescheid mit der Verpflichtungsklage bekämpft werden könne. Ein nichtiger Verwaltungsakt ist nach § 39 Abs 3 SGB 10 unwirksam; gleichwohl begründet er den Rechtsschein einer wirksamen Regelung. Anspruch auf Beseitigung dieses Rechtsscheins geben Vorschriften des Prozeßrechts und des Verwaltungsverfahrensrechts. Nach



§ 55 Abs 1 Nr 4 SGG kann die gerichtliche Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes mit der Feststellungsklage begehrt werden, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung hat. Daneben ist gegen nichtige Verwaltungsakte auch die Anfechtungsklage zulässig. Auch die Parallelvorschriften in der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) und der Finanzgerichtsordnung (FGO) räumen nebeneinander die Anfechtungs- und die Feststellungsklage ein. Das soll den Schwierigkeiten Rechnung tragen, die sich daraus ergeben, daß die Frage, ob ein Verwaltungsakt nur anfechtbar oder sogar nichtig ist, im Einzelfall nur schwer zu beantworten ist und möglicherweise in den Instanzen unterschiedlich beurteilt wird (Redeker/von Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, 9. Aufl. § 42 Nr 12). Ist ein Verwaltungsakt allein mit der Anfechtungsklage angegriffen, so bedarf es, wenn der Klageanspruch begründet ist, nicht der Prüfung, ob der Verwaltungsakt nichtig ist (BSGE 17, 139, 142 = SozR Nr 35 zu § 55 SGG; seither ständige Rechtsprechung). Werden beide Klagearten nebeneinander verfolgt, so können die beiden Anträge nur in Form eines Haupt- und Hilfsantrages miteinander verbunden werden (BSGE 12, 185 = SozR Nr 25 zu § 55 SGG). Insoweit kann offenbleiben, ob der Kläger bei rechtzeitig erhobener Klage nur dann ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung der Nichtigkeit des Verwaltungsaktes hat, wenn er Rechtsfolgen der Nichtigkeit in Anspruch nimmt, die über die Aufhebung des Verwaltungsaktes aufgrund einer Anfechtungsklage hinausgehen (zur aufschiebenden Wirkung vgl § 97 Abs 1 Nr 3 SGG; zur Beschränkung der Vorverfahrenspflicht auf Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen vgl § 78 SGG).

Im Verwaltungsverfahrenrecht schreibt § 40 Abs 5 2. Halbsatz SGB 10 vor, daß auf Antrag die Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes jederzeit durch die Behörde festzustellen ist, wenn der Antragsteller hieran ein berechtigtes Interesse hat. Die Feststellung der Nichtigkeit bindet die Beteiligten und ist damit ein feststellender (deklaratorischer) Verwaltungsakt (Verbandskommentar, SGB 10, § 40 RdNr 20; Hauck/Haines SGB 10, § 40 RdNr 31; Zweng/Scheerer/Buschmann, Handbuch der Rentenversicherung, SGB 10, § 40 Anm 6) und nicht nur eine unverbindliche Bescheinigung der Nichtigkeit (anderer Auffassung Obermayer, Verwaltungsverfahrensgesetz, § 44 RdNr 122; wohl auch BFH Urteil vom 17. Oktober 1985 VII R 185/83). Der Anspruch auf Rücknahme eines rechtswidrigen nicht begünstigenden Verwaltungsaktes nach § 44 SGB 10 ist auch gegeben, wenn der Verwaltungsakt wegen der Rechtswidrigkeit nichtig ist. Wie im Prozeßrecht, so erfordert es auch im Verwaltungsverfahrenrecht der Grundsatz der Verfahrensökonomie, die Aufhebung eines nichtigen Verwaltungsaktes



zuzulassen, wenn dadurch die schwierige Entscheidung erübrigt werden kann, ob der Verwaltungsakt nichtig oder nur wegen Rechtswidrigkeit aufhebbar ist. Das SGB 10 räumt die Ansprüche nach § 40 Abs 5 und nach § 44 unabhängig davon ein, ob die Anfechtungsfrist des bekämpften Verwaltungsaktes bereits abgelaufen ist. Ein Anhaltspunkt dafür, daß der Gesetzgeber damit die Klagemöglichkeiten in Angelegenheiten des § 51 SGG nach dem SGG, im übrigen nach der VwGO, einschränken wollte, ohne diese Vorschriften ausdrücklich zu ändern, ist nicht ersichtlich. Das ist allerdings nicht unumstritten. Teilweise wird angenommen, vor der Nichtigkeitsfeststellungsklage müsse die Feststellung durch die Behörde beantragt werden (Bley, Gesamtkommentar, Band 6, SGG § 55 Anm 6a; Meyer/Borgs, VwVfG, 2. Aufl, § 44 RdNr 30 und 31; wohl auch Schroeder-Printzen, SGB 10, § 40 Anm 8). Jedoch zeigt die vom Gesetzgeber gewollte Vorverfahrensfreiheit der Nichtigkeitsklage, daß dem Betroffenen nach Erlaß des nichtigen Verwaltungsaktes die erneute Anrufung der Verwaltung nicht zugemutet wird (ähnlich Hauck/Haines, SGB 10, § 40 RdNr 29; Zweng/Scheerer/Buschmann, Handbuch der Rentenversicherung, SGB 10, § 40 Anm VI; Kopp, VwVfG, 4. Aufl, § 44 RdNr 67). Wenn der Rechtsanspruch auf Feststellung der Nichtigkeit durch die Behörde nach § 40 Abs 5 SGB 10 die Nichtigkeitsfeststellungsklage nicht ausschließt, so muß dies für die allgemeine Möglichkeit einer Klage auf Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes aus § 44 SGB 10 erst recht gelten, und das um so mehr, wenn die Rücknahme mit Wirkung für die Vergangenheit im Ermessen der Behörde steht, wie dies hier nach § 44 Abs 2 SGB 10 der Fall ist.

Die Möglichkeit, einen Anspruch auf Rücknahme des nichtigen Verwaltungsaktes oder einen Anspruch auf Feststellung der Nichtigkeit durch die Behörde im Wege der Verpflichtungsklage zu verfolgen, schließt entgegen der Ansicht des LSG auch unter dem Gesichtspunkt der Subsidiarität der Feststellungsklage die Nichtigkeitsklage nicht aus. Die Subsidiarität der Feststellungsklage gegenüber zielgleichen Gestaltungs- und Leistungsklagen ist auch zum SGG allgemein anerkannt (BSGE 57, 184, 186 unter Hinweis auf BSGE 46, 81, 84 und 43, 148, 150, 151), obgleich dies in § 55 SGG - anders als in § 43 Abs 2 VwGO und § 41 Abs 2 FGO - nicht ausdrücklich angeordnet ist. Der Grundsatz der Subsidiarität gilt jedoch nach § 43 Abs 2 Satz 2 VwGO nicht, wenn die Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes begehrt wird. Auch zum SGG ist der Grundsatz der Subsidiarität der Feststellungsklage nur mit dieser Einschränkung anzuerkennen. Diese Regelung zeigt im Zusammenhang mit der Vorverfahrensfreiheit der Nichtigkeitsklage, daß überdies für die Nichtigkeitsklage auch der allgemeine Grundsatz nicht gilt, nach dem ein streitig



gewordenes öffentlich-rechtliches Verhältnis grundsätzlich zunächst in einem Verwaltungsverfahren durch Verwaltungsakt zu regeln ist, der bei den übrigen Tatbeständen einer Feststellungsklage nach § 55 SGG ein vorangehendes Verwaltungsverfahren erfordert (BSGE 57, 184, 186). Die Nichtigkeitsklage ist somit zulässig. Das Berufungsgericht hätte daher über deren Begründetheit entscheiden müssen.

In einem solchen Fall kann das Revisionsgericht ausnahmsweise in der Sache entscheiden und die Klage als unbegründet abweisen, wenn diese schon nach dem Klagevorbringen zweifelsfrei unbegründet ist, ohne daß es weiterer Feststellungen des Berufungsgerichts hierzu bedarf. Dieser für den Fall einer zu Unrecht erfolgten Verwerfung der Berufung als unzulässig entwickelte Rechtsgrundsatz (BSG SozR 2200 § 1248 Nr 39; BSG SozR 1500 § 170 Nr 4 und BSGE 25, 251 = SozR Nr 15 zu § 146 SGG) gilt im Falle der Klageabweisung als unzulässig entsprechend.

Die Nichtigkeitsklage ist hier aber nicht von vornherein unbegründet. Die Beklagte ist zwar grundsätzlich berechtigt, Zuwiderhandlungen gegen das aus ihrer Monopolstellung nach § 4 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) folgende Verbot privater Arbeitsvermittlung nicht nur als Ordnungswidrigkeit gemäß § 228 AFG zu verfolgen, sondern auch ihre Fortsetzung unter Androhung von Zwangsmitteln zu untersagen (BSG SozR 4100 § 13 Nr 6 und § 4 Nr 2). Gleichwohl kann das hier ausgesprochene Verbot nichtig sein, insbesondere wegen inhaltlicher Unbestimmtheit, so daß auf die übrigen geltend gemachten Nichtigkeitsgründe im Zusammenhang mit der Möglichkeit einer abschließenden Entscheidung des Revisionsgerichts nicht näher einzugehen ist. Dem steht nicht entgegen, daß der Mangel inhaltlicher Bestimmtheit weder dem ursprünglichen Verwaltungsakt noch dem Verwaltungsakt in der Gestalt des Widerspruchsbescheides "auf der Stirn geschrieben" steht und in diesem Sinne evident ist.

Als Nichtigkeitsgrund ist in § 40 SGB 10 die inhaltliche Unbestimmtheit weder bei den besonders schwerwiegenden Mängeln in Abs 2 noch bei den weniger schweren Mängeln des Abs 3 erwähnt. Nach § 33 Abs 1 SGB 10 muß ein Verwaltungsakt jedoch inhaltlich hinreichend bestimmt sein. Das Erfordernis hinreichender Bestimmtheit bezieht sich auf den Verwaltungsakt als Regelung, also auf den Verfügungssatz, nicht aber auf die Begründung. Es genügt, daß dem Verwaltungsakt durch Auslegung eine inhaltlich bestimmte Regelung entnommen werden kann; die Auslegung muß allerdings zu einem klaren Ergebnis führen (BFHE 145, 494). Ein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot macht den Verwaltungsakt insoweit (ggf also nur teilweise) nichtig. Der Mangel inhaltlicher



Bestimmtheit gehört nicht zu den Verfahrens- und Formfehlern, die in Anlehnung an § 40 Abs 3 SGB 10 als minderbedeutsam angesehen werden könnten. Allerdings war in einem früheren Entwurf des VwVfG zur Heilung von Verfahrens- und Formfehlern auch eine Heilung des Mangels inhaltlicher Bestimmtheit vorgesehen (BT-Drucks VI 1173), die aber weder in das VwVfG (vgl hierzu BT-Drucks 7/910 S 58) noch in das SGB 10 Eingang fand. Der Mangel inhaltlicher Bestimmtheit gehört vielmehr zu den besonders schwerwiegenden Fehlern des Abs 2, obgleich dort nicht genannt, der den Verwaltungsakt auch dann nichtig macht, wenn die inhaltliche Unbestimmtheit nicht offensichtlich ist, sondern sich erst bei näherem Zusehen herausstellt. Bleibt auch nach sorgfältiger Auslegung offen, ob eine hoheitliche Regelung überhaupt vorliegt (BSG SozR 5870 § 25 Nr 2) oder welchen Inhalt sie hat, so fehlt es an einer Regelung, die als rechtswidriger und deshalb aufhebbarer Verwaltungsakt immerhin bis zu ihrer Aufhebung wirksam sein könnte. Zur Entscheidung, ob die Nichtigkeitsklage begründet ist, bedarf es damit der Auslegung des angefochtenen Verwaltungsaktes und hierzu weiterer Feststellungen zu den Begleitumständen. Insoweit ist zwar auch das Revisionsgericht zur erstmaligen Auslegung eines Verwaltungsaktes und zu den hierzu erforderlichen Feststellungen befugt (BSG SozR 4100 § 151 Nr 20 Bl 27; BVerwG NVwZ 1985, 181; BVerwG NVwZ 1986, 374); im vorliegenden Fall erweist sich jedoch schon wegen des Umfangs der weiteren Ermittlungen eine Rückverweisung als zweckmäßig (BSG SozR 2200 § 182 Nr 103).

Wird ein bestimmtes Verhalten als unzulässige Arbeitsvermittlung im Bescheid festgestellt und dessen Fortsetzung untersagt, so ist die Untersagungsverfügung hinreichend bestimmt (BSG Urteil vom 23. Juni 1982 - 7 RAr 98/80 - SGB 1983, 205, 206, insoweit in SozR 4100 § 13 Nr 6 nicht abgedruckt). Die Reichweite des ausgesprochenen Verbots läßt sich hier aber erst ermitteln, wenn feststeht, in welche Engagementsverträge der Kläger die genannten Künstler vermittelt hat. Im ursprünglichen Bescheid ist das Verbot allgemein charakterisiert mit "Vermittlung in Engagementsverträge", also - vorbehaltlich eines speziellen Sprachgebrauchs bei der Künstlervermittlung - nicht für nur einen oder wenige Auftritte bei einem professionellen Anbieter. Der Widerspruchsbescheid enthält dagegen das Verbot der Vermittlung in "laufende Auftritte bei professionellen Veranstaltern". Befindet sich unter den angeführten Künstlern einer, der professionellen Veranstaltern nicht zu fortlaufenden Auftritten, sondern jeweils nur zu wenigen Veranstaltungen vermittelt wurde, so ergibt sich hieraus ein unlösbarer Widerspruch, der zur inhaltlichen Unbestimmtheit führt.



Im weiteren Verfahren kann sich sowohl herausstellen, daß der Verwaltungsakt in seiner ursprünglichen Gestalt inhaltlich bestimmt war und erst durch den Hinweis auf die Vermittlung an nichtprofessionelle Anbieter im Widerspruchsbescheid unbestimmt wurde, als auch, daß der Bescheid ursprünglich inhaltlich unbestimmt war und erst im Widerspruchsbescheid einen bestimmten Inhalt erhielt. Ist der Verwaltungsakt in der Form des Widerspruchsbescheides inhaltlich unbestimmt, so ist der Nichtigkeitsklage stattzugeben, ohne daß es auf die inhaltliche Bestimmtheit des ursprünglichen Verwaltungsaktes ankäme. Ist jedoch erst der Verwaltungsakt in der Form des Widerspruchsbescheides inhaltlich bestimmt, so ist zu beachten, daß die Zurückweisung des Widerspruchs den angefochtenen Verwaltungsakt nicht ersetzt, und einem nichtigen Verwaltungsakt auch nicht eine andere Gestalt geben kann (BSGE 21, 79, 80). Es bedarf also in diesem Fall der Entscheidung, ob schon der ursprüngliche Verwaltungsakt inhaltlich ausreichend bestimmt war.

Die weitere Feststellungsklage, daß der Kläger mit der Vermittlung "konzertmäßiger Auftritte" von Künstlern keine Arbeitsvermittlung betreibe, hat das LSG als unzulässig angesehen, weil es sich um denselben Gegenstand handele, der bereits Regelungsinhalt der Bescheide der Beklagten gewesen sei. Der Kläger hat diesen Feststellungsantrag dahin erläutert, daß beim konzertmäßigen Auftritt der Künstler eigenbestimmt sein Programm disponiert und dieses als fertiges Produkt zur Verfügung stellt, wobei es als unerheblich angesehen wird, ob das fertige Produkt in einer Programmfolge als Block eingebaut wird oder die einzige Darbietung der Veranstaltung ist. Ergibt die Entscheidung zum ersten Feststellungsantrag, daß die Untersagungsverfügung unwirksam ist, so kann ein Rechtsschutzinteresse nicht wegen der Bindungswirkung der Untersagungsverfügung verneint werden. Da ernsthafte Zweifel an der Reichweite der die Berufsausübung beschränkenden Verbotsnorm bestehen, hat der Kläger auch ein berechtigtes Interesse an einer Klarstellung der Rechtslage (vgl. VGH GewArch 1981, 18). Die Frage, ob die Vermittlung konzertmäßiger Auftritte von Künstlern Arbeitsvermittlung ist, betrifft die Zulässigkeit einer Untersagungsverfügung bzw die Strafbarkeit einer solchen Tätigkeit als Ordnungswidrigkeit und damit einen selbständigen Teil eines Rechtsverhältnisses iS des § 55 SGG. Sie ist geeignet, das Rechtsverhältnis im Ganzen zu klären und damit zulässig. In der Regel setzt zwar auch eine nach § 55 SGG zulässige Feststellungsklage voraus, daß zunächst eine Klärung im Verwaltungsverfahren versucht wird (BSGE 57, 184, 186). Da die Beklagte jedoch der Auffassung ist, daß diese Frage in der Untersagungsverfügung bereits bindend zum Nachteil des Klägers entschieden ist, ist der Kläger schon im Zusammenhang mit der Nichtigkeitsklage zu einer entsprechenden Feststellungsklage berechtigt. Auf-



grund des engen Zusammenhangs zwischen der Nichtigkeitsklage und der Feststellung ist es dem Kläger nicht zuzumuten, sein Feststellungsbegehren zurückzustellen und erst nach Erfolg der Nichtigkeitsklage im Verwaltungsverfahren durchzusetzen. Ist die Untersagungsverfügung hingegen nicht unwirksam und umfaßt sie nach ihrem Inhalt auch die in der Feststellungsklage umschriebene Vermittlung, was erst aufgrund weiterer Feststellungen zu den angeführten Einzelfällen abschließend beurteilt werden kann, so besteht kein Feststellungsinteresse, da die Rechtslage dann durch den bindenden Untersagungsbescheid geklärt ist.

Das LSG wird in der abschließenden Entscheidung auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu befinden haben.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
([mobile App](#))



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)