

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: 11 RAr 49/90

.....,

Kläger und Revisionsbeklagter,

Prozeßbevollmächtigter:

.....,

g e g e n

Bundesanstalt für Arbeit,
Nürnberg, Regensburger Straße 104,

Beklagte und Revisionsklägerin.

Der 11. Senat des Bundessozialgerichts hat ohne mündliche Verhandlung am
12. Dezember 1990 durch den Vorsitzenden Richter Dr. V o l k m a n n , 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 die ehrenamtlichen Richter
E n d r e s und D e k a r s k i
für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landessozialgerichts Hamburg vom
11. Januar 1990 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat dem Kläger auch die außergerichtlichen Kosten des Revisionsverfahrens
zu erstatten.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Gründe:

I

Die Beteiligten streiten darüber, ob dem aus Jugoslawien stammenden Kläger gemäß Art 1 § 3 Abs 3 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) die Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung allein mit der Begründung versagt werden durfte, die Bundesanstalt für Arbeit (BA) habe sich im Rahmen ihres Ermessens die Selbstbindung auferlegt, daß Personen, die weder Deutsche noch heimatlose Ausländer noch Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der Europäischen Gemeinschaft (EG) seien, die Erlaubnis ausnahmslos zu versagen sei.

Der 1937 in Jugoslawien geborene Kläger ist als Flüchtling nach dem Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (BGBI 1953 II, 560) anerkannt worden. Die Rechtsstellung eines heimatlosen Ausländers im Sinne des Gesetzes über die Rechtsstellung heimatloser Ausländer im Bundesgebiet (BGBI III 243-1) hat er indes nicht. Seit dem 15. September 1983 besitzt er eine Aufenthaltsberechtigung für die Bundesrepublik. Selbständige und vergleichbare unselbständige Tätigkeiten sind ihm seit diesem Zeitpunkt nicht mehr verboten. Ebenfalls am 15. September 1983 meldete der Kläger ein Gewerbe (Seeverpackung) an und erweiterte dieses im März 1985 auf Aufräumungs- und Reinigungsarbeiten an Schiffen und Gebäuden sowie Beund Entladen von Containern. Arbeitnehmer werden von dem Kläger nicht beschäftigt.

Am 25. September 1985 beantragte er bei der Beklagten, ihm eine Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung nach dem AÜG zu erteilen. Die Beklagte lehnte dies ab (Bescheid vom 3. Dezember 1985, Widerspruchsbescheid vom 18. Juni 1986). Sie stützt sich dabei auf Art 1 § 3 Abs 3 AÜG, der vorsieht, daß Ausländern die Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung versagt werden "kann". Das ihr damit eingeräumte Ermessen übe sie generell dahin aus, daß solche Erlaubnisse allen Personen versagt würden, die weder Deutsche noch ihnen rechtlich gleichgestellt seien.

Diese Entscheidung beruht auf der Durchführungsanweisung des Präsidenten der BA vom 30. November 1972, die mit dem Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung (BMA) abgestimmt war. Es heißt dort:



"Da z.Zt. ausreichend viele deutsche und EG-Verleiher ANÜ in der Bundesrepublik betreiben, besteht kein arbeitsmarktpolitisches Interesse an der Zulassung ausländischer Verleiher. Die Erlaubnis ist daher ausnahmslos zu versagen."

Diese Anweisung wurde durch im wesentlichen gleichlautende ebenfalls mit dem BMA abgestimmte "Hinweise" vom 10. September 1987 bestätigt.

Die Klage gegen die ablehnende Entscheidung der BA hatte Erfolg (Urteil des Sozialgerichts Hamburg -SG- vom 15. Januar 1988). Die Berufung der Beklagten wurde zurückgewiesen (Urteil des Landessozialgerichts Hamburg -LSG- vom 11. Januar 1990). Das LSG hat die Auffassung vertreten, die BA habe die Grenzen ihres Ermessens überschritten, indem sie uneingeschränkt allen Ausländern, die nicht Deutschen gleichgestellt seien, die Erlaubnis versage. Im Rahmen des Ermessens sei es stets erforderlich, sich mit den Besonderheiten des Einzelfalles auseinanderzusetzen. Ermessensausübung müsse Raum für Abweichungen im Einzelfall lassen.

Mit der Revision macht die Beklagte geltend, die hohe Zahl der in der Bundesrepublik tätigen Arbeitnehmerüberlassungsunternehmen schließe eine zusätzliche Zulassung von Ausländern, die den Deutschen nicht gleichgestellt seien, generell aus. Im Zeitpunkt der Entscheidung über den Antrag des Klägers (3. September 1985) habe es mindestens 1.501 Deutsche und 71 EG-Angehörige gegeben, die eine Verleiherlaubnis besaßen. Am 31. März 1990 hätten 4.282 Deutsche und 112 EG-Staatsangehörige die Verleiherlaubnis besessen. Nach Sinn und Zweck des AÜG stehe der Beklagten ein weiter Ermessensspielraum zur Verfügung. Die Einzelinteressen der Ausländer müßten grundsätzlich gegenüber arbeitsmarktpolitischen Interessen zurücktreten. Wo kein arbeitsmarktpolitisches Interesse bestehe, könne auch keine Ausnahme von der Zulassungssperre gemacht werden. Art 12 Abs 1 des Grundgesetzes (GG) stehe nicht entgegen, da die Berufsfreiheit nur Deutschen und gleichgestellten Ausländern zustehe. Im übrigen sei die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung eine arbeits- und sozialrechtlich sowie arbeitsmarkt-, wirtschafts- und sozialpolitisch umstrittene Tätigkeit. Sie sei grundsätzlich unerwünscht. Wegen der mit der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung verbundenen Gefahren habe das AÜG Regelungen getroffen, mit denen die Ordnung auf dem Arbeitsmarkt gesichert werden solle. Dies werde vor allem am Beschluß des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) zur Vereinbarkeit des § 12a Arbeitsförderungsgesetz -AFG- (Verbot der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe) mit dem GG deutlich: "Die Wiederherstellung der gestörten Ordnung auf dem Teil-



arbeitsmarkt des Baugewerbes mit dem Ziel der Sicherung eines geordneten Arbeitsmarktes und einer stabilen sozialversicherungsrechtlichen Situation abhängig Beschäftigter ist ein hervorragend wichtiges Gemeinschaftsgut".

Die Beklagte habe bei der Durchführung des AÜG ebenfalls die Ordnung auf dem Arbeitsmarkt sicherzustellen. Deshalb seien auch an die Erlaubniserteilung, selbst wo es sich um Deutsche und gleichgestellte Ausländer handle, strenge Maßstäbe anzulegen. Für nicht bevorrechtigte Ausländer könne die Beklagte über die in Art 1 § 3 Abs 1 AÜG genannten Versagungsgründe hinaus die Arbeitserlaubniserteilung auch dann ablehnen, wenn schwerwiegende arbeitsmarktpolitische Gründe dagegen sprächen. Soweit für die Arbeitnehmerüberlassung in einzelnen Bereichen ein besonderes wirtschaftliches Bedürfnis bestehe, könne die Aufgabe durch deutsche Verleiher, EG-Staatsangehörige oder andere Gleichgestellte wahrgenommen werden. Die Regelung in der Dienstanweisung, generell nicht bevorrechtigten Ausländern die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung zu versagen, gehe auf eine Weisung des BMA zurück, zu der dieser gemäß Art 1 § 17 AÜG befugt sei.

Die Beklagte beantragt,

die Urteile des LSG und des SG aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Er beruft sich im wesentlichen auf das angefochtene Urteil.

Beide Beteiligten haben sich damit einverstanden erklärt, daß der Rechtsstreit durch Urteil ohne mündliche Verhandlung (§ 124 Abs 2 des Sozialgerichtsgesetzes -SGG-) entschieden wird.

II

Die Revision der Beklagten ist unbegründet. Das LSG hat mit Recht weder den BMA noch die Beklagte für befugt erachtet, das in Art 1 § 3 Abs 3 AÜG eingeräumte Ermessen in der Weise auszuüben, daß von vornherein Ausländer, die den Deutschen nicht gleichgestellt sind, von der Zulassung zu dem Gewerbe der Arbeitnehmerüberlassung ausgeschlossen sind.



Nach § 3 Abs 3 AÜG, erste Alternative, kann die Erlaubnis versagt werden, wenn der Antragsteller nicht Deutscher im Sinne des Art 116 GG ist. Bei Deutschen und diesen gleichgestellten Ausländern steht der BA danach kein Versagens-Ermessen zu. Das ihr nur für nicht gleichgestellte Ausländer eingeräumte Ermessen übt die BA generell für den gesamten Ermessensbereich im Sinne der Versagung aus.

Aus der Begründung der Beklagten wird deutlich, daß sie aus arbeitsmarktpolitischen Gründen die Ausübung der Arbeitnehmerüberlassung für unerwünscht hält, deshalb generell und uneingeschränkt allen Ausländern, die nicht EG-Angehörige sind, die Genehmigung zur Arbeitnehmerüberlassung versagt und dies auch im Falle des Klägers getan hat.

Mit dieser Begründung legt sie dar, daß sie kein Ermessen ausgeübt, sondern eine arbeitsmarktpolitische Entscheidung getroffen hat, mit der sie eine Prüfung der Umstände des Einzelfalles ausschließt, um damit den betroffenen Ausländern letztlich ebenso vollständig den Zugang zur Arbeitnehmerüberlassung zu versperren, als wenn im Gesetz geregelt wäre: Ausländer erhalten keine Genehmigung zur Arbeitnehmerüberlassung.

Die Beklagte war indes verpflichtet, Einzelfallermessen auszuüben. Der Wortlaut des Art 1 § 3 Abs 3 AÜG läßt bereits erkennen, daß der BA keine Regelungsbefugnis, sondern nur eine Ermessensausübung im Einzelfall zugestanden wird. Die Versagung bezieht sich immer auf den Einzelfall. Dies wird besonders in Abs 1 deutlich, wo es ua um die Zuverlässigkeit des Antragstellers geht. Auch in Abs 3 ist von "dem Antragsteller" die Rede. Dies bedeutet, daß die BA sich stets mit dem konkreten Antragsteller zu befassen hat. Wo das Gesetz eine Regelungsbefugnis einräumen will, die es erlaubt, bestimmte Personengruppen auszugrenzen oder einzubeziehen, wählt es andere Formulierungen (s dazu zB §§ 23 Abs 4, 108, 109, 130 Abs 1 Satz 2 AFG; demgegenüber aber § 23 Abs 1 AFG).

Auch aus den Materialien ergibt sich nichts anderes. Es heißt dort (BT-Drucks IV/2303):

"... liegt der Gedanke zugrunde, daß nur deutsche Verleiher nach Art 12 GG einen Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis haben."



Daraus ist zu schließen, daß bei den genannten Ausländern lediglich der sonst bestehende Anspruch auf eine Erlaubnis durch eine Ermessensregelung ersetzt wurde.

Ist aber im Gesetz (nur) Einzelfallermessen eingeräumt, so muß die BA dies auch ausüben. Sie darf ihr Ermessen im Einzelfall nicht generell vollständig ausschließen. Dies hat das LSG zutreffend unter Hinweis auf Rechtsprechung und Literatur ausgeführt (s. Schneider-Danwitz, RVO-Gesamtkommentar, Stand April 1987 § 22 SGB X Anm 22, b; BSGE 51, 147, 151 f; Obermeyer, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Auflage 1990, § 40 RdNr 93; Stelkens/Sachs in: Stelkens/Bonk/Leonhardt, Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Auflage 1990, § 40 RdNr 46; Kopp, Verwaltungsverfahrensgesetz, 4. Auflage 1986, § 40 RdNr 16; BVerwGE 15, 207, 212; 19, 94, 101; 70, 127, 142; BVerwG DVBl 1983, 997, 999). Damit ist nicht ausgeschlossen, daß die BA in Anwendung des § 23 AFG ihr Ermessen im Sinne des Auslaufprinzips (vgl. BSG Urteil vom 20. April 1977 - 7/12/7 RAr 69/75 - Dienstblatt BA R AFG § 23 Nr 2175a) ausüben darf.

Aus der Fachaufsichtsbefugnis des BMA (Art 1 § 17 AÜG) ergibt sich nichts anderes; denn der BMA hat sachlich keine weitergehenden Befugnisse, als sie der BA in Art 1 § 3 AÜG eingeräumt sind. Auch er kann deshalb nur Ermessensrichtlinien aufstellen, die Raum für Einzelfallentscheidungen lassen.

Die Entscheidung der Beklagten läßt sich auch nicht unter Hinweis auf die Entscheidung des BVerfG zu § 12a AFG rechtfertigen. Das BVerfG (Beschuß vom 6. Oktober 1987 - 1 BvR 1086/82 BVerfGE 77, 84) hatte dort zu prüfen, ob ein gesetzliches Verbot der Arbeitnehmerüberlassung in einem bestimmten Wirtschaftssektor - im Baugewerbe -, in dem besorgniserregende Verhältnisse herrschen, verfassungsgemäß ist. Diese Problematik unterscheidet sich in zweifacher Weise von dem vorliegenden Fall. Erstens wird hier generell für alle Ausländer die Genehmigung der Arbeitnehmerüberlassung ohne Hinweis darauf versagt, daß von den Ausländern eine besondere Gefahr ausgeht. Zweitens hat diese Entscheidung hier nicht der Gesetzgeber getroffen, sondern die BA aufgrund einer Norm (Art 1 § 3 Abs 3 AÜG), die ihr nur Einzelfallermessen zubilligt. Auf den Beschuß des BVerfG könnte sich die Beklagte also nur dann stützen, wenn sie aus besonderen, speziell bei Ausländern vorliegenden Gründen die Arbeitserlaubnis für diesen Personenkreis generell versagen wollte und zu solchen Regelungen gesetzlich ermächtigt wäre. Solange eine solche gesetzliche Ermächtigung nicht vorliegt, kann die vom Präsidenten der BA getroffene arbeitsmarktpolitische Entscheidung, den nichtbevorrechtigten Ausländern gene-



rell die Arbeitnehmerüberlassung zu versagen, nicht von ihm, sondern allein vom Gesetzgeber getroffen werden.

Verdeutlicht wird dies durch den Beschluß des BVerfG vom 10. Mai 1988 - 1 BvR 482/84 - BVerfGE 78, 179, 196 ff. Im dortigen Verfahren ging es um das Verbot der Erlaubniserteilung an Ausländer nach der ersten Durchführungsverordnung zum Heilpraktikergesetz. Das BVerfG führt dazu aus, das Grundrecht des Art 12 Abs 1 GG gelte zwar nur für Deutsche. Das bedeute aber nicht, daß die Verfassung die Ausländer in diesem Bereich schutzlos lasse. Ihnen stehe ein Schutz nach Art 2 Abs 1 GG zu, soweit damit nicht Art 12 GG umgangen werde. Zu dem Schutzbereich, der Ausländern über Art 2 Abs 1 GG zuzubilligen sei, gehöre der dem Rechtsstaatsprinzip immanente Vorbehalt des Gesetzes. Das Verbot der Erteilung der Heilpraktikererlaubnis an Ausländer habe nicht im Wege einer Durchführungsverordnung ausgesprochen werden dürfen; denn die zugrundeliegende Ermächtigung habe diese Verordnung nicht gedeckt. Zweck der Vorschriften des Heilpraktikergesetzes sei es gewesen, die Patienten vor fachlich und charakterlich ungeeigneten Therapeuten zu schützen. Daraus lasse sich das absolute Verbot der Erlaubniserteilung an Ausländer nicht rechtfertigen. Zwar habe der Heilpraktikerstand ursprünglich völlig beseitigt werden sollen, auch das habe aber nicht der Abwehr ausländischer Heilbehandlung gedient, sondern nur dem Schutz der Volksgesundheit.

Dieser Beschluß bestätigt, daß die hier erfolgte Auslegung des Art 1 § 3 Abs 3 AÜG durch die Beklagte nicht gerechtfertigt ist. Arbeitnehmerüberlassung ist grundsätzlich verfassungsrechtlich zulässig (BVerfGE 21, 261). Art 1 § 3 Abs 3 AÜG dient nur dazu, eine ordnungsgemäße Ausübung des Gewerbes sicherzustellen und Mißbräuche zu vermeiden. Inwieweit sich daraus unter Umständen auch eine Einschränkung der Zahl der auf dem Arbeitsmarkt tätigen Unternehmen rechtfertigen kann, mag hier dahinstehen. Jedenfalls wäre dies dann jeweils im Einzelfall näher zu begründen. Eine Befugnis zum generellen Ausschluß von Ausländern läßt sich jedenfalls dem Gesetz nicht entnehmen, weil Art 1 § 3 Abs 3 AÜG nicht speziell dem Ausschluß von Ausländern dient und auch keine generelle Unzuverlässigkeit von Ausländern unterstellt. Enthält aber Art 1 § 3 Abs 3 AÜG keine Ermächtigung, Ausländern generell den Zutritt im Gewerbe des Arbeitnehmerüberlassens zu versagen, so ist die Praxis der Beklagten rechtswidrig.

Die BA muß vielmehr in jedem Einzelfall ihr Ermessen ausüben. Dabei kann sie über den Bereich des Art 1 § 3 Abs 1 AÜG hinaus weiteren Bedenken gegen



Zuverlässigkeit oder Kontrollierbarkeit sowie den arbeitsmarktpolitischen Bedürfnissen in dem Bereich, für den der Bewerber Arbeitnehmerüberlassung betreiben will, durchaus Rechnung tragen. Der Hinweis, solchen Bedürfnissen könne durch deutsche Arbeitnehmerüberlassungsunternehmen oder durch EG-Angehörige Rechnung getragen werden, ist dabei nicht sachgerecht, jedenfalls, solange nicht darauf verwiesen werden kann, daß solche Personen in dem betreffenden Bereich tätig sind.

Dem generellen Anliegen der Beklagten, das Arbeitnehmerüberlassungsgewerbe zurückzudrängen, kann nur durch eine arbeitsmarktpolitische Entscheidung des Gesetzgebers zum Erfolg verholfen werden, nicht aber durch Ausschluß der gesetzlich vorgesehenen Ermessensausübung, weil dafür die Ermächtigung fehlt.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen sind deshalb zu bestätigen. Die Revision der Beklagten ist zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 193 SGG.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)