

# BUNDESSOZIALGERICHT



**Im Namen des Volkes**

**Urteil**

**in dem Rechtsstreit**

Az: 11 RAr 51/91

.....,

Klägerin und Revisionsklägerin,

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 29. Juli 1992 durch den Vorsitzenden Richter Dr. V o l k m a n n, die Richterin Dr. W e t z e l - S t e i n w e d e l und den Richter L ü d t k e sowie die ehrenamtlichen Richter S t r a s s e r und G e h r k e n für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landessozialgerichts Hamburg vom 14. Februar 1991 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten des Revisionsverfahrens sind nicht 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 Klägerin, die gewerbsmäßig Dritten Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung überläßt, wendet sich gegen eine Auflage.

Mit Bescheid vom 15. Januar 1986 erteilte das Landesarbeitsamt Schleswig-Holstein-Hamburg zu der der Klägerin erteilten unbefristeten Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung vom 14. September 1982 ua folgende, zunächst bis zum 15. Januar 1987 befristete Auflage:

II. Eine Anpassung der Arbeitszeit an den Arbeitsanfall (unter Anwendung des § 4 Beschäftigungsförderungsgesetz 1985) ist künftig nur noch mit folgenden Maßgaben zulässig (s. Prüfbericht I.,3.):

1. Die Dauer der Arbeitszeit ist nur hinreichend bestimmt, wenn eine regelmäßige wöchentliche, mindestens aber monatliche Arbeitszeit vereinbart wird.
2. Die Pflichten (bzw die sich aus dem Umkehrschluß ergebenden Rechte) gemäß § 4 Abs 2 Beschäftigungsförderungsgesetz sind in die Urkunde bzw den Arbeitsvertrag gemäß § 11 Abs 1 AÜG aufzunehmen. Für die rechtzeitige Mitteilung der Lage der Arbeitszeit ist der Verleiher nachweispflichtig.
3. Der tägliche Mindesteinsatz gemäß § 4 Abs 3 Beschäftigungsförderungsgesetz ist zu gewährleisten.
4. Es muß bei der tatsächlichen Vertragsabwicklung erkennbar bleiben, daß beide Vertragspartner gewillt sind, diese Bedingungen zu erfüllen. Häufige (gegebenenfalls entleiherbezogene) Änderungsvereinbarungen zum Arbeitsvertrag hinsichtlich der Dauer der Arbeitszeit sprechen weiterhin für das Vorliegen von Abrufbeschäftigungen in tatsächlicher Hinsicht.

Das Landesarbeitsamt stützte diese Auflage auf Art 1 § 2 Abs 2 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) und berief sich auf das Ergebnis einer am 5. November 1985



erfolgten Überprüfung der Geschäftstätigkeit der Klägerin und den anliegenden Prüfbericht vom 10. Januar 1986, wonach die Klägerin mehrfach mit Leiharbeitnehmern auf ein Jahr befristete Arbeitsverträge mit einem Arbeitszeitvolumen von 50 Tagen abgeschlossen hatte. Zur Erläuterung der Auflage führte das Landesarbeitsamt aus, der Gesetzgeber gehe von der immer noch als Regelfall zu betrachtenden Festlegung einer wöchentlichen Arbeitszeit aus (§ 4 Abs 1 letzter Halbsatz Beschäftigungsförderungsgesetz 1985 <BeschFG>). Auch monatliche Arbeitszeiten (von zB 60 Stunden) seien in bestimmten Bereichen bereits üblich und würden auch bisher bei Verleihunternehmen in Ausnahmefällen akzeptiert, wenn nach der Eigenart der vereinbarten Tätigkeit eine wöchentliche Festlegung nicht praktikabel sei (zB im medizinischen Bereich). Dies könne jedoch nur für Teilzeitbeschäftigungen gelten.

Der Widerspruch der Klägerin, der sich lediglich gegen die Auflage unter Ziffer II 1 wendete, hatte keinen Erfolg. Im Widerspruchsbescheid vom 16. Juli 1986 begründete das Landesarbeitsamt die streitige Auflage II 1 ergänzend damit, daß deren Rechtmäßigkeit nur im Gesamtzusammenhang mit den im Bescheid vom 15. Januar 1986 erteilten weiteren Auflagen und den sie begründenden Feststellungen gesehen werden könne. Die Sondervorschriften des AÜG stünden grundsätzlich einer Anwendung des Art 1 § 4 BeschFG nicht entgegen. Es sei somit zulässig, daß ein Verleiher bei einem Leiharbeitnehmer eine Arbeitsleistung entsprechend dem Arbeitsanfall vereinbare, wenn zugleich eine bestimmte Dauer der Arbeitszeit festgelegt werde und der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Lage seiner Arbeitszeit jeweils mindestens vier Tage im voraus mitteile. Insoweit enthalte die Auflage lediglich erläuternde Hinweise auf zwingende gesetzliche Vorschriften, deren Einhaltung und Beachtung durch die Klägerin die Prüfungsfeststellungen in besonderem Maße vermissen ließen. Andererseits seien aber die durch das BeschFG nicht geänderten speziellen Vorschriften des AÜG weiterhin zu beachten, die dem Verleiher ein besonderes Arbeitgeberberrisiko auferlegten. Auf ein Jahr befristete Arbeitsverträge mit einem Arbeitszeitvolumen von 50 Arbeitstagen (Begründung "sozialversicherungsfrei") seien mit diesen speziellen gesetzlichen Regelungen nicht zu vereinbaren, weil der Verleiher in diesen Fällen immer die Möglichkeit habe, innerhalb der Jahresfrist den Arbeitseinsatz dergestalt zu steuern, daß ihm ein Lohnzahlungsrisiko über den jeweiligen Überlassungszeitraum hinaus nicht verbleibe. Abgesehen von den Besonderheiten des AÜG werde bei einer noch weitergehenden Flexibilisierung der Arbeitszeit im Sinne der Vereinbarung eines Jahresvolumens von 50 Arbeitstagen der soziale Schutz des Arbeitnehmers gefährdet.

Während des Klageverfahrens erließ das Landesarbeitsamt am 25. Februar 1987 nach erneuter Überprüfung der Geschäftstätigkeit der Klägerin unter Hinweis auf den Prüfbericht vom 23. Februar 1987 einen weiteren Auflagenbescheid, der ua unter Ziffer III 1 die streitige Auflage II 1 des Bescheides vom 15. Januar 1986 wiederholte und deren Geltung bis zum 15. März 1988 verlängerte.



Das Sozialgericht (SG) hat mit Urteil vom 4. März 1988 der Klage insofern stattgegeben, als es auf den Hilfsantrag der Klägerin hin den angefochtenen Bescheid vom 15. Januar 1986 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 16. Juli 1986 aufgehoben und die beklagte Bundesanstalt für Arbeit (BA) verurteilt hat, der Klägerin unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts einen neuen Bescheid zu erteilen.

Im Berufungsverfahren beantragte die Klägerin - neben der Zurückweisung der Berufung - der Sache nach die Feststellung, daß die Auflage II 1 (bzw III 1) rechtswidrig gewesen sei. Sie erklärte außerdem, daß sie nur noch an dem Abschluß von sog 50-Tage-Verträgen mit der Modifizierung interessiert sei, daß diese Verträge unbefristet abgeschlossen würden, daß für den Abschluß dieser Verträge sachliche Gründe festgehalten würden, daß der Leiharbeitnehmer monatliche Abschlagszahlungen erhalte und daß das Arbeitsangebot vier Tage vor dem Arbeitseinsatz gemacht werden müsse. Sie erklärte außerdem, daß sie die Absicht habe - nach einem für sie günstigen Abschluß des Rechtsstreits - die frühere Praxis in der modifizierten Weise wiederaufzunehmen. Demgegenüber erklärte die BA, daß ihre Auflage und ihre Vorbehalte auch gegenüber der so modifizierten Praxis der Klägerin weiterhin ihre Geltung behielten.

Das Landessozialgericht (LSG) hat auf die Berufung der BA das Urteil des SG aufgehoben und die Klage abgewiesen (Urteil vom 14. Februar 1991). Es hat ausgeführt, die Klage sei in der geänderten Form der Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 131 Abs 1 Satz 1 Sozialgerichtsgesetz (SGG) zulässig. Die Klägerin habe das erforderliche berechnete Rechtsschutzinteresse, weil sie zu ihrer früheren, vom Landesarbeitsamt beanstandeten Verleihpraxis - in modifizierter Form - zurückkehren wolle, wenn die Auflage rechtswidrig sei. Dies sei indes zu verneinen. Das Untersagungsrecht der BA folge aus Art 1 § 2 Abs 2 AÜG, wonach Auflagen erlassen werden könnten, und zwar auch nach der Erlaubnis, um Versagungstatbestände nach Art 1 § 3 AÜG zu verhindern. Eine Versagung sei hier nach Art 1 § 3 Abs 1 Nr 3 AÜG angezeigt, denn sowohl die ursprünglich von der Klägerin gewählte Befristung der Arbeitsverträge auf ein Beschäftigungsjahr als auch die jetzt von ihr ins Auge gefaßten "unbefristeten" Leiharbeitsverträge mit einem auf ein Jahr festgelegten - flexiblen - Arbeitszeitvolumen ermöglichten es ihr, den Leiharbeitnehmer nach ihrem Bedarf zur Arbeitsleistung heranzuziehen, ohne - bei Abruf des einzelnen Arbeitseinsatzes - an sachlich gerechtfertigte Gründe in der Person des Leiharbeitnehmers gebunden zu sein. Der erklärte Zweck dieser Verträge sei es, die Arbeitnehmer entsprechend der Kapazität der Klägerin, dh entsprechend ihren Verleihmöglichkeiten, zu beschäftigen. Diese bedarfsorientierte, zeitliche Beschränkung der einzelnen Arbeitseinsätze auf Abruf stelle eine Umgehung des Befristungsverbots dar, ohne daß dies durch sachliche Gründe in der Person des Leiharbeitnehmers gerechtfertigt wäre. Bei Vereinbarung eines Arbeitsvolumens von 50 Tagen pro Jahr beschränke sich die Tätigkeit der Klägerin außerdem auf die Vermittlung in einzelne



Entleihverhältnisse, stelle also im Ergebnis eine unerlaubte, gegen das Synchronisationsverbot verstoßende Arbeitsvermittlung dar (Art 1 § 3 Abs 1 Nr 5 AÜG). Die 50-Tage-Verträge seien Rahmenvereinbarungen, auf deren Grundlage für jeden Arbeitseinsatz Einzelarbeitsverträge unter Verstoß gegen das Befristungs- und Synchronisationsverbot geschlossen würden. Die besondere Interessenlage der Arbeitnehmer, auf deren Bedürfnisse die 50-Tage-Verträge zugeschnitten seien, führe zu keiner anderen Beurteilung. Das AÜG trage ihrem geringeren sozialen Sicherungsbedürfnis schon durch die Einschränkung des Befristungsverbots bei einem sachlichen Grund in der Person des Leiharbeitnehmers und dadurch Rechnung, daß die Vereinbarung von Teilzeit-Leiharbeitsverträgen zulässig sei, ohne daß für die Begrenzung der Arbeitszeit ein sachlicher Grund festgestellt werden müsse. Die von der Klägerin im Rahmen von 50-Tage-Verträgen angestrebte bedarfsabhängige Arbeitszeit sei zwar auch eine Form von Teilzeitarbeit. Sie überschreite in der geplanten Ausgestaltung jedoch die Grenze zur Arbeitsvermittlung. Die Klägerin könne sich auch nicht auf Art 1 § 4 BeschFG berufen. Denn diese Regelung lasse die Grundsätze des AÜG zur Zulässigkeit von Leiharbeitsverträgen auf Abruf unberührt. Auch nach dem Inkrafttreten des BeschFG gelte das Befristungsverbot des Art 1 § 3 Abs 1 Nr 3 AÜG und die Abgrenzung zwischen erlaubter Arbeitnehmerüberlassung und unerlaubter, der BA vorbehaltener Arbeitsvermittlung weiter. Sie gehe als die speziellere gesetzliche Bestimmung den allgemeinen arbeitsrechtlichen Bestimmungen des BeschFG vor. Die BA habe mit ihren Auflagen im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens gehandelt und weder gegen die Berufsfreiheit (Art 12 Grundgesetz <GG>) noch gegen die allgemeine Handlungsfreiheit (Art 2 Abs 1 GG) verstoßen.

Mit der Revision rügt die Klägerin die Verletzung der Vorschriften des Art 1 § 1 Abs 2, § 2 Abs 2, § 3 Abs 1 Nr 1, Nr 3, 5 und § 11 Abs 4 AÜG sowie der §§ 4, 13 Arbeitsförderungsgesetz (AFG), des Art 1 § 4 BeschFG und des Art 12 GG.

Sie macht geltend, die beabsichtigten 50-Tage-Verträge verletzen nicht das Befristungsverbot des Art 1 § 3 Abs 1 Nr 3 AÜG und das Synchronisationsverbot des Art 1 § 3 Abs 1 Nr 5 AÜG. Denn bei den fraglichen Verträgen handele es sich um abgeschlossene Dauerarbeitsverträge, die die Arbeitsuche des Leiharbeitnehmers mit Abschluß des Vertrages mit dem Verleiher beendeten. Die Tatsache, daß der Arbeitnehmer "nur" 50 Arbeitstage je Vertragsjahr tätig sein wolle, ändere nichts daran, daß er das gesamte ihm im Rahmen der "geringfügigen Beschäftigung" zur Verfügung stehende Arbeitszeitkontingent ausgeschöpft habe. Das LSG habe offensichtlich diesen Aspekt nicht erkannt. -Bei der Annahme eines Verstoßes gegen das Synchronisationsverbot übersehe das LSG, daß die besondere Tätigkeit eines Verleihers gerade darin bestehe, die Mitarbeiter in einzelne Entleihverhältnisse zuzuweisen. Die Besonderheit zu den 50-Tage-Verträgen liege nur darin, daß nach der Vertragsgestaltung kleine bis größere Zeiträume zwischen den einzelnen Entleihverhältnissen liegen



könnten. Entgegen der Auffassung des LSG handele es sich bei den 50-Tage-Verträgen auch nicht um "Rahmenvereinbarungen". Sie habe zu keinem Zeitpunkt die Absicht gehabt, für die jeweiligen einzelnen Arbeitseinsätze jeweils neue Einzelleiharbeitsverträge abzuschließen. Dafür bestehe auch kein Anlaß, weil in den 50-Tage-Verträgen die Vertragsbedingungen im einzelnen und abschließend vereinbart seien. - Da das Bundessozialgericht (BSG) in seiner Entscheidung vom 16. Dezember 1976 (BSGE 43, 104) die Vereinbarung von längeren Beschäftigungspausen innerhalb eines Leiharbeitsverhältnisses in Gestalt eines unbezahlten Urlaubs für zulässig erachtet habe, sei ein entscheidungserheblicher Unterschied zwischen längerem Urlaub und anderen Zeiträumen zwischen den einzelnen Arbeitseinsätzen nicht zu erkennen. Insbesondere sei die Befristung der einzelnen Arbeitseinsätze durch die dazwischenliegenden kürzeren oder längeren Zeiträume nicht mit einer Befristung des Leiharbeitnehmervertrages gleichzusetzen. Denn die 50-Tage-Verträge würden unbefristet abgeschlossen und seien uneingeschränkt für das gesamte Vertragsjahr mit allen Arbeitseinsätzen gültig. Art 1 § 4 BeschFG erlaube die Heranziehung der Leiharbeitnehmer zu den einzelnen Arbeitseinsätzen ohne Angabe sachlich gerechtfertigter Gründe in der Person des Leiharbeitnehmers. Da in der Weisung des Präsidenten der BA vom 5. April 1991 die BA selbst die Abrufbeschäftigung gemäß Art 1 § 4 BeschFG für zulässig halte, könne deren Übertragung auf die ebenfalls ausdrücklich zugelassenen 50-Tage-Verträge nicht gegen das AÜG verstoßen.

Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung des Urteils des LSG Hamburg vom 14. Februar 1991 den Bescheid der Beklagten vom 15. Januar 1986 hinsichtlich der Auflage zu Ziffer II 1 und den Widerspruchsbescheid vom 16. Juli 1986 aufzuheben,  
hilfsweise festzustellen, daß die Auflage zu II 1 im Bescheid vom 15. Januar 1986 rechtswidrig gewesen ist,  
hilfsweise die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts einen neuen Bescheid zu erteilen.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie verweist auf das angefochtene Urteil und führt ergänzend aus, die Abrufregelung in Art 1 § 4 BeschFG solle sicherstellen, daß derartige Regelungen sozialverträglich gestaltet würden. Die Bestimmungen des AÜG gingen über diese Zielsetzung in mehrfacher Hinsicht hinaus - insbesondere wegen der sozialen Gefahren, die mit dem Arbeitskräfteverleih verbunden seien. Wenn 50-Tage-Verträge mit Verleihtätigkeit verbunden würden, seien sie von Maklerverträgen, die auf die Vermittlung von kurzfristigen Arbeitsverhältnissen gerichtet seien, in den praktischen Auswirkungen nicht



zu unterscheiden; es fehle insbesondere das auch bei Leiharbeitsverhältnissen zu verlangende Arbeitgeberisiko.

## II

Die Revision der Klägerin ist unbegründet; das LSG hat ihre Fortsetzungsfeststellungsklage zur streitigen Auflage zu Recht abgewiesen.

Gegenstand des Revisionsverfahrens ist der Auflagenbescheid der BA vom 15. Januar 1986 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 16. Juli 1986 sowie der - entsprechend § 96 SGG in das Verfahren einbezogene - Bescheid vom 25. Februar 1987. Mit den angefochtenen Bescheiden hat die BA die der Klägerin erteilte Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung mit einer Reihe von Auflagen verbunden, von denen nur noch die unter II 1 des Auflagenbescheides vom 15. Januar 1986 bzw die unter III 1 des Bescheides vom 25. Februar 1987 genannte Auflage streitig ist. Sie ist formell von der Erlaubniserteilung getrennt und unabhängig von ihr überprüfbar (BSG SozR 7815 Art 1 § 3 Nr 2).

Das LSG ist zutreffend von der Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 131 Abs 1 Satz 3 SGG ausgegangen. Denn die angefochtene Auflage hat sich, weil sie nur für die Zeit bis zum 15. März 1988 befristet war, schon während des Verfahrens erledigt. In einem solchen Fall ist eine von der Klägerin mit ihrem Hauptantrag verfolgte Anfechtungsklage unzulässig, denn die belastende Regelung hat ihre Wirkung bereits erschöpft. Statt dessen kann die Klägerin - entsprechend ihrem hilfsweise gestellten Antrag - nur die Feststellung beantragen, daß die angefochtenen Verwaltungsakte rechtswidrig waren, wenn sie an dieser Feststellung ein berechtigtes Interesse hat. Ein solches Interesse der Klägerin hat das LSG zutreffend bejaht.

Ein berechtigtes Interesse kann rechtlicher, wirtschaftlicher oder auch ideeller Natur sein. Entscheidend ist, daß die erstrebte gerichtliche Entscheidung geeignet ist, die Position des Klägers zu verbessern. Dies kann ein Schadensinteresse oder ein Rehabilitationsinteresse sein, aber auch ein Interesse, der Wiederholung gleichartiger Verwaltungsentscheidungen vorzubeugen. Im letzteren Fall ist ein berechtigtes Interesse dann gegeben, wenn die Gefahr der Wiederholung begründet ist (BVerwGE 42, 318, 320; BSG-Urteil vom 23. Juli 1992 - 7 RAr 44/91 - zur Veröffentlichung vorgesehen). So liegt der Fall auch hier. Denn die Klägerin macht glaubhaft geltend, sie wolle zu der durch die streitige Auflage beanstandeten Praxis zurückkehren und - wenn auch in modifizierter Form - Leiharbeitsverträge mit einer Begrenzung der jährlichen Arbeitszeit auf 50 Arbeitstage abschließen, während die BA eine Wiederholung der Auflage angekündigt hat.



Die somit zulässige Fortsetzungsfeststellungsklage ist jedoch unbegründet. Die streitige Auflage war rechtmäßig.

Nach Art 1 § 2 Abs 2 AÜG kann die Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung mit Auflagen verbunden werden, um sicherzustellen, daß keine Tatsachen eintreten, die nach § 3 AÜG die Versagung der Erlaubnis rechtfertigen (Satz 1); die Aufnahme, Änderung oder Ergänzung von Auflagen sind auch nach Erteilung der Erlaubnis zulässig (Satz 2). Daß die Erlaubnis der Klägerin unbefristet verlängert worden ist, steht somit der nachträglichen Aufnahme von Auflagen nicht entgegen (BSG SozR 7815 Art 1 § 2 Nr 2).

Auflagen sind, was auch für Auflagen nach Art 1 § 2 Abs 2 AÜG zutrifft (BSG SozR 7815 Art 1 § 2 Nr 2; SozR 3-7815 Art 1 § 2 Nr 1 sowie BSG-Urteil vom 23. Juli 1992 - 7 RA 44/91 - zur Veröffentlichung vorgesehen), Verfügungen, durch die dem durch einen Verwaltungsakt Begünstigten ein Tun, Dulden oder wie hier, Unterlassen vorgeschrieben wird (vgl § 36 Abs 2 Nr 4 Verwaltungsverfahrensgesetz <VwVfG>, § 32 Abs 2 Nr 4 des Zehnten Buchs des Sozialgesetzbuchs <SGB X>), das mit den Mitteln des Verwaltungszwangs durchgesetzt werden kann. Der Sinn der Auflage besteht darin, dem Begünstigten eine besondere Verpflichtung aufzuerlegen, die sich nicht von selbst versteht, also nicht oder jedenfalls nicht unmittelbar aus dem Gesetz folgt. Das vom Begünstigten verlangte Tun, Dulden oder Unterlassen muß, um rechtmäßig zu sein, hinreichend bestimmt sein. Denn für die Auflage ist kennzeichnend, daß etwas "vorgeschrieben wird" (§ 36 Abs 2 Nr 4 VwVfG, § 32 Abs 2 Nr 4 SGB X). Auflagen sind daher nur dann hinreichend bestimmt, wenn ihr Entscheidungsgehalt für den Adressaten nach Art und Umfang aus sich heraus erkennbar und verständlich ist.

Gemessen an diesen Anforderungen ist die hier erteilte Auflage, bei Vereinbarung einer Anpassung der Arbeitszeit an den Arbeitsanfall in den Leiharbeitsverträgen eine regelmäßige wöchentliche, mindestens aber monatliche Arbeitszeit festzulegen, hinreichend bestimmt. In Verbindung mit den weiteren - nicht streitigen - Auflagen des Bescheides vom 15. Januar 1986 bzw 25. Februar 1987, den Feststellungen der in Bezug genommenen Prüfberichte und den Ausführungen im Widerspruchsbescheid vom 16. Juli 1986 war die Auflage dahin zu verstehen, daß eine weitergehende - über ein wöchentliches oder monatliches Arbeitszeitvolumen hinausgehende - Flexibilisierung der Arbeitszeit im Sinne der Vereinbarung eines Jahresvolumens von 50 Arbeitstagen, innerhalb dessen die Klägerin die Arbeitseinsätze nach Bedarf bestimmen durfte, verboten sein sollte. Mit dieser Anordnung hat das Landesarbeitsamt nicht lediglich abstrakt gesetzliche Pflichten wiederholt, sondern bewirken wollen, daß die Klägerin den Versagungstatbestand des Art 1 § 3 Abs 1 Nr 3 AÜG (Befristungsverbot), wie ihn die Beklagte versteht, vermeidet. Darin liegt eine fall- oder fallgruppenbezogene Auflage,



denn sie konkretisiert den Versagungstatbestand des Art 1 § 3 Abs 1 Nr 3 AÜG für die Fallgruppe der befristeten Arbeitsverträge (vgl zur fallgruppenbezogenen Auflage BSGE 48, 115 = SozR 7815 Art 1 § 3 Nr 2; SozR 7815 Art 1 § 2 Nr 2; SozR 3-7815 Art 1 § 2 Nr 1 sowie BSG-Urteil vom 23. Juli 1992 - 7 RAr 44/91 - zur Veröffentlichung vorgesehen).

Auch inhaltlich ist die Auflage nicht zu beanstanden. Das mit der Auflage ausgesprochene Verbot ist nach Art 1 § 3 Abs 1 Nr 3 AÜG gerechtfertigt. Danach ist die Erlaubnis oder ihre Verlängerung zu versagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß der Antragsteller mit dem Leiharbeitnehmer einen befristeten Arbeitsvertrag abschließt, es sei denn, daß sich für die Befristung aus der Person des Leiharbeitnehmers ein sachlicher Grund ergibt. Unmittelbar regelt Art 1 § 3 Abs 1 AÜG zwar nur die gewerberechtliche Frage, wann dem Verleiher die Erlaubnis, Dritten Arbeitnehmer gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung zu überlassen oder ihre Verlängerung zu versagen ist. Mit den Versagungsgründen des Art 1 § 3 Abs 1 Nrn 3 bis 6 AÜG hat der Gesetzgeber indes auch geregelt, wie Arbeitnehmerüberlassung rechtmäßig betrieben werden darf (vgl Begründung zu Art 1 § 3 AÜG-Entwurf, BT-Drucks VI/2303, S 11 f). Art 1 § 3 Abs 1 Nrn 3 bis 6 AÜG sind daher, wie das BSG schon mehrfach entschieden hat, an den Verleiher gerichtete allgemeine Verbote zu entnehmen (BSGE 48, 115, 116 = SozR 7815 Art 1 § 3 Nr 2; SozR 7815 Art 1 § 3 Nr 3).

Der Auslegung des Art 1 § 3 Abs 1 Nr 3 AÜG durch die Klägerin kann nicht zugestimmt werden. Die Vorschrift verbietet dem Verleiher, mit dem Leiharbeitnehmer befristete Arbeitsverträge abzuschließen und macht von diesem Verbot nur für den Fall eine Ausnahme, daß sich aus der Person des Arbeitnehmers hierfür ein sachlicher Grund ergibt. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers soll durch diesen Versagungsgrund verhindert werden, "daß der Verleiher das Arbeitgeberberrisiko zwar äußerlich übernimmt, dieses Risiko - das ihn auch dann zur Zahlung des Arbeitsentgelts verpflichtet, wenn der Leiharbeitnehmer nicht bei einem Entleiher beschäftigt werden kann - aber durch den Abschluß befristeter Arbeitsverträge mit Leiharbeitnehmern umgeht" (BT-Drucks VI/2303, S 11). Die Befristung des Vertrages zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer ist also nur zulässig, wenn sich aus der Person des Leiharbeitnehmers ein sachlicher Grund dafür ergibt. Die generelle Angabe, der Leiharbeitnehmer wünsche selbst Befristung oder - wie hier - "Sozialversicherungsfreiheit" (§ 8 Abs 1 Nr 2 Viertes Buch Sozialgesetzbuch <SGB IV>), genügt hierzu nicht. Vielmehr müssen - wie das BSG bereits in seiner Entscheidung vom 16. Dezember 1976 (BSGE 43, 100, 103) ausgeführt hat - die ausnahmsweise eine Befristung des Arbeitsvertrages rechtfertigenden sachlichen Gründe aus der Person des Leiharbeitnehmers in einer für die BA nachprüfbaren Weise dargelegt werden.



Wie in der zitierten Entscheidung weiter ausgeführt ist, sind selbst dann, wenn sachliche Gründe aus der Person des Leiharbeitnehmers vorhanden sein sollten, Verträge unzulässig, in denen die Beschäftigung auf Abruf vereinbart wird und zwischendurch die gegenseitigen Rechte und Pflichten zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer ruhen. Da es in einem solchen Fall dem Verleiher jeweils freistehen würde, den Abruf vorzunehmen oder - falls eine geeignete Möglichkeit der Überlassung des Leiharbeitnehmers an einen Dritten nicht gegeben ist - trotz der etwaigen Verfügbarkeit des Leiharbeitnehmers davon abzusehen, unterläge der Abruf letztlich der freien Disposition des Verleihers. Es bliebe somit dem Verleiher überlassen, von Fall zu Fall die zwischenzeitlich bestehende Arbeitslosigkeit des Leiharbeitnehmers zu beenden. Das BSG hat bei Vertragsgestaltungen dieser Art eine Verletzung der zwingenden Vorschrift des Art 1 § 1 Abs 1 Nr 3 AÜG bejaht, da es sich insoweit um unerlaubte Arbeitsvermittlung handele, die lediglich mit der begriffsjuristischen Konstruktion eines unechten Leiharbeitsverhältnisses verschleiert wäre (aaO S 104).

Demgegenüber vermag das Argument der Klägerin nicht zu überzeugen, sowohl bei der ursprünglich von ihr gewählten Befristung der Arbeitsverträge auf ein Beschäftigungsjahr als auch bei den jetzt von ihr ins Auge gefaßten "unbefristeten" Leiharbeitsverträgen mit Festlegung einer Jahresarbeitszeit stehe der Arbeitnehmer dem Arbeitsmarkt nur 50 Tage jährlich zur Verfügung und scheide damit aus dem Kreis der beschäftigungslosen Teilzeitarbeitskräfte aus. Denn selbst wenn davon ausgegangen wird, daß in solchen Fällen das Bedürfnis des Arbeitsuchenden, ihm einen Arbeitsplatz nachzuweisen, schon durch die Begründung des Arbeitsverhältnisses mit dem Verleiher befriedigt wird, so daß die von diesem einen dritten Arbeitgeber überlassenen Arbeitskräfte keine "Arbeit-suchenden" im Sinne des § 13 Abs 1 AFG mehr sind, wirkt sich die Begrenzung auf eine Jahresarbeitszeit so aus, daß sich die Aufgabe des Verleihers weitgehend auf eine Job-Vermittlung für 50 Tage reduziert und ihm kaum noch ein Arbeitgeberberrisiko verbleibt (vgl BSGE 31, 135, 242). Daran vermögen auch monatliche Abschlagszahlungen - wie sie die Klägerin nunmehr abweichend von ihrer ursprünglichen, den angefochtenen Auflagebescheiden zugrunde liegenden Vertragsgestaltung anbietet - nichts zu ändern. Dies gilt erst recht mit Rücksicht auf das hier intendierte sozialversicherungsfreie Arbeitsentgelt (500 DM monatlich im Jahre 1992). Denn dem Verleiher verbleiben innerhalb eines Jahres ausreichende Einsatzmöglichkeiten für 50 Arbeitstage. Selbst im Falle der Arbeitsunfähigkeit vermag er Zeitdefizite des Arbeitnehmers von diesem aufholen zu lassen. Der von Art 1 § 1 Abs 2 AÜG zur Abgrenzung der - erlaubten - Arbeitnehmerüberlassung von der - nicht erlaubten - Arbeitsvermittlung aufgestellte Grundsatz, daß der Überlassende dann Arbeitsvermittlung betreibt, wenn er nicht die üblichen Arbeitgeberpflichten oder das Arbeitgeberberrisiko übernimmt (vgl für die Zeit des Annahmeverzuges Art 1 § 11 Abs 4 AÜG), würde unter solchen Bedingungen ausgehöhlt und bis zu seiner Aufgabe reduziert. Damit liegen Vertragsgestaltungen dieser Art außerhalb der Grenzen zulässiger Arbeitnehmerüberlassung.



Auch soweit die Klägerin die Vereinbarung von 50-Tage-Verträgen mit kürzeren oder längeren Zeiträumen zwischen den einzelnen Arbeitseinsätzen für ebenso zulässig hält, wie die vom BSG für zulässig angesehene Vereinbarung längerer Beschäftigungspausen innerhalb des Leiharbeitsverhältnisses, übersieht sie die Grenzen zulässiger Arbeitnehmerüberlassung. Das BSG hat zwar in seiner bereits zitierten Entscheidung vom 16. Dezember 1976 (BSGE 43, 100, 104) klargestellt, daß die Vereinbarung von Beschäftigungspausen auch innerhalb des Leiharbeitsverhältnisses letztlich nichts anderes als unbezahlter Urlaub ist. Gleichzeitig hat es jedoch eindeutig verlangt, daß in diesem Fall die sich aus der Person des Leiharbeitnehmers ergebenden und die Vereinbarung von Beschäftigungspausen rechtfertigenden sachlichen Gründe substantiiert dargelegt werden müssen, um zu verhindern, daß auf diese Weise in Wirklichkeit gegen Art 1 § 3 Abs 1 Nr 3 AÜG verstoßende befristete Leiharbeitsverhältnisse begründet werden.

Im vorliegenden Fall kann dahingestellt bleiben, ob für die von der Klägerin intendierte Vertragsgestaltung sachliche Gründe in der Person der Leiharbeitnehmer vorliegen. Denn jedenfalls ermöglicht sie ihr, den Leiharbeitnehmer nach ihrem Bedarf zur Arbeitsleistung heranzuziehen, ohne in den Zeiten zwischen dem Abruf der einzelnen Arbeitseinsätze an sachlich gerechtfertigte Gründe aus der Person des Leiharbeitnehmers gebunden zu sein.

Eine Befugnis zum Abschluß von 50-Tage-Verträgen ergibt sich auch nicht aus Art 1 § 4 BeschFG, das am 1. Mai 1985 in Kraft getreten ist (BGBl 1985 I, 710). Diese Vorschrift läßt als besondere Form sogenannter "Teilzeitarbeit" in gewissen Grenzen die "Arbeit auf Abruf" zu (im Schrifttum auch als kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit <Kapovaz> bezeichnet). Das Gesetz will dem Arbeitnehmer, der "auf Abruf" bereitstehen muß, eine Mindestvergütung garantieren sowie das Recht, sich rechtzeitig auf die geforderte Arbeitsleistung einzustellen (Art 1 § 4 Abs 2 BeschFG). Der Arbeitnehmer braucht seinerseits auch nur Arbeit anzunehmen, wenn sie der vereinbarten Arbeitszeit entspricht. Ist keine Vereinbarung über die Arbeitszeit getroffen, so gilt nach der gesetzlichen Regelung eine Wochenarbeitszeit von 10 Stunden und eine tägliche Arbeitszeit von drei aufeinanderfolgenden Stunden als vereinbart (Art 1 § 4 Abs 1 und Abs 3 BeschFG).

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Rechtsauffassung der BA zutreffend ist, die Abrufregelung des Art 1 § 4 BeschFG gelte auch für Leiharbeitnehmer, sofern eine bestimmte wöchentliche oder zumindest monatliche Arbeitszeit vereinbart ist. Dafür könnte sprechen, daß auch Art 1 § 4 BeschFG für die Festlegung der Dauer der Arbeitszeit von einem wöchentlichen Bezugsrahmen ausgeht (§ 4 Abs 1 Halbsatz 2 BeschFG; vgl auch Schubel, BB 1985, 1607). Gegenstand der hier streitigen Auflagen ist jedoch eine darüber hinausgehende Flexibilisierung der Arbeitszeit in Gestalt eines Jahresarbeitszeitvolumens von 50 Arbeitstagen. Zu der Abrufregelung des Art 1 § 4



BeschFG ist umstritten, ob es den Arbeitsvertragsparteien überlassen ist, welchen zeitlichen Rahmen sie für die Festlegung der Dauer der Arbeitszeit wählen. So wird teilweise vertreten, das Gesetz bezwecke, den Umfang der Arbeitsverpflichtung und den zu erwartenden Verdienst für den Arbeitnehmer dadurch kalkulierbar zu machen, daß von einem Bezugsrahmen von höchstens einem Monat auszugehen sei (so GK-TzA Mikosch Art 1 § 4 BeschFG 1985 RdZiff 50; Stevens-Bartol AiB 1985, 122 f; Plander AuR 1987, 281, 282; Klevemann, aaO, 292, 296; aA offenbar Schaub in BB 1988, 2253, 2256; derselbe in Handbuch des Arbeitsrechts, 6. Aufl., § 44 VII; Hanau, RdA 1987, 25, 29 mwN). In jedem Fall ist aber die in Art 1 § 4 BeschFG enthaltene Regelung über die Anpassung der Arbeitszeit an den Arbeitsanfall im Bereich der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung nur in den dort gezogenen Grenzen anwendbar. Auch nach dem Inkrafttreten des BeschFG gelten - wie bereits das LSG zutreffend ausgeführt hat - das Befristungsverbot des Art 1 § 3 Abs 1 Nr 3 AÜG, das Synchronisationsverbot des Art 1 § 3 Abs 1 Nr 5 AÜG und die Abgrenzung zwischen erlaubter Arbeitnehmerüberlassung und unerlaubter, der BA vorbehaltener Arbeitsvermittlung (Art 1 § 1 Abs 2 AÜG) weiter. Als lex specialis geht die Regelung des AÜG den allgemeinen arbeitsrechtlichen Bestimmungen des BeschFG vor (vgl Sandmann/Marschall, Komm zum AÜG, Anm 22 zu Art 1 § 3 AÜG; Beker/Wulfgramm, Komm zum AÜG, 3. Aufl, Art 1 § 3 Anm 39b; Becker, Leitfaden zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung, 4. Aufl, S 37 f; aA Schubel, BB 1985, 1606). Insbesondere ist die gesetzgeberische Zielsetzung des Art 1 § 4 BeschFG nicht identisch mit den Zwecken und Zielsetzungen des AÜG und speziell den Schutzbestimmungen des Art 1 § 3 Abs 1 Nrn 3 und 5 AÜG. Während nämlich Art 1 § 4 BeschFG sicherstellen soll, daß die variable Arbeitszeit sozial verträglich ausgestaltet wird (BT-Drucks 10/2102 S 14, 16, 25 und 10/3206 S 3), bezweckt das AÜG nicht nur den Schutz des Leiharbeitnehmers vor ungerechtfertigten Benachteiligungen, sondern auch die Wahrung des verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden Vermittlungsmonopols der BA. Die bisherige Rechtsprechung des BSG (BSGE 34, 100, 102) ist demnach durch die Regelung des Art 1 § 4 BeschFG 1985 nicht zeitlich überholt.

Die BA hat somit zu Recht angenommen, daß Vertragsgestaltungen unzulässig sind, in denen für die Ableistung eines bestimmten Arbeitsdeputats mit 50 Kalendertagen ein jährlicher Bezugszeitraum festgelegt wird. Daß die BA bei der Erteilung der Auflage, die in ihrem pflichtgemäßen Ermessen stand (Art 1 § 2 Abs 2 AÜG), ermessensfehlerhaft gehandelt hätte, ist nicht erkennbar. Die Auflage läuft weder dem Zweck der Verlängerung der Erlaubnis zuwider (§ 32 Abs 3 SGB X), noch hat die BA von ihrem Ermessen in anderer, dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechender Weise (§ 54 Abs 2 Satz 2 SGG) Gebrauch gemacht. Die Klägerin selbst hat hierzu auch nichts vorgetragen.

Endlich verstößt die Auflage, wie vom LSG richtig gesehen, weder gegen das Recht auf Berufsfreiheit (Art 12 Abs 1 GG) noch gegen die allgemeine Handlungsfreiheit (Art 2



Abs 1 GG). Wie das BSG bereits mehrfach entschieden hat, kommt angesichts des § 4 AFG, nach dem Arbeitsvermittlung grundsätzlich nur von der BA betrieben werden darf, und dem weiten Umfang des Begriffs der Arbeitsvermittlung eine rechtmäßige Arbeitnehmerüberlassung nur in Betracht, wenn der Verleiharbeitgeber in einem bestimmten Umfang das Arbeitgeberberrisiko übernimmt, den Leiharbeitnehmer mangels Aufträgen nicht beschäftigen zu können, den sozialen Schutz des Leiharbeitnehmers sicherstellt und das Leiharbeitsverhältnis den Einsatz des Arbeitnehmers beim Entleiher überdauert (BSGE 31, 135, 242 ff; BSG-Urteil vom 23. Juli 1992 - 7 RAr 44/91 - zur Veröffentlichung vorgesehen). Damit der Verleiher das angesprochene Arbeitgeberberrisiko nicht auf die Leiharbeitnehmer abwälzt, verbietet Art 1 § 3 Abs 1 Nr 3 AÜG den Abschluß eines befristeten Arbeitsvertrages, sofern sich für die Befristung nicht aus der Person des Leiharbeitnehmers ein sachlicher Grund ergibt. Art 1 § 3 Abs 1 Nr 5 AÜG ergänzt diese Bestimmung, um zu vermeiden, daß der Verleiher das Arbeitgeberberrisiko nun dadurch von sich abwälzt, daß er den Leiharbeitnehmer zwar unbefristet einstellt, die Dauer des Arbeitsverhältnisses mit dem Leiharbeitnehmer aber auf die Zeit der erstmaligen Überlassung an einen Entleiher beschränkt. Dabei kommt es nicht darauf an, auf welche Weise der Verleiher die Dauer des Leiharbeitsverhältnisses begrenzt (vgl BSG SozR 7815 Art 1 § 3 Nr 3). Dieser unmittelbare Schutzzweck rechtfertigt, wie ausgeführt, eine restriktive Auslegung der Vorschrift des Art 1 § 3 Abs 1 Nr 3 AÜG.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)