

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: 11 RAr 57/91

.....,

Klägerin, Revisionsbeklagte und Revisionsklägerin,

Prozeßbevollmächtigte:,

g e g e n

Bundesanstalt für Arbeit,
Nürnberg, Regensburger Straße 104,

Beklagte, Revisionsklägerin 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 Richterinnen 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:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landessozialgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 13. Juni 1991 aufgehoben und die Klage in vollem Umfang abgewiesen.



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



- 2 -

Die Revision der Klägerin wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 3 -

Gründe:

I

Zwischen den Beteiligten ist streitig, unter welchen Voraussetzungen die beklagte Bundesanstalt für Arbeit (BA) das sogenannte Nachschaurecht gemäß Art 1 § 7 Abs 3 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) ausüben darf, dh Grundstücke und Geschäftsräume des Verleihers betreten und dort Prüfungen vornehmen kann.

Die Klägerin mit Sitz in Mülheim/Ruhr sowie Niederlassungen in Düsseldorf, Wuppertal und Mönchengladbach betreibt aufgrund einer von Landesarbeitsamt Nordrhein-Westfalen (LAA) 1978 erteilten Erlaubnis gewerbsmäßig Arbeitnehmerüberlassung. Auf Antrag der Klägerin verlängerte das LAA mit Bescheid vom 19. April 1985 die bis zum 25. April 1985 befristete Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung um ein weiteres Jahr bis zum 25. April 1986. Gleichzeitig teilte das LAA mit Schreiben vom 12. April 1985 der Klägerin eine Reihe von Sachverhalten mit, die Gegenstand von "Beanstandungen" waren.

Am 28. November 1985 kündigte das LAA telefonisch eine Prüfung der Akten in den Geschäftsräumen der Klägerin an, um festzustellen, ob Verstöße gegen die geltenden Rechtsvorschriften des AÜG vorlägen. Nachdem die Klägerin um die konkrete Benennung der angeblichen Verstöße gebeten hatte, wurde ihr am 2. Dezember 1985 mitgeteilt, die angekündigte Prüfung sei nicht mehr erforderlich. - Am 16. Januar 1986 teilte das LAA der Niederlassung der Klägerin in Mönchengladbach mit, zur Abklärung von Fragen wolle man die Niederlassung am 4. Februar 1986 aufsuchen. Es werde gebeten, zur Glaubhaftmachung der zu erteilenden Auskünfte die entsprechenden Unterlagen bereitzuhalten. Die Klägerin hielt daraufhin dem LAA mit Schreiben vom 23. Januar 1986 vor, bereits am 28. November 1985 in unzulässiger Weise ohne Nennung eines konkreten Grundes Zugang zu den Geschäftsräumen verlangt zu haben und forderte eine rechtsverbindliche Erklärung des LAA, in Zukunft von der Klägerin nicht mehr pauschal die Duldung des Zutritts zu den Geschäftsräumen und Prüfungen zu verlangen. Bezüglich des für den 4. Februar 1986 angekündigten Besuchs bat die Klägerin um die Übermittlung der offenen Fragen; sie werde dann dem Auskunftsverlangen nachkommen. Das LAA antwortete, die Prüfung vom 3. Dezember 1985 habe erfolgen sollen, weil Hinweise vorgelegen hätten, daß ein ausländischer Student, dessen Arbeitserlaubnis auf die Semesterferien beschränkt gewesen sei, außerhalb der vorlesungsfreien Zeit beschäftigt worden sei. Bezüglich des angekündigten Besuchs der Niederlassung Mönchengladbach forderte das LAA die Klägerin auf mitzuteilen, ob sie im Rahmen des Verlängerungsantrages bereit sei, eine Prüfung iS von Art 1 § 7 Abs 3 AÜG zu dulden und sowohl am Hauptsitz als auch in den Niederlassungen 1. freien Zutritt zu den Geschäftsräumen und 2. freien Zugang zu allen Geschäftsunterla-



gen zu gewähren. Am 4. Februar 1986 gestattete die Klägerin die Prüfung in ihren Geschäftsräumen; nach ihrer Darstellung deshalb, weil sie auf die rasche Verlängerung der Erlaubnis angewiesen gewesen sei.

Am 7. März 1986 erhob die Klägerin Widerspruch gegen die Anordnungen des LAA (vom 28. November 1985, 26. Januar 1986 und Ende Januar 1986), die im Zusammenhang mit der beabsichtigten Prüfung am 3. Dezember 1985 in der Niederlassung Düsseldorf und den durchgeführten Prüfungen am 4. Februar 1986 und 19. Februar 1986 in den Niederlassungen Mönchengladbach bzw Wuppertal ergangen waren. Sie machte geltend, diese Anordnungen seien durch das Prüfungsrecht nach Art 1 § 7 Abs 3 AÜG nicht gedeckt und verletzen den im Rahmen des § 7 anwendbaren Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, wonach die Arbeitsverwaltung verpflichtet sei, zunächst Auskünfte einzuholen und erst dann von dem ihr zustehenden Prüfungsrecht Gebrauch zu machen. Der Widerspruch erfolge im Hinblick auf die vollzogenen bzw aufgehobenen Maßnahmen vorsorglich. Das LAA solle mitteilen, daß die Anordnungen rechtswidrig gewesen seien und zukünftig nicht mehr die Gewährung freien Zutritts zu den Geschäftsräumen und voller Zugang zu allen Geschäftsunterlagen verlangt werde.

Den Widerspruch der Klägerin verwarf das LAA mit Bescheid vom 22. September 1986 als unzulässig. Es führte zur Begründung aus, es seien lediglich Prüftermine angekündigt worden. Bei diesen Ankündigungen habe es sich mangels eines regelnden Inhalts nicht um anfechtbare Verwaltungsakte gehandelt.

Bereits zuvor hatte die Klägerin am 27. Mai 1986 Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Überprüfungsanordnungen des LAA erhoben, ihr Klagebegehren dann aber unter entsprechender Antragsänderung auf eine vorbeugende Unterlassungsklage beschränkt. Das Sozialgericht (SG) hat die Beklagte entsprechend dem Klageantrag verurteilt (Urteil vom 12. Oktober 1988).

Auf die Berufung der BA hat das Landessozialgericht (LSG) mit Urteil vom 13. Juni 1991 das Urteil des SG abgeändert und - unter Abweisung der Klage im übrigen - die BA verurteilt, es zu unterlassen, ohne vorherige Duldungsverfügung das Nachschaurecht gemäß Art 1 § 7 Abs 3 AÜG auszuüben. Das LSG hat ausgeführt, die vorbeugende Unterlassungsklage sei zulässig. Eine Anfechtungsklage gegen die von der BA für erforderlich gehaltenen Maßnahmen zur Kontrolle und Überwachung nach Art 1 § 7 AÜG komme hier nicht in Betracht, weil diese Maßnahmen keine Verwaltungsakte mit entsprechendem Regelungscharakter, sondern nur Ankündigungen von Prüfterminen seien. Das für eine vorbeugende Unterlassungsklage erforderliche qualifizierte Rechtsschutzinteresse ergebe sich aus der Gefahr der Wiederholung der für rechtswidrig gehaltenen Amtshandlungen. Die BA habe bereits im erstinstanzlichen Verfahren erklärt, sie wolle daran festhalten, das Nachschaurecht des Art 1 § 7 Abs 3 AÜG uneingeschränkt



auszuüben. Dies habe sie im Berufungsverfahren ausdrücklich bestätigt. Sachlich sei die Berufung der BA zum Teil begründet. Entgegen der Rechtsauffassung des SG enthalte Art 1 § 7 AÜG kein zwingend einzuhaltendes Stufenschema. Es sei der BA unbenommen, von der einschneidenderen Möglichkeit des Art 1 § 7 Abs 3 AÜG Gebrauch zu machen, ohne zuvor ein in die Sphäre der Klägerin weniger eingreifendes Auskunftersuchen nach Abs 2 gestellt zu haben. Ein Zwang zum stufenweisen Vorgehen der BA sei weder dem Wortlaut noch der Entstehungsgeschichte der Vorschrift zu entnehmen. Allerdings sei die Berufung der BA insoweit nicht begründet, als sie das Nachschaurecht nicht nach eigenem Belieben ausüben könne. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gebiete es, dem Verleiher gegenüber erkennbar zu machen, daß die gesetzlichen Voraussetzungen für das geplante Vorgehen vorlägen. Die BA müsse daher einen Verwaltungsakt dahin erlassen, daß die Klägerin das Betreten der Geschäftsräume wegen des angenommenen begründeten Einzelfalles zu dulden habe (Duldungsverfügung). Allein bei diesem Vorgehen sei gesichert, daß der Verleiher sich mit rechtsstaatlichen Mitteln unmittelbar gegen den Verwaltungsakt oder - wenn die BA als Behörde die zwangsweise Durchsetzung betreiben sollte - gegen das Verwaltungsvollstreckungsverfahren wenden und Rechtsschutz erreichen könne.

Gegen das Urteil des LSG haben sowohl die Klägerin als auch die BA die zugelassene Revision eingelegt.

Die Klägerin rügt eine Verletzung von Art 1 § 7 Abs 3 AÜG iVm Art 13 Abs 1 Grundgesetz (GG), Art 12 Abs 1 GG und Art 2 Abs 1 GG. Sie trägt vor, die Praxis der BA, generell ohne Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ein Nachschaurecht geltend zu machen, verletze die genannten Grundrechte. Statt auf die Frage einzugehen, unter welchen Voraussetzungen bei Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit das Nachschaurecht von der BA ausgeübt werden dürfe, stelle das LSG nur auf den formellen Punkt des vorherigen Erlasses einer Duldungsverfügung ab. Es habe nicht beachtet, daß sie ihr Klagebegehren nicht generell auf die Ermittlungsbefugnisse der BA im Rahmen der Überwachung der Einhaltung der Vorschriften des AÜG ausgerichtet habe, sondern der Klagantrag nur das Vorgehen der BA zur Vorbereitung einer Entscheidung über eine beantragte Verlängerung der Erlaubnis nach dem AÜG erfasse. Sie wende sich gegen die Praxis der BA, bei Verweigerung des Zutritts im Zusammenhang mit Verlängerungsanträgen damit zu drohen, die Erlaubnis nicht zu verlängern. - Im übrigen habe das LSG die BA zutreffend nach dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und mit Rücksicht auf die Garantie effektiven Rechtsschutzes für verpflichtet gehalten, die Duldungspflicht durch Verwaltungsakt auszusprechen. Dies folge auch aus § 6 Abs 1 und Abs 2 des Verwaltungs-Vollstreckungsgesetzes.

Die Klägerin beantragt,



I. 1. die Beklagte zu verurteilen, es zu unterlassen, von der Klägerin die Duldung zu verlangen, zur Vorbereitung einer Entscheidung über eine beantragte Verlängerung der Erlaubnis nach dem AÜG die Geschäftsräume der Klägerin zu betreten und Einsicht in die Geschäftsunterlagen der Klägerin zu nehmen,

es sei denn, dies geschähe entweder

zum Zwecke der Inaugenscheinnahme der Betriebsräume der Klägerin zur Klärung der Frage, ob die Klägerin nach der Gestaltung ihrer Betriebsorganisation in der Lage ist,

die üblichen Arbeitgeberpflichten ordnungsgemäß zu erfüllen - ohne generell Einsicht in die Geschäftsunterlagen zu nehmen -,

oder weil ein begründeter Einzelfall gegeben ist und

a) nach vorherigem Verlangen von Auskunft und Vorlage bestimmter das konkrete Auskunftsverlangen betreffender Geschäftsunterlagen und

Nichterfüllung dieses Auskunftsverlangens durch die Klägerin oder Vorliegen von Anhaltspunkten für die Annahme, daß die Klägerin dem Auskunftsverlangen unrichtig oder nur unvollständig nachgekommen ist

und b) unter Beschränkung der Einsichtnahme auf diejenigen Geschäftsunterlagen, bezüglich derer zuvor von der Beklagten ein Auskunftsverlangen geltend gemacht worden ist.

2. hilfsweise zu 1 die Beklagte zu verurteilen, es zu unterlassen, von der Klägerin die Duldung zu verlangen, zur Vorbereitung einer Entscheidung über eine beantragte Verlängerung der Erlaubnis nach dem AÜG die Geschäftsräume der Klägerin zu betreten und Einsicht in die Geschäftsunterlagen der Klägerin zu nehmen, es sei denn dies geschähe entweder a) zum Zwecke der Inaugenscheinnahme der Betriebsräume der Klägerin zur Klärung der Frage, ob die Klägerin nach der Gestaltung ihrer Betriebsorganisation in der Lage ist, die üblichen Arbeitgeberpflichten ordnungsgemäß zu erfüllen - ohne generell Einsicht in die Geschäftsunterlagen zu nehmen -,

oder b) weil ein begründeter Einzelfall gegeben ist und

aa) nach vorherigem Verlangen von Auskunft und Vorlage bestimmter das konkrete Auskunftsverlangen betreffender Geschäftsunterlagen

und bb) unter Beschränkung der Einsichtnahme auf diejenigen Geschäftsunterlagen, bezüglich derer zuvor von der Beklagten ein Auskunftsverlangen geltend gemacht worden ist oder c) ohne vorheriges Verlangen von Auskunft, wenn aufgrund konkreter Tatsachen der Schluß gerechtfertigt ist, daß ein wichtiger Grund gegeben ist, von einem vorherigen Auskunftsersuchen Abstand zu nehmen, insbesondere weil Zeit für ein Auskunftsersuchen nicht gegeben ist, vorausgesetzt das Nachschaurecht wird durch vorherige Duldungsverfügung geltend gemacht.



3. hilfsweise zu 2 die Beklagte zu verurteilen, es zu unterlassen, ohne vorherige Duldungsverfügung das Nachschaurecht gemäß Art 1 § 7 Abs 3 AÜG auszuüben.

II. Die Revision der Beklagten zurückzuweisen.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des LSG vom 13. Juni 1991 aufzuheben, soweit es der Berufung nicht stattgegeben hat, und die Klage unter Aufhebung des Urteils des SG vom 12. Oktober 1988 in vollem Umfang abzuweisen sowie die Revision der Klägerin zurückzuweisen.

Sie rügt eine Verletzung des Art 1 § 7 Abs 3 AÜG. Die Vorschrift verlange zur Ausübung des Nachschaurechts nicht einen gesonderten Verwaltungsakt. Vielmehr verpflichte ihr Satz 2 den Verleiher ausdrücklich zur Duldung der Nachschau. Entsprechendes sei vergleichbaren Vorschriften zum Nachschaurecht zu entnehmen (§ 22 Abs 2 Gaststättengesetz, § 17 Handwerksordnung). Es bestehe auch keine sachliche Notwendigkeit für das vorherige Setzen eines Verwaltungsaktes. Denn soweit der Verleiher die Nachschau nicht gestatten wolle, sei das Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz anzuwenden, das dem Verleiher rechtliche Handhaben gebe. Die vom LSG verlangte Duldungsverfügung mache Art 1 § 7 Abs 3 AÜG unpraktikabel.

II

Die Revision der Beklagten ist begründet, die Revision der Klägerin ist nicht begründet.

Das LSG hat hier im Ergebnis zutreffend die Zulässigkeit der vorbeugenden Unterlassungsklage bejaht. Sie zielt auf das Unterlassen der drohenden Amtshandlung des Betretens der Geschäftsräume und der Vornahme von Prüfungen gemäß Art 1 § 7 Abs 3 AÜG (vgl BSGE 25, 116, 117; 43, 134, 138). Die für das Rechtsschutzinteresse bei Unterlassungsklagen auch im öffentlichen Recht erforderliche Wiederholungsgefahr ist gegeben, weil die Beklagte das Betretungs- und Prüfungsrecht uneingeschränkt für sich in Anspruch nimmt und eine Wiederholung ihrer von der Klägerin beanstandeten Prüfungspraxis in Aussicht gestellt hat (vgl BSGE 25, 116, 117).

Die Unterlassungsklage ist jedoch nicht begründet. Wie das LSG ebenfalls zutreffend ausgeführt hat, enthält Art 1 § 7 AÜG kein zwingend einzuhaltendes Stufenschema. Daher ist es der BA unbenommen, in begründeten Einzelfällen ihre Pflicht zur Nachschau nach Abs 3 der Vorschrift wahrzunehmen, ohne zuvor ein Auskunftersuchen nach Abs 2 zu stellen.



Art 1 § 7 AÜG unterstellt zur Sicherung des sozialen Schutzes der Leiharbeitnehmer die Verleiher der fortlaufenden Kontrolle und Überwachung durch die BA. Zu diesem Zweck sieht Abs 1 der Vorschrift Tatbestände vor, die der Verleiher der Erlaubnisbehörde unaufgefordert zu melden hat. Zur Vorbereitung der nach dem Gesetz zu treffenden behördlichen Entscheidungen (beispielsweise über die Nichtverlängerung, den Widerruf oder die Rücknahme der Erlaubnis) räumt Abs 2 der Vorschrift der Erlaubnisbehörde ein Auskunftsrecht ein und verpflichtet den Verleiher zu entsprechenden Auskünften. Um der Erlaubnisbehörde namentlich in den Fällen der Auskunftsverweigerung, der unvollständigen oder unrichtigen Auskunft eine Kontrollmöglichkeit zu gewähren, gibt die Vorschrift in Abs 3 der Erlaubnisbehörde ein eigenständiges Betretungs- und Prüfungsrecht und sieht in Abs 4 der Vorschrift als einschneidendste Überprüfungsmaßnahme ein Durchsuchungsrecht vor.

Der hier maßgebliche Art 1 § 7 Abs 3 AÜG bestimmt, daß in begründeten Einzelfällen die von der Erlaubnisbehörde beauftragten Personen befugt sind, Grundstücke und Geschäftsräume des Verleihers zu betreten und dort Prüfungen vorzunehmen (Satz 1). Der Verleiher hat die Maßnahmen nach Satz 1 zu dulden (Satz 2). Das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art 13 GG) wird insoweit eingeschränkt (Satz 3).

Dieses Betretungs- und Prüfungsrecht (sog Nachschaurecht) der für die Durchführung des Gesetzes zuständigen BA (§ 17 AÜG) ist eines der gesetzlich vorgesehenen Kontrollmittel und darf unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nur dann ausgeübt werden, wenn eine ordnungsgemäße Überwachung auf andere Weise nicht sichergestellt werden kann. Daraus folgt jedoch entgegen der von der Klägerin vertretenen Rechtsauffassung nicht, daß die BA stets verpflichtet ist, zunächst Auskünfte bei dem Verleiher einzuholen und erst dann, wenn der Verleiher dem konkreten Auskunftsverlangen unter den im Klagantrag beschriebenen Voraussetzungen nicht nachgekommen ist, das ihr nach Abs 3 zustehende Prüfungsrecht ausüben darf. Ein solches zwingend einzuhaltendes Stufenschema enthält - wie bereits das LSG zutreffend dargestellt hat - weder der Gesetzeswortlaut, noch entspricht es dem Sinn und Zweck des Gesetzes.

Wie sich aus den Gesetzesmaterialien ergibt, hatte die Vorschrift des Art 1 § 7 Abs 3 AÜG idF des Regierungsentwurfs folgenden Wortlaut:

"In begründeten Einzelfällen ist die Erlaubnisbehörde befugt, Grundstücke und Geschäftsräume, zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung auch Wohnräume des Verleihers zu betreten, dort Prüfungen vorzunehmen und in die geschäftlichen Unterlagen des Verleihers Einsicht zu nehmen (BT-Drucks VI/2303, S 3)."



In der Begründung des Regierungsentwurfs (BT-Drucks aaO zu § 7 S 13) wird hierzu ausgeführt:

"Die Vorschrift räumt der Erlaubnisbehörde das Recht ein, Grundstücke und Geschäftsräume, zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung auch Wohnräume des Verleihers zu betreten und in seine geschäftlichen Unterlagen Einsicht zu nehmen, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, daß eine ordnungsgemäße Überwachung auf andere Weise nicht sichergestellt werden kann."

Im Zuge des weiteren Gesetzgebungsverfahrens ist Art 1 § 7 Abs 3 AÜG gegenüber der Fassung des Regierungsentwurfs abgeändert und der jetzige Absatz 4 in die Vorschrift eingefügt worden, wobei auf Empfehlung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages Abs 3 der Vorschrift den §§ 46 Abs 3 und 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) nachgebildet worden ist (Sten Prot der 86. Sitzung des Rechtsausschusses vom 8. Juni 1972, 6. WP 1969, Nr 86 S 6 zu Art 1 § 7 AÜG; Kurzprotokoll der 93. Sitzung des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung vom 9. Juni 1972, Nr 93/52 zu Art 1 § 7 Abs 3 AÜG). Weder dem Gesetzesaufbau noch dem Gesetzeszweck der wirksamen Überwachung des Verleihers ist somit zu entnehmen, daß damit in Ausgestaltung des Verfassungsgrundsatzes der Verhältnismäßigkeit der Gesetzgeber zwingend und stets ein stufenweises Vorgehen der Erlaubnisbehörde von der leichtesten bis zur belastendsten Stufe vorschreiben wollte (so Becker/Wulfgramm, Kommentar zum AÜG, 3. Auflage, § 7 Anm 12 - jedoch unter Berufung auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit). Vielmehr ist das Betretungs- und Prüfungsrecht nach Art 1 § 7 Abs 3 AÜG eine selbständige Ermittlungsmaßnahme, die ohne vorheriges Auskunftsverlangen zulässig ist (vgl zu § 46 GWB, Entscheidungen des Kammergerichts Berlin vom 4. Februar 1981 und 27. Juni 1986 <WuW/E OLG 2433 und WuW/E OLG 3839; Niederleithinger, EWiR 1987, 1215 f>). Allerdings darf nach den Grundsätzen der Erforderlichkeit und des Übermaßverbotes der Verleiher jeweils nur im geringstmöglichen Umfang belastet werden. Mit der Formulierung, "in begründeten Einzelfällen" bestehe ein Betretungs- und Prüfungsrecht der Erlaubnisbehörde, hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, daß eine solche Überprüfung nur dann zulässig ist, wenn tatsächliche Anhaltspunkte für ein gesetzwidriges Verhalten des Verleihers vorhanden sind. Somit hängt es von der jeweiligen Fallgestaltung ab, ob für eine ordnungsgemäße Überwachung das Auskunftsverlangen nach Abs 2 der Vorschrift genügt oder ob die Erlaubnisbehörde von dem Betretungs- und Prüfungsrecht nach Abs 3 Gebrauch machen muß.

Insofern geht die Auffassung der Klägerin fehl, die BA habe zur Vorbereitung ihrer Entscheidung über eine beantragte Erlaubnisverlängerung von ihrem Betretungs- und Prüfungsrecht nur in den Grenzen eines zuvor gestellten Auskunftsverlangens unter der weiteren Voraussetzung Gebrauch zu machen, daß die Klägerin diesem Verlangen nicht



oder nur unvollständig nachgekommen ist. Dieses Klagebegehren rechtfertigt sich auch nicht aus dem Gedanken, daß - wie die Klägerin vorträgt - die Erlaubnisverlängerung planbar wäre. Denn es ist eine Fülle von Fallgestaltungen denkbar, unter denen das Betretungs- und Prüfungsrecht nach Art 1 § 7 Abs 3 AÜG ohne vorhergehendes Auskunftsverlangen zulässig ist, wobei die Erlaubnisbehörde in ihre Prüfung auch solche Punkte einbeziehen kann, die für sich allein schonender durch ein vorheriges Auskunftsverlangen zu klären gewesen wären. Allerdings ist allein zur Vorbereitung der Entscheidung über eine beantragte Verlängerung der Erlaubnis die Ausübung des Betretungs- und Prüfungsrechts nicht zulässig. Ebenso sind bloße Stichprobenkontrollen - anders als beispielsweise bei der behördlichen Gaststättenkontrolle nach § 22 Abs 2 Gaststättengesetz - nicht zulässig (zu letzterem vgl BVerwG, - Beschluß vom 18. Februar 1988 - Buchholz 451.41 § 4 GastG Nr 12). Hinzukommen müssen vielmehr Tatsachen, die den konkreten Verdacht begründen, daß eine Prüfung gesetzwidrige Zustände ergeben würde und hierzu ein Betreten der Geschäftsräume erforderlich ist. Ein begründeter Einzelfall ist beispielsweise dann gegeben, wenn die Erlaubnisbehörde konkrete Hinweise - etwa eine Anzeige oder Beschwerde - erhalten hat, die den Anfangsverdacht begründen, daß der Verleiher die ihm nach Art 1 § 3 AÜG obliegenden Pflichten mißachtet haben könnte und zur Aufklärung dieses Sachverhalts das Betreten der Geschäftsräume und die Prüfung der geschäftlichen Unterlagen ohne vorhergehendes Auskunftersuchen erforderlich ist. Hier hat das LSG im Rahmen der vorbeugenden Unterlassungsklage keine Sachverhalte festgestellt, die ein diesen Anforderungen widersprechendes Verhalten der BA ergeben. Dies bedarf aber keiner abschließenden Beurteilung. Denn jedenfalls setzt ein Vorgehen nach Art 1 § 7 Abs 3 AÜG nicht voraus, daß zunächst Maßnahmen nach Abs 2 der Vorschrift ergriffen worden sind.

Art 1 § 7 Abs 3 AÜG verstößt bei diesem Verständnis weder gegen das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung (Art 13 GG) noch gegen das Recht auf Berufsfreiheit (Art 12 Abs 1 GG) noch gegen die allgemeine Handlungsfreiheit (Art 2 Abs 1 GG).

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts <BVerfG> (BVerfGE 32, 54, 76) ist zwar der Begriff der "Wohnung" iS des Art 13 GG weit auszulegen und umfaßt auch Geschäfts- und Betriebsräume einer GmbH. Allerdings ist bei der Auslegung des Begriffs der "Eingriffe und Beschränkungen" iS des Art 13 Abs 3 GG zu unterscheiden zwischen der Wohnung im engeren Sinne und den Geschäfts- und Betriebsräumen, denen nach ihrer Zweckbestimmung eine größere Offenheit "nach außen" eignet. Dementsprechend hat das BVerfG den grundrechtsrelevanten "Eingriff" bei Geschäftsräumen enger als bei Privatwohnungen interpretiert. Danach stellen Betretungen, Besichtigungen und Prüfungen von Geschäftsräumen durch Beauftragte von Behörden im Rahmen ihrer Zuständigkeit grundsätzlich keine Durchsuchungen iS des Art 13 Abs 2 GG dar und sind auch nicht als eine (sonstige) Beeinträchtigung des Rechts



der Unverletzlichkeit der Wohnung anzusehen, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind: Eine besondere gesetzliche Vorschrift muß zum Betreten der Räume ermächtigen; das Betreten der Räume, die Vornahme der Besichtigungen und Prüfungen muß einem erlaubten Zweck dienen und hierfür erforderlich sein; das Gesetz muß den Zweck des Betretens, den Gegenstand und den Umfang der zugelassenen Besichtigung und Prüfung deutlich erkennen lassen; das Betreten der Räume und die Vornahme der Besichtigung und Prüfung ist nur in den Zeiten statthaft, zu denen die Räume normalerweise für die jeweilige geschäftliche oder betriebliche Nutzung zur Verfügung stehen (BVerfGE 32, 54, 76 f; SozR 4100 § 132a Nr 1; nicht veröffentlichter Beschluß vom 28. Oktober 1987 - 1 BvR 1041/86 - zitiert von Sautter, NJW 1988, 1429 f - zu § 46 Abs 1 Nr 2 GWB).

Diesen Anforderungen wird Art 1 § 7 Abs 3 AÜG gerecht. Die Vorschrift dient dem berechtigten Interesse an einer Aufdeckung von Verstößen gegen Vorschriften des AÜG. Zur Erreichung dieses Zweckes sind beschränkt auf begründete Einzelfälle auch das Betreten der Geschäfts- und Betriebsräume des Verleihers und die Prüfung der Geschäftsunterlagen erforderlich. Insoweit entsprechen die Befugnisse der BA den Kontrollbefugnissen, die den Beauftragten der Handwerkskammer nach § 17 HWO eingeräumt worden sind und die das BVerfG als verfassungsrechtlich unbedenklich erachtet hat (BVerfGE 32, 54).

Das Betretungs- und Prüfungsrecht nach Art 1 § 7 Abs 3 AÜG begegnet auch unter dem Gesichtspunkt des Art 12 Abs 1 GG und des Art 2 Abs 1 GG keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Da die Vorschrift der Überwachung der zulässigen Grenzen zwischen Arbeitsvermittlung und Arbeitnehmerüberlassung dient, kann diese Bestimmung nicht anders beurteilt werden als das Vermittlungsmonopol der BA. Auch wenn sich das Betreten der Geschäftsräume und die Prüfung der Geschäftsunterlagen kurzfristig beeinträchtigend auf den Geschäftsablauf auswirken kann, hat die Klägerin wegen des überragenden Wertes des Vermittlungsmonopols der BA eine derartige Beschränkung sowohl ihres Rechts auf Berufsfreiheit als auch ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit hinzunehmen (vgl BSG SozR 7815 Art 1 § 3 Nr 3).

Entgegen der Rechtsauffassung des LSG ist die BA auch berechtigt, von ihrem Betretungs- und Prüfungsrecht nach Art 1 § 7 Abs 3 AÜG ohne vorherige Duldungsverfügung Gebrauch zu machen.

Art 1 § 7 Abs 3 Satz 2 AÜG sieht ausdrücklich vor, daß der Verleiher die Maßnahme nach Satz 1 zu dulden hat. Insofern entsteht die Verpflichtung bereits mit der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes und muß nicht erst durch gestaltenden Verwaltungsakt begründet werden. Vergleichbare Rechtsvorschriften, die ein Nachschaurecht formulieren, finden sich beispielsweise in § 24b Gewerbeordnung oder § 17 Abs 2 HWO. Auch dort verlangt das Gesetz nicht den vorherigen Erlass eines Verwaltungsaktes zur



Ausübung des Nachschaurechtes (vgl. Landmann-Rohmer, Kommentar zur Gewerbeordnung, Band I § 24b Anm 13, § 24a Anm 25; Kübler/Aberle/Schubert, Kommentar zur HWO, § 17 Anm 24). Dies schließt nicht aus, daß die Behörde die gesetzliche Duldungspflicht durch Erlass eines Verwaltungsaktes klarstellen kann und dies im Einzelfall auch geboten sein mag. Es besteht jedoch keine generelle gesetzliche Verpflichtung, die Duldungspflicht des Verleihers durch Verwaltungsakt auszusprechen, und Art 1 § 7 Abs 3 AÜG sieht auch - anders als beispielsweise § 132a Abs 4 AFG - nicht eine schriftliche Anordnung der Prüfung vor.

Dementsprechend hat bereits der 7. Senat des Bundessozialgerichts (BSG) in seiner Entscheidung vom 12. Juli 1989 (BSG SozR 7815 Art 1 § 7 AÜG Nr 1) zur Rechtsnatur des Auskunftsverlangens der BA nach Art 1 § 7 Abs 2 AÜG ausgeführt, sie stelle nicht typischerweise nur eine Vorbereitungshandlung für eine spätere Entscheidung gegenüber dem Verleiher dar. Vielmehr sei die Erlaubnisbehörde befugt, durch Verwaltungsakt zu regeln, welche konkreten Auskünfte ein Verleiher zu erstatten habe, und diesen Verwaltungsakt ggf mit den Mitteln der Verwaltungsvollstreckung durchzusetzen. Entscheidend für die Verwaltungsaktqualität einer Aufforderung an den Verleiher, Auskünfte zu erteilen, sei, ob die Aufforderung selbst Regelungscharakter besitze und die Behörde den Betroffenen zur Erteilung der Auskunft bindend verpflichten wolle. Diese Rechtsausführungen, denen sich der erkennende Senat anschließt, treffen auch auf das Geltendmachen des Betretungs- und Prüfungsrechts der Erlaubnisbehörde nach Art 1 § 7 Abs 3 AÜG zu. Auch hier steht es grundsätzlich im Ermessen der Erlaubnisbehörde, in welcher Weise sie ihre gesetzlichen Aufgaben erfüllt, wobei die gesetzlichen Grenzen des Ermessens durch Prinzipien wie Gleichbehandlung, Selbstbindung der Verwaltung, Geeignetheit und vor allem auch durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Mittel bestimmt werden. So kann es im Vorfeld einer beabsichtigten Nachschau genügen, wenn die Erlaubnisbehörde - wie hier geschehen - den Verleiher telefonisch oder schriftlich über den beabsichtigten Prüfungstermin informiert. Umgekehrt kann sich der Ermessensspielraum der Erlaubnisbehörde zu einer Pflicht zum Erlass eines Verwaltungsaktes verengen, wenn dies zur Festlegung und Klarstellung der gesetzlichen Duldungspflicht im Einzelfall geboten ist. In der Regel ist vor dem Betreten der Geschäftsräume des Verleihers und der Vornahme der Prüfung, ein die Duldungspflicht konkretisierender Verwaltungsakt erforderlich, wobei dieser nach § 33 Abs 2 Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) schriftlich, mündlich oder in anderer Form erlassen werden kann. Um dem betroffenen Verleiher eine Überprüfung der Voraussetzungen des Art 1 § 7 AÜG zu ermöglichen, ist nicht nur die Angabe der Vorschrift, auf die sich die Anordnung stützt, notwendig, sondern es muß dem Verleiher auch mitgeteilt werden, welche sachlichen Anhaltspunkte für ein möglicherweise gesetzwidriges Verhalten anhand seiner Geschäftsunterlagen geprüft werden sollen. Dabei genügt allerdings grundsätzlich eine generelle Bezeichnung der in Betracht kommenden Einzelfälle iS des Art 1 § 7 Abs 3 Satz 1 AÜG. Denn einerseits soll damit eine effektive Überprüfungstätigkeit der



Erlaubnisbehörde nicht gefährdet werden, andererseits darf ein wirksamer Rechtsschutz des Betroffenen durch ein uneingeschränktes Vorgehen der Erlaubnisbehörde nicht vereitelt werden (vgl VGH München, Urteil vom 10. April 1986, Bay VBI 1987, 306 f zum Wohnungsbetretungsrecht nach der Bay BO).

In jedem Fall muß die Erlaubnisbehörde einen Verwaltungsakt zur Konkretisierung der Duldungspflicht erlassen, wenn sie diese Pflicht zwangsweise durchsetzen will. Dies folgt aus § 6 Abs 1 Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz iVm § 66 Abs 1 SGB X. Ausnahmen sind nur unter den besonderen Voraussetzungen des sofortigen Vollzuges nach § 6 Abs 2 Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz vorgesehen. Verweigert also ein Verleiher dem Bediensteten der Erlaubnisbehörde den Zutritt zu seinen Geschäftsräumen, so kann die Erlaubnisbehörde nur mit den im Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz vorgesehenen Zwangsmaßnahmen den Verwaltungsakt durchsetzen. Umgekehrt ist der Verleiher nicht ohne rechtliche Handhabe gegen die Kontrollmaßnahmen der Erlaubnisbehörde, denn er kann gegen diese Maßnahmen die entsprechenden Rechtsmittel einlegen (§ 18 Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz). In diesem Zusammenhang ist zu beachten, daß der Hinweis, bei Verweigerung der Auskünfte und des Zutritts würden entsprechende Rückschlüsse auf die gewerberechtliche Zuverlässigkeit der Klägerin gezogen, kein zulässiges Mittel zur Durchsetzung der Duldungspflicht des Verleihers ist (vgl bereits BSG SozR 7815 Art 1 § 7 Nr 1 S 5).

Die Frage nach der Notwendigkeit einer Duldungsanordnung läßt sich somit nicht allgemein beantworten. Auch wenn entgegen der Rechtsauffassung des LSG die Ausübung des Betretungs- und Prüfungsrechts nach Art 1 § 7 Abs 3 AÜG nicht stets den vorherigen Erlaß einer Duldungsanordnung voraussetzt, ist damit die Verwirklichung des Nachschaurechts nicht in das "Belieben" der BA gestellt. Vielmehr liegt die Art und Weise, wie die Verwaltung ihre gesetzlichen Aufgaben erfüllt, in ihrem pflichtgemäßen Ermessen. Der Grundsatz des Gesetzesvorrangs steht dem nicht entgegen (vgl Stelkens, Natur und Recht 1983, 261, 263). Insbesondere können nach den Umständen des Einzelfalles zur sachgerechten Aufklärung auch nicht angemeldete Prüfeinsätze erforderlich sein, um die die Gesetzesverstöße beweisenden Unterlagen auffinden zu können. Dabei ist allerdings zu beachten, daß das Betretungs- und Prüfungsrecht der Erlaubnisbehörde nur die an konkrete Verdachtsmomente anknüpfende gezielte Prüfung ermöglicht und nicht ein uneingeschränktes Ermittlungsrecht einräumt. Will die Erlaubnisbehörde darüber hinaus die Geschäftsräume nach entsprechenden Unterlagen durchsuchen, weil die Prüfung nach Abs 3 ergebnislos verlaufen ist, so darf sie dies nach Art 1 § 7 Abs 4 AÜG grundsätzlich nur auf richterliche Anordnung tun.

Auf die Revision der Beklagten war somit das Urteil des LSG abzuändern und die Klage in vollem Umfang abzuweisen. Die Revision der Klägerin war als unbegründet zurückzuweisen.



Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 des Sozialgerichtsgesetzes.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)