

Bundessozialgericht

7 RAr 114/81

Im Namen des Volkes

Verkündet am
14. Juni 1983

Urteil

in dem Rechtsstreit

.....

Klägerin und Revisionsklägerin,

Prozeßbevollmächtigte:

g e g e n

.....

Beklagte und Revisionsbeklagte.

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche
Verhandlung vom 14. Juni 1983
für Recht erkannt:

-2-



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Auf die Revision der Klägerin werden das Urteil des Hessischen Landessozialgerichts vom 17. August 1981 - L-10/Ar - 624/80 - und das Urteil des Sozialgerichts Darmstadt vom 26. Februar 1980 - S-3/5/Ar - 115/78 - aufgehoben, soweit das Landessozialgericht die Berufung der Klägerin zurückgewiesen hat; ferner wird der Auflagenbescheid vom 25. August 1977 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 25. Oktober 1978 in der Fassung vom 17. August 1981 gänzlich aufgehoben.

Die Beklagte hat der Klägerin die Kosten des Verfahrens zu erstatten.

G r ü n d e :

I

Die Klägerin, die gewerbsmäßig Dritten Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung überlässt, wendet sich gegen einen Auflagenbescheid.

Nach einer im Mai 1977 durchgeführten Betriebsprüfung verband die Beklagte durch den angefochtenen Bescheid vom 25. August 1977 die der Klägerin mit Bescheid vom 11. Mai 1976 unbefristet verlängerte Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung mit folgenden Auflagen:



-3-

- a) Da die von der Klägerin geschlossenen Arbeitsverträge nicht den gesetzlichen Vorschriften entsprächen, sei den Leiharbeitnehmern das Urlaubsentgelt und die Feiertagsvergütung entsprechend § 11 Abs 1 Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) bzw § 1 Abs 1 Feiertagslohnzahlungsgesetz (FeiertLohnzG) zu gewähren. Die Vorschriften von § 11 Abs 1 Nr 2 Jugendarbeitsschutzgesetz (JSchG) seien einzuhalten (Art 1 § 3 Abs 1 Nr 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz -AÜG-).
- b) Mit Leiharbeitnehmern dürften nur dann befristete Arbeitsverträge abgeschlossen werden, wenn sich für die Befristung aus der Person des Arbeitnehmers ein sachlicher Grund ergebe (Art 1 § 3 Abs 1 Nr 3 AÜG); dieser sei in ausreichender und nachprüfbarer Weise darzulegen.
- c) Sofern mit dem Leiharbeitnehmer ein unbefristeter Arbeitsvertrag abgeschlossen und dieser durch Kündigung seitens des Verleihers beendet werde, dürfe der Leiharbeitnehmer nicht innerhalb von drei Monaten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses erneut eingestellt werden (Art 1 § 3 Abs 1 Nr 4 AÜG).
- d) Die Dauer des Arbeitsverhältnisses mit dem Leiharbeitnehmer dürfe nicht auf die Zeit der erstmaligen Überlassung an einen Entleiher beschränkt werden (Art 1 § 3 Abs 1 Nr 5 AÜG).
- e) Nach Art 1 § 11 Abs 1 AÜG sei die Klägerin verpflichtet, den wesentlichen Inhalt des Arbeitsverhältnisses in eine von ihr



zu unterzeichnende Urkunde aufzunehmen; die Verpflichtung zur Ausstellung der Urkunde entfalle nur dann, wenn das Arbeitsverhältnis durch eine schriftliche Vereinbarung begründet werde, die die in Art 1 § 11 Abs 1 Satz 2 AUG geforderten Angaben enthalte (Art 1 § 11 Abs 1 Satz 4 AUG).

Eingangs ist in dem Bescheid ausgeführt worden, bei der Betriebsprüfung seien folgende Verstöße festgestellt worden:

- 1) Die Arbeitsverträge der Klägerin enthielten die Regelung, daß aus Gründen der technischen Vereinfachung in dem Stundensatz ein 10 %iger Aufschlag für Urlaubsentgelt und Feiertagsvergütung enthalten sei. Diese Vereinbarung stehe sowohl dem § 11 Abs 1 BUrlG als auch § 1 Abs 1 FeiertLohnzG entgegen. Demzufolge seien den Arbeitnehmern Sp. und G. für die Osterfeiertage 1976 bzw 1977 keine Feiertagsvergütungen gewährt worden. Dem jugendlichen Arbeitnehmer G. habe in der Zeit vom 10. bis 19. Januar 1977 entgegen § 11 Abs 1 Nr 2 JSchG nur eine Ruhepause von 0,25 Stunden zur Verfügung gestanden.
- 2) Die Klägerin habe in mindestens zehn Fällen mit den Leiharbeitnehmern befristete Arbeitsverträge abgeschlossen, ohne daß sich für die Befristung aus der Person des Leiharbeitnehmers ein sachlicher Grund ergeben habe (Art 1 § 3 Abs 1 Nr 3 AUG).



- 3) Die Klägerin habe dem Leiharbeitnehmer S. gekündigt und ihn innerhalb von drei Monaten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses erneut eingestellt (Art 1 § 3 Abs 1 Nr 4 AÜG).
- 4) Die Klägerin habe in mindestens sechs Fällen die Dauer des Arbeitsverhältnisses mit den Leiharbeitnehmern auf die Zeit der erstmaligen Überlassung an einen Entleiher beschränkt (Art 1 § 3 Abs 1 Nr 5 AÜG).
- 5) Weiterhin habe die Klägerin in mindestens vier Fällen gegen Art 1 § 11 Abs 1 AÜG verstoßen, indem sie der Verpflichtung, den wesentlichen Inhalt des Arbeitsverhältnisses in eine Urkunde aufzunehmen, nicht nachgekommen sei; eine schriftliche Vereinbarung habe ebenfalls nicht vorgelegt werden können (Art 1 § 16 Abs 1 Nr 8 AÜG).

Abschließend ist in dem Bescheid ausgeführt, die Klägerin handele ordnungswidrig, sofern sie den genannten Auflagen nicht, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig nachkomme; in diesem Falle werde darüber hinaus geprüft, ob die Erlaubnis widerrufen bzw nicht verlängert werde.

Mit Schreiben vom 27. September 1977, bei der Beklagten eingegangen am 3. Oktober 1977, nahm die Klägerin zu dem ihr am 29. August 1977 zugestellten Bescheid Stellung. Dieses Schreiben sah die Beklagte als Widerspruch an, den sie wegen Fristversäumung als unzulässig verwarf (Widerspruchsbescheid vom 23. Mai



1978). Die Klage hat das Sozialgericht (SG) abgewiesen (Urteil vom 26. Februar 1980). Während des Berufungsverfahrens hat die Beklagte der Klägerin wegen der Versäumung der Widerspruchsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt, ihren an das SG gerichteten Schriftsatz vom 25. Oktober 1978 als Widerspruchsbeschcheid bezeichnet und den Bescheid vom 25. August 1977 dahin geändert, daß bei den Beanstandungen zu Nrn 2, 4 und 5 jeweils das Wort "mindestens" gestrichen wird und die Beanstandungen zu Nr 4 auf vier Fälle und zu Nr 5 auf einen Fall beschränkt. Auf die Berufung der Klägerin hat das Landessozialgericht (LSG) das Urteil des SG sowie den Bescheid vom 25. August 1977 (in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 25. Oktober 1978 idF vom 17. August 1981) dahin abgeändert, daß der Bescheid vom 25. August 1977 zu Nr 3 und zu c) aufgehoben wird; im übrigen hat das LSG die Berufung zurückgewiesen (Urteil vom 17. August 1981).

Zur Begründung hat das LSG ausgeführt, die Beklagte habe, da die prozeßführende Stelle auch für den Erlaß des Widerspruchsbescheides zuständig sei, Wiedereinsetzung gewähren und gleichzeitig einen Schriftsatz als Widerspruchsbeschcheid bezeichnen können. Rechtsgrundlage des angefochtenen Bescheides sei Art 1 § 2 Abs 2 AÜG. Danach seien Auflagen auch nach Erteilung der Erlaubnis zulässig, um sicherzustellen, daß keine Tatsachen einträten, die nach Art 1 § 3 AÜG die Versagung der Erlaubnis rechtfertigten. Die Beklagte habe davon abgesehen, die Erlaubnis zu widerrufen und mit den Auflagen den für die Klägerin weniger belastenden Weg gewählt, um die Einhaltung der in Art 1 § 3 AÜG



enthaltenen Verbote sicherzustellen. Anstelle des Urlaubsentgelts und des Feiertagslohns habe die Beklagte ihren Arbeitnehmern einen 10 %igen Aufschlag zum Stundensatz gezahlt. Damit habe die Klägerin ihre arbeitsrechtlichen Pflichten nicht eingehalten. Das stelle einen Versagungsgrund für die Erlaubnis dar (Art 1 § 3 Abs 1 Nr 1 AÜG) und ermögliche der Beklagten, die Erlaubnis mit Wirkung für die Zukunft zu widerrufen (§ 5 Abs 1 Nr 3 AÜG). Die entsprechende Auflage sei daher gerechtfertigt. Einen weiteren Grund für die Versagung der Erlaubnis habe die Klägerin gegeben, indem sie im Falle G. das Arbeitsschutzrecht nicht beachtet habe. Der damals 17jährige G. habe in der Zeit vom 10. bis 19. Januar 1977 als Jugendlicher bei 8 Stunden täglich eine Ruhepause von 15 Minuten gehabt, obwohl die Ruhepause täglich mindestens 60 Minuten hätte betragen müssen. Daher sei die Beklagte berechtigt gewesen, der Klägerin die Auflage zu machen, die Vorschriften des JSchG einzuhalten. Zutreffend habe die Beklagte ferner beanstandet, daß die Klägerin entgegen Art 1 § 3 Abs 1 Nr 3 AÜG in zehn Fällen befristete Arbeitsverträge abgeschlossen habe, ohne daß sich für die Befristung aus der Person des Arbeitnehmers ein sachlicher Grund ergeben habe. Überhaupt kein Grund für die Befristung sei in zwei Fällen ersichtlich; entgegen Art 1 § 11 Abs 1 Nr 4 AÜG sei in den Urkunden über das Arbeitsverhältnis kein Grund für eine Arbeitsbefristung angenommen worden. In vier Fällen sei "Schule" als Befristungsgrund angegeben worden. Das möge genügen, wenn sich die Befristung mit den Schulferien decke. Das sei hier jedoch nicht der Fall gewesen. In zwei Fällen sei ein befristetes Arbeitsverhältnis vereinbart worden, weil die Arbeitnehmer erst hätten prüfen wollen,



ob sie die Arbeit gesundheitlich verkraften könnten. Ein solcher Grund sei zwar verständlich, aber im allgemeinen nicht geeignet, die hier vorgenommene Befristung von 17 bzw 27 Tagen zu rechtfertigen. In zwei Fällen schließlich sei der für die Befristung angeführte Grund "Sozialversicherungsfreiheit" unzureichend. Aufgrund der zutreffenden Beanstandung habe die Beklagte die Erlaubnis mit der Auflage zu b) verbunden.

Zu Recht beanstandete die Beklagte, daß die Klägerin in vier Fällen entgegen Art 1 § 3 Abs 1 Nr 5 AÜG die Dauer des Arbeitsverhältnisses auf die Zeit der erstmaligen Überlassung an einen Arbeitnehmer beschränkt habe. Das Verbot der Deckungsgleichheit gelte schlechthin; Ausnahmen, die etwa im Interesse des Arbeitnehmers begründet sein könnten, nur bei einem bestimmten Entleiher tätig sein zu wollen, seien nicht zulässig. Bei Deckungsgleichheit einer Arbeitnehmerüberlassung liege praktisch Arbeitsvermittlung vor. Die Gründe, die zur Deckungsgleichheit geführt hätten, seien nur dann erheblich, wenn sie ein Verschulden des Verleihers an der Deckungsgleichheit (zB durch Tod oder Kündigung des Arbeitnehmers) ausschlossen. Die Arbeitnehmer G. und G. hätten zunächst befristete Arbeitsverträge abgeschlossen; diese Arbeitsverträge seien dann vorzeitig durch Kündigung der Arbeitnehmer beendet worden. Die Arbeitnehmer G. und G. hätten unbefristete Arbeitsverträge abgeschlossen. G. habe seinen Vertrag am letzten Tag seines Einsatzes gekündigt; das Arbeitsverhältnis G. sei im gegenseitigen Einvernehmen aufgelöst worden. Somit lägen Verstöße gegen Art 1 § 3 Abs 1 Nr 5 AÜG vor. Da die Klägerin nichts für ihr fehlendes Verschulden vorgetragen



habe und dies auch nicht erkennbar sei, sei die sich hieraus ergebende Auflage gerechtfertigt.

Schließlich habe die Beklagte zu Recht beanstandet, daß die Klägerin gegen Art 1 § 11 Abs 1 AÜG verstoßen habe, indem sie im Falle S. weder den Inhalt des Arbeitsverhältnisses in eine Urkunde aufgenommen noch eine schriftliche Vereinbarung über das Arbeitsverhältnis getroffen habe. Die entsprechende Auflage sei daher gerechtfertigt.

Während die Beanstandung zu Nr 3 und die Auflage zu c) nicht berechtigt sei, sei die Androhung, bei weiteren Verstößen werde geprüft, ob die Erlaubnis zu widerrufen sei, angesichts der Vielzahl der nachgewiesenen Verstöße gerechtfertigt.

Die Klägerin rügt mit der Revision eine Verletzung formellen und materiellen Rechts und trägt hierzu insbesondere vor: Was das Urlaubs- und Feiertagsentgelt angehe, müsse es dem Arbeitnehmer nach Art 2 Grundgesetz (GG) freistehen, an seiner Stelle einen 10 %igen Lohnzuschlag zu vereinbaren. Die Klägerin habe ihre frühere Praxis, die bei anderen Firmen nicht beanstandet worden sei, geändert. Wenn dennoch aufgrund eines Versehens in Einzelfällen Urlaubsgeld bzw Feiertagsvergütung nicht gezahlt worden sei, falle dies nicht unter Art 1 § 3 Abs 1 Nr 1 AÜG; denn diese Vorschrift gehe von vorsätzlichen Verstößen aus. Daß Urlaubsentgelte und Feiertagsvergütung tatsächlich nicht gezahlt worden seien, habe das LSG im übrigen nicht festgestellt. Was den Verstoß gegen das JSchG betreffe, sei nicht festgestellt worden, daß



der Jugendliche die erforderlichen Ruhepausen nicht gehabt habe. Aus den Stundenzetteln lasse sich dies nicht ableiten. Insoweit sei der Sachverhalt nicht ausreichend aufgeklärt. Auch sei ein Verschulden der Klägerin nicht nachgewiesen. Es sei Sache des Entleihers, auf die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften bei der Abwicklung des Arbeitsvertrages zu achten. Im übrigen sei der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht gewahrt, weil allein ein Vorfall das Vorgehen der Beklagten nicht rechtfertige.

Unbegründet sei der Vorwurf, in zehn Fällen befristete Arbeitsverträge abgeschlossen zu haben, ohne daß sich für die Befristung aus der Person des Leiharbeitnehmers ein sachlicher Grund ergebe. Es müsse dem Arbeitnehmer gemäß Art 2 GG freigestellt sein, nur ein befristetes Arbeitsverhältnis abzuschließen. Die Klägerin müsse die von den Arbeitnehmern für die Befristung genannten Gründe akzeptieren. Die mangelnde Nachprüfbarkeit eines Grundes für eine Befristung sei nach dem Gesetz kein Beanstandungsgrund. Es sei nicht ersichtlich, daß die Klägerin ohne einen Grund, der in der Person des Arbeitnehmers liege, ein Arbeitsverhältnis begründet habe. Ein Grund zur Beanstandung stelle nicht dar, wenn als Befristungsgrund "Schule" angegeben werde, tatsächlich aber die vereinbarte Arbeitszeit in die Schulzeit hineinreiche. Es seien die verschiedensten Gründe denkbar, weshalb ein Schüler noch über die Schulferien hinaus einige Tage arbeiten wolle. Soweit ein Arbeitnehmer angebe, zunächst die Arbeit und seine Tauglichkeit prüfen zu wollen, müsse dies als Grund für die Befristung des Arbeitsverhältnisses ausreichen; nirgends sei vorgeschrieben, daß ein Arbeitnehmer weitere Gründe angeben müsse,

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

-11-

wenn er länger als eine Woche Befristung zur Probe vereinbaren wolle. Was den Befristungsgrund "Sozialversicherungsfreiheit" ergebe, so sei zu beachten, daß bei einer bestimmten Einkommenshöhe der Arbeitgeber allein die Sozialversicherung zu zahlen habe. Deshalb sei der angegebene Grund in den beiden genannten Fällen richtig gewesen.

Ebensowenig sei ein Verstoß gegen Art 1 § 3 Abs 1 Nr 5 AUG bewiesen. Die Klägerin habe keine Möglichkeit, einen Arbeitnehmer zu zwingen, weiter für sie zu arbeiten, wenn sie ihn zu einem anderen Entleiher schicken wolle. Allein die geringe Zahl von vier Fällen zeige, daß der alleinige Grund für die Deckungsgleichheit beim Arbeitnehmer gelegen habe. Nur für den Fall, daß der Verleiher die Möglichkeit habe, den Arbeitnehmer auch bei einer anderen Firma einzusetzen, er aber aus Gründen, die in seinem Bereich liegen, dies nicht tue, sei ein Verstoß gegen Art 1 § 3 Abs 1 Nr 5 AUG anzunehmen. Im übrigen seien die §§ 102, 117 und 118 Sozialgerichtsgesetz (SGG) verletzt.

Schließlich sei der Vorwurf unbegründet, im Falle S. keinen schriftlichen Arbeitsvertrag vorgelegt zu haben. Daß ein solcher Vertrag nicht mehr auffindbar sei, rechtfertige die Beanstandung nicht. Im übrigen sei hier das Gebot der Verhältnismäßigkeit nicht gewahrt. Es sei nicht zu verstehen, daß bei einer Vielzahl von Arbeitsverträgen ein einziger fehlender Vertrag zur Beanstandung führen könnte.

-12-



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



Die Klägerin beantragt,

das Urteil des LSG, soweit der Berufung nicht stattgegeben wurde, das Urteil des SG und den Bescheid der Beklagten in der Gestalt des Widerspruchsbescheides aufzuheben, soweit Auflagen erteilt worden sind.

Die Beklagte beantragt,

die Revision der Klägerin zurückzuweisen.

Sie trägt vor, das AÜG verlange zum Schutze des Leiharbeitnehmers vom Verleiher die strikte Einhaltung seiner Arbeitgeberpflichten und der besonderen Gebote und Verbote des AÜG. Dabei sei es im Rahmen des Verwaltungsverfahrens grundsätzlich gleichgültig, ob der Erlaubnisinhaber fahrlässig oder vorsätzlich gegen die ihm obliegenden Pflichten verstoße. Die Schwere der Verstöße könne höchstens die Reaktion der Überwachungsbehörde beeinflussen. Die Beklagte habe mit den gesetzeswiederholenden Auflagen das nach der einfachen Beanstandung die Klägerin am wenigsten belastende Mittel eingesetzt. Grundsätzlich seien Auflagen bereits dann gerechtfertigt, wenn konkrete Anhaltspunkte für die Gefahr sprächen, daß der Erlaubnisinhaber nur geringe Sorgfalt auf die Einhaltung seiner Pflichten verwende. Ein ausdrücklicher Hinweis auf gesetzliche Pflichten sei mit Sicherheit geboten, wenn eine Reihe entsprechender Verstöße festgestellt werde und die Klägerin, wie sich auch aus den Ausführungen der Revisionsbegründung ergebe,



der Einhaltung gesetzlicher Vorschriften nur nachlässige Beachtung schenke. Wenn die Klägerin die beanstandeten schriftlichen Arbeitsverträge nicht ersetze bzw durch schriftliche Zusatzvereinbarungen abändere, so müsse sie sich dies entgegenhalten lassen. Die Ausführungen der Klägerin zum Abschluß befristeter Arbeitsverträge zeige ihre geringe Bereitschaft, dem Gesetz und den sich hierauf stützenden Beanstandungen der Beklagten zu genügen. Die Berechtigung der Auflage werde durch das Beharren der Klägerin auf ihrer irrtümlichen Rechtsauffassung bestätigt. Was die Ausführungen der Klägerin zum Verbot deckungsgleicher Rechtsverhältnisse angehe, so sei es dem Verleiher zuzumuten, bei der Auswahl und Einstellung grundsätzlich darauf zu achten, nur solche Personen zu beschäftigen, die auch objektiv in der Lage seien, im Rahmen von Arbeitnehmerüberlassungsverhältnissen tätig zu werden und deren Tätigkeit nicht von vornherein den Verleiher in eine reine Vermittlerrolle dränge, wie dies möglicherweise bei der Beschäftigung von nicht Selbständigen und Schülern in der Zeitspanne kurzer Ferienzeiträume der Fall sei, weil sich Deckungsgleichheit dann nicht vermeiden lasse. Es entspreche dem Ziel des Auflagenbescheides, die Einhaltung der gesetzlichen Arbeitgeberpflichten sicherzustellen, wenn neben anderen auch nur im Einzelfall festgestellte Verstöße einbezogen würden. Im übrigen rechtfertige sich die Auflage nach Art 1 § 11 Abs 1 AUG schon deshalb, weil die Klägerin ihrer Verpflichtung, die Durchschrift der Urkunde bzw des schriftlichen Arbeitsvertrages drei Jahre lang aufzubewahren, offenbar wenig Aufmerksamkeit schenke.

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

II

Die Revision der Klägerin ist begründet.

Die Klägerin wendet sich gegen das Berufungsurteil, soweit das LSG ihre Berufung zurückgewiesen hat. Gegenstand des Revisionsverfahrens ist daher der Bescheid vom 25. August 1977 in der Gestalt, die er zuletzt durch die Prozeßerklärungen vom 17. August 1981 gefunden hat, jedoch mit Ausnahme der vom LSG aufgehobenen Punkte. Mit dem angefochtenen Bescheid hat die Beklagte die der Klägerin erteilte Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Überlassung von Arbeitnehmern mit fünf als Auflagen bezeichneten Bestimmungen verbunden, von denen - nach der Entscheidung des LSG - nur noch die Punkte a), b), d) und e) streitig sind. Die Anfechtungsklage der Klägerin richtet sich, wie diese in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat klargestellt hat, allein gegen die Auflagen, die die Beklagte aufgrund der in dem Bescheid unter den Nrn 1 bis 5 aufgeführten Beanstandungen treffen wollte. Gegenstand der Klage sind somit nur die als Auflagen bezeichneten Bestimmungen, nicht auch die Beanstandungen. Ob und gegebenenfalls mit welcher Klageart die Klägerin die Beanstandungen hätte bekämpfen können, die für sich mangels Regelung keinen Verwaltungsakt darstellen dürften (vgl BVerwG NJW 1956, 684; BayVGHE nF 11, 25 = VerwRspr 10 Nr 103 S 369; Sandmann/Marschall, AUG, Art 1 § 16 Anm 35b, August 1982), bedarf hier keiner Entscheidung (vgl dazu Redeker/von Oertzen, VWGO, 7. Auflage, § 42 Anm 161).



Zu Recht hat das LSG sich nach dem Schriftsatz der Beklagten vom 6. März 1981 nicht wegen Mängeln des Widerspruchsverfahrens gehindert gesehen, die Rechtmäßigkeit des angefochtenen Bescheides zu prüfen. Die Klägerin hat, was das Revisionsgericht, wie bei allen anderen Prozeßvoraussetzungen, nachprüfen kann, Widerspruch eingelegt. Allerdings ist dies nicht schon mit dem Schreiben vom 27. September 1977 geschehen. Eine Widerspruchsschrift muß zwar nicht als solche bezeichnet sein; auch muß in ihr nicht von "Widerspruch" die Rede sein. Nach dem Zweck des Rechtsbehelfs, zu einer Nachprüfung des Verwaltungsaktes zu führen, muß aus der Widerspruchsschrift jedoch erkennbar sein, daß sich der Absender gegen eine bestimmte Verwaltungsmaßnahme wendet, die er beseitigt oder geändert haben möchte (vgl. BVerwG Buchholz 310 § 70 VwGO Nr 4 = VerwRspr 22 Nr 159 S 634; OVG Lüneburg OVGE 30, 384). Diesen Anforderungen genügt das Schreiben vom 27. September 1977 nicht. Es enthält keinen Antrag, erklärt lediglich, wie es zu einzelnen Geschäftsvorfällen, die die Beklagte beanstandet hatte, gekommen ist, kündigt an, wie sich die Klägerin hinsichtlich der Feiertags- und Urlaubsvergütung und des Jugendarbeitsschutzes verhalten werde und schließt mit der Mitteilung, das Verwaltungspersonal sei eindringlich auf die Beachtung sämtlicher Aufgaben aufmerksam gemacht worden, so daß in Zukunft keinerlei Verstöße mehr vorkommen würden. Ein Wille der Klägerin, sich mit den von der Beklagten getroffenen Bestimmungen nicht zufrieden zu geben und deren Änderung oder Beseitigung zu erstreben, kommt in dem Schreiben nicht zum Ausdruck. Indes kann hier, nachdem die Beklagte das Schreiben als Widerspruch angesehen hat und die Klägerin, wie sich aus der Klageerhebung ergibt, damit einver-



standen war, in der Klage zugleich der Widerspruch gesehen werden (vgl BVerwG DVBl 1972, 423; ferner BVerwGE 15, 306, 310). Daß dieser Widerspruch verspätet war, hindert die Überprüfung des angefochtenen Bescheides nicht, nachdem die Beklagte im Berufungsverfahren wegen Versäumung der Widerspruchsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt hat. Das die Beklagte vor dem LSG vertretende Landesarbeitsamt war dazu befugt, weil es die Stelle ist, die den Widerspruchsbescheid zu erlassen hat. Die vom LSG verneinte Frage, ob das mit der Sache befaßte Gericht eine unterlassene Entscheidung über die Wiedereinsetzung nachholen kann, stellt sich nicht (vgl dazu aber BSGE 43, 19, 24 ff = SozR 4495 § 11 Nr 1; ferner BVerwG Buchholz 310 § 60 VwGO Nr 85 und NJW 1977, 542). Die gewährte Wiedereinsetzung ist bindend, weil sie weder angefochten worden ist, noch im vorliegenden Falle angefochten werden kann. Es bedarf daher keiner Entscheidung, ob die gewährte Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Widerspruchsfrist gemäß §§ 84 Abs 2 Satz 3, 67 Abs 4 Satz 2 SGG ebenso wenig unanfechtbar ist wie nach §§ 70 Abs 2, 60 VwGO (BVerwG Buchholz 310 § 60 Nr 85 und NJW 1977, 542; Peters/Sautter/Wolff, Komm zum SGG, § 84 Anm 8; aA Hennig/ Danckwerts/König, Komm zum SGG, § 84 Anm 6, März 1981). Das LSG hat daher zu Recht nicht geprüft, ob die Wiedereinsetzungsvoraussetzungen gegeben waren; im übrigen steht nach übereinstimmender, wenn auch bestrittener Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundessozialgerichts die Versäumung der Widerspruchsfrist der Zulässigkeit der Klage gegen den Verwaltungsakt nicht entgegen, wenn über den Widerspruch sachlich entschieden worden ist (BVerwGE 15, 306, 310; 28, 305, 308; DVBl 1964, 190; 1965, 89; 1972, 423;



1979, 819; BSGE 49, 85, 87 ff = SozR 1500 § 84 Nr 3 mwN), wie das hier durch die Prozeßberklärung nachträglich geschehen ist.

In der Sache vermag der Senat dem LSG nicht zu folgen. 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; die Aufnahme, Änderung oder Ergänzung von Auflagen sind auch nach Erteilung der Erlaubnis zulässig. Daß die Erlaubnis der Klägerin unbefristet verlängert worden ist, steht der nachträglichen Aufnahme von Auflagen nicht entgegen; gerade in diesen Fällen wählt die Beklagte den für den Verleiher günstigeren und weniger belastenden Weg, wenn sie die Erlaubnis nicht zurücknimmt bzw widerruft, sondern mit Hilfe wirksamer Auflagen sicherzustellen sucht, daß bei der Erlaubniserteilung übersehene oder nachträglich eingetretene Versagungsgründe alsbald beseitigt werden oder drohende Versagungsgründe nicht eintreten; jedoch können mit der Wiederholung gesetzlicher Ver- und Gebote in abstrakt-genereller Form, wie die Beklagte sie hier lediglich vorgenommen hat, die Rechtswirkungen einer Auflage nach Art 1 § 2 Abs 2 AÜG nicht ausgelöst werden. Hinweise dieser Art, insbesondere im Zusammenhang mit Beanstandungen nach Betriebsprüfungen sind der Beklagten zwar unbenommen; ausdrücklich sieht Art 1 § 16 Abs 1 Nr 9 AÜG (in der Fassung des Gesetzes zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung vom 15. Dezember 1981, BGBl I 1390) Beanstandungen vor, wenn auch nur hinsichtlich der Verstöße gegen Art 1 § 3 Nr 6 AÜG. Solche Hinweise mögen vielfach schon ausreichen, um den Verleiher zu veranlassen, künftig seinen



gesetzlichen Pflichten zu genügen. Setzt der Verleiher das zu Recht beanstandete Verhalten aber fort, gibt bei Verstößen gegen die Ver- und Gebote des Art 1 § 3 AUG dieses Verhalten begründeten Anlaß zur Prüfung, ob gemäß Art 1 § 5 Abs 1 Nr 3 AUG ein Widerruf der Erlaubnis erforderlich ist; mit dem Einwand, er habe nicht gewußt, daß er mit seinem Verhalten gegen gesetzliche Ver- und Gebote verstoße, ist der Verleiher in solchen Fällen im allgemeinen ausgeschlossen. Hinweise dieser Art entsprechen jedoch nicht den Anforderungen, die an Auflagen nach Art 1 § 2 Abs 2 AUG zu stellen sind.

Auflagen sind Bestimmungen, durch die dem durch einen Verwaltungsakt Begünstigten ein Tun, Dulden oder Unterlassen vorgeschrieben wird (vgl § 36 Abs 2 Nr 4 Verwaltungsverfahrensgesetz -VwVfG- vom 25. Mai 1976, BGBl I 1253; Art 1 § 32 Abs 2 Nr 4 Sozialgesetzbuch -Verwaltungsverfahren- vom 18. August 1980, BGBl I 1469 -SGB X-). Ihre Erfüllung soll Nachteile verhindern, die der Allgemeinheit oder dem einzelnen aus der Begünstigung entstehen. Anders als die Bedingung verpflichtet die Auflage daher den Begünstigten zur Erfüllung, dagegen ist die Rechtswirkung der Begünstigung nicht von der Erfüllung der Auflage abhängig. Die Erfüllung der Auflage ist selbständig mit Mitteln des Verwaltungszwanges durchzusetzen; die Nichterfüllung führt ferner im allgemeinen dazu, daß der Verwaltung das Recht wächst, den rechtmäßig begünstigenden Verwaltungsakt zu widerrufen, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist (§ 49 Abs 2 Nr 2 VwVfG; § 47 Abs 1 Nr 2 SGB X). Der Sinn der Auflage besteht darin, dem Begünstigten eine besondere Verpflichtung, dh ein be-



stimmtes Tun, Dulden oder Unterlassen aufzuerlegen, das sich nicht von selbst versteht, also nicht oder jedenfalls nicht unmittelbar aus dem Gesetz ergibt (vgl Eyermann/Fröhler, VwGO, 8. Auflage 1980, Anhang zu § 42 RdNr 26). Gegenstand einer Auflage im Sinne einer abgrenzbaren Nebenbestimmung zum begünstigenden Hauptakt kann im allgemeinen nicht eine Pflicht sein, deren Erfüllung durch den Begünstigten unmittelbar vom Gesetz erwartet und vorausgesetzt wird (vgl BSG SozR 1300 § 48 Nr 1). Daher sind Bestimmungen, die lediglich auf bestehende gesetzliche Verpflichtungen hinweisen oder sie wiederholen, keine Auflagen, selbst wenn sie als solche bezeichnet werden (Eyermann/Fröhler, aaO RdNr 26 und 29; Kopp, Komm zum VwVfG, 2. Auflage 1980, § 36 RdNr 6; OVG Münster VerwRspr 7 Nr 33 S 163, 177). Etwas anderes gilt allerdings, wenn eine bestehende Rechtspflicht zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen mit unmittelbarer Rechtswirkung im Einzelfalle konkretisiert werden soll, zB, wenn durch die Auflage eine gesetzliche Verpflichtung durchgesetzt werden soll, die oder deren Umfang zwischen Verwaltung und Begünstigten streitig ist. Solche gesetzeswiederholenden Auflagen, die die Beklagte im Auge gehabt haben mag, erfordern allerdings - nicht anders als gesetzeswiederholende sog unselbständige Verfügungen -, insbesondere wenn der Umfang, der sich aus dem Gesetz ergebenden Verpflichtung streitig ist, im allgemeinen die fallbezogene oder fallgruppenbezogene Angabe dessen, was der Begünstigte tun, dulden oder unterlassen soll.

Die Auflage nach Art 1 § 2 Abs 2 AUG weist insoweit keine Besonderheiten auf. Nach der Begründung der Bundesregierung zu



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Art 1 § 2 Abs 2 AÜG-Entwurf kann die Erlaubnisbehörde mit Bedingungen und Auflagen sicherstellen, daß der Verleiher die im Einzelfall zum Schutz der Leiharbeitnehmer erforderlichen Maßnahmen trifft. Auflagen sind nach der Begründung vor allem dann angebracht, wenn ein sofortiger Widerruf der Erlaubnis gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstieße. Als Beispiele solcher Auflagen sind Auflagen über die Ausgestaltung der betrieblichen Organisation, über die Einhaltung des Arbeitsschutzes und das Verbot, unzuverlässige Personen als Stammpersonal zu beschäftigen, genannt worden (vgl BT-Drucks VI/2303 S 10 f). In der Literatur werden ferner Anforderungen an die Art und Weise des Geschäftsbetriebs, die Ausgestaltung der Arbeitsverträge, Anforderungen an die Sicherung der den Verleiher treffenden Arbeitgeberpflichten und Nachweise, daß beanstandete Maßnahmen abgestellt sind, erwähnt (vgl Becker/Wulfgramm, Komm zum AÜG, 2. Auflage 1981, Art 1 § 2 RdNr 23; Sandmann/Marschall, Komm zum AÜG, Art 1 § 2 Anm 20, Juli 1982; Schubel/Engelbrecht, Komm zum AÜG, Art 1 § 2 RdNr 13). Auch für das AÜG gilt daher, daß der Sinn der Auflage, deren Erfüllung nach Maßgabe des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes vom 27. April 1953 (BGBl I 157, zuletzt geändert durch das Gesetz vom 14. Dezember 1976, BGBl I 3341) erzwungen werden kann (so zutreffend Becker/Wulfgramm, aaO, Anm 21; Sandmann/Marschall, aaO, Anm 19; Franßen/Haesen, Komm zum AÜG, Art 1 § 2 RdNr 19; aa Schubel/Engelbrecht, aaO, Art 1 § 6 RdNr 22), darin besteht, ein bestimmtes Tun, Dulden oder Unterlassen aufzuerlegen, das sich nicht oder jedenfalls nicht unmittelbar aus dem Gesetz ergibt. Vor allem sind daher konkrete und alsbald überprüfbare Maßnahmen zu fordern. Kommen solche



konkreten Maßnahmen nicht in Betracht, kann die Beklagte im Wege der gesetzeswiederholenden Auflage im allgemeinen nur vorgehen, wenn sie fall- oder jedenfalls fallgruppenbezogen angibt, was der Verleiher tun, dulden oder unterlassen soll. Anderenfalls wäre es in die Hand der Beklagten gelegt, über die Vorschrift des Art 1 § 16 Abs 1 Nr 3 AUG, nach der die Nichterfüllung einer Auflage eine Ordnungswidrigkeit darstellt, durch entsprechende Auflagen generell Verstöße gegen gesetzliche Pflichten des Verleihers mit Geldbußen zu bedrohen, obwohl das Gesetz allgemein nur Verstöße gegen bestimmte gesetzliche Verpflichtungen der Verleiher als Ordnungswidrigkeiten mit Bußgeld bedroht hat.

Diesen Ausführungen steht das Urteil des Senats BSGE 48, 115 = SozR 7815 Art 1 § 3 Nr 2 nicht entgegen. Seinerzeit hatte der Senat eine Auflage zu beurteilen, mit der dem klagenden Verleiher verboten wurde, Leiharbeitnehmer, mit denen zulässigerweise befristete Arbeitsverträge abgeschlossen werden, nur einem Entleiher zu überlassen. Mit dieser Anordnung hatte die Beklagte nicht lediglich abstrakt die generelle Norm des Synchronisationsverbots (Art 1 § 3 Nr 5 AUG) wiederholt, sondern in Anwendung für bestimmte Fallgruppen (nämlich die der zulässig befristeten Arbeitsverträge) dem Verleiher ein bestimmtes Verhalten verboten, das diesem die Beachtung des Gesetzes erleichterte; andererseits waren keine anderen konkreten Maßnahmen denkbar, um die Einhaltung des Synchronisationsverbots sicherzustellen.

Mit den hier als Auflagen bezeichneten Bestimmungen gibt die Beklagte dagegen nur Hinweise auf bestehende gesetzliche Regelungen



oder wiederholt diese zum Teil wortwörtlich, obwohl anlässlich der Beanstandungen der Beklagten durchaus konkrete Maßnahmen oder, wo solche nicht möglich sind, fallgruppenbezogene Konkretisierungen der Pflichten des Verleihers in Betracht gekommen wären. Hinsichtlich der Bestimmung, daß die Vorschriften von § 11 Abs 1 Nr 2 JSchG einzuhalten seien und hinsichtlich der Punkte b), d) und e) ist offenbar, daß die Beklagte insoweit nur auf bestehende Regelungen verwiesen hat. Aber auch die Bestimmung, daß den Leiharbeitnehmern das Urlaubsentgelt und die Feiertagsvergütung entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen zu gewähren seien, kann der Senat lediglich als Hinweis werten, da sie nur etwas zum Ausdruck bringt, was sich von selbst versteht. Die Bestimmung läßt sich unmittelbar auch nicht mit Mitteln des Verwaltungszwanges durchsetzen, obwohl konkrete Maßnahmen in Betracht gekommen wären; denn für eine Ersatzvornahme müßte feststehen, welchen Arbeitnehmern Urlaubsentgelt und Feiertagslohn gezahlt werden soll. Das – von der Rechtsauffassung der Beklagten her – naheliegende Gebot, in den schriftlichen Arbeitsverträgen bzw den vom Verleiher zu unterzeichnenden Urkunden über den wesentlichen Inhalt des Arbeitsverhältnisses gemäß Art 1 § 11 Abs 1 Satz 2 Nrn 6 und 7 AUG zu vermerken, daß Urlaubsentgelt und Feiertagslohn (mindestens) nach den gesetzlichen Bestimmungen gewährt werden, oder jedenfalls das Verbot, weiterhin die Klausel zu verwenden, daß anstelle des Urlaubsentgelts und des Feiertagslohnes im Stundensatz ein 10 %iger Aufschlag enthalten sei, hat die Beklagte ebensowenig ausgesprochen, wie ein Gebot, innerhalb eines festzusetzenden Zeitraumes nachzuweisen, daß nunmehr Urlaubsentgelt bzw Feiertagsvergütung (ggfs auch rückwirkend) tat-



-23-

sächlich gewährt wird.

Entspricht somit der Auflagenbescheid, soweit er hier noch zu prüfen ist, nicht den Anforderungen, die an Auflagen zu stellen sind, führt dies schon aus formalen Gründen zu seiner Aufhebung. Zwar kann die Beklagte auch Hinweise der Erlaubnis beifügen; sie darf diesen Hinweisen jedoch nicht den Anschein verleihen, es handele sich um Auflagen mit den Rechtsfolgen des Art 1 § 5 Nr 2 und § 16 Abs 1 Nr 3 AUG, wie das hier geschehen ist. Das ist durch Art 1 § 2 Abs 2 AUG nicht gedeckt. Der Auflagenbescheid ist daher aufzuheben, ohne daß es einer Prüfung bedarf, ob aufgrund der von der Beklagten beanstandeten Geschäftsvorfälle Anlaß bestand, Auflagen zu erlassen, was die Revision bestreitet. Es versteht sich von selbst, daß diese Entscheidung des Senats die Klägerin nicht davon befreit, ihren gesetzlichen Verpflichtungen nachzukommen, und die Beklagte nicht hindert, sofern dies erforderlich ist, geeignete Auflagen mit der erforderlichen Bestimmtheit zu treffen.

Entsprechend sind die angefochtenen Bescheide aufzuheben.

-24-

**JLaw – Gesetze und Urteile**

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

-24-

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](#)