

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: 7 RAr 44/91

.....,

Klägerin und Revisionsklägerin,

Prozeßbevollmächtigte:,

g e g e n

Bundesanstalt für Arbeit,
Nürnberg, Regensburger Straße 104,

Beklagte und Revisionsbeklagte.

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. Juli 1992 durch Vorsitzenden Richter H e n n i g, die Richter S a t t l e r und Dr. H e n k e sowie den ehrenamtlichen Richter Dr. O t t o und die ehrenamtliche Richterin W a x für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landessozialgerichts Hamburg vom 21. Dezember 1989 wird zurückgewiesen.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

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](#)

G r ü n d e :

I

Die Klägerin, die ua mit Erlaubnis des Landesarbeitsamtes Schleswig-Holstein-Hamburg gewerbsmäßig Dritten Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung überläßt, wendet sich gegen eine Auflage.

Mit Bescheid vom 10. Oktober 1985 erteilte das Landesarbeitsamt vier Auflagen (I bis IV), die bis zum 31. Oktober 1986 befristet waren. Die vierte Auflage lautete (IV Satz 1):

Sofern Sie unbefristete Arbeitsverhältnisse durch fristlose Kündigungen beenden, dürfen Sie ab sofort die betreffenden Leiharbeitnehmer innerhalb von drei Monaten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht erneut einstellen.

Das Landesarbeitsamt berief sich für diese Auflage auf Art 1 § 2 Abs 2 und § 3 Abs 1 Nr 4 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG). Sie führte aus, die letztgenannte Vorschrift finde auch Anwendung, wenn das vorhergehende Leiharbeitsverhältnis durch eine (berechtigte) außerordentliche Kündigung des Arbeitgebers beendet worden sei. Die Auflage sei gerechtfertigt, weil eine im September 1985 erfolgte Prüfung der Geschäftstätigkeit der Klägerin ua 51 Fälle von vorzeitiger Wiedereinstellung nach außerordentlicher Kündigung ergeben habe.

Den Widerspruch der Klägerin wies das Landesarbeitsamt zurück (Widerspruchsbescheid vom 8. Juli 1986). Auf die Anfechtungsklage stellte das Sozialgericht (SG) nach entsprechender Antragsänderung fest, daß die Auflage III rechtswidrig ist; im übrigen wies das SG die (Fortsetzungs-) Feststellungsklage ab (Urteil vom 26. Februar 1987). Die Berufung der Klägerin hat das Landesozialgericht (LSG) zurückgewiesen, nachdem die Klägerin ihre Berufung hinsichtlich der Auflagen I und II und die Beklagte ihre Anschlußberufung zurückgenommen hatten (Urteil vom 21. Dezember 1989).

Zur Begründung seiner Entscheidung hat das LSG zunächst ausgeführt, an der begehrten Feststellung, daß die durch Fristablauf erledigte vierte Auflage rechtswidrig gewesen sei, habe die Klägerin nach wie vor Interesse, weil sie zu ihrer früheren, vom Landesarbeitsamt beanstandeten Verleihpraxis zurückkehren wolle, wenn die Auflage rechtswidrig sei. Das sei indes zu verneinen. Das Untersagungsrecht der Beklagten 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 4 AÜG angezeigt, weil die Klägerin Arbeitsverträge mit Leiharbeitnehmern vielfach durch Kündigung beendet, dieselben Leiharbeitnehmer aber schon innerhalb von drei Monaten erneut eingestellt habe. Die



Auflage halte sich im Rahmen des Gesetzes. Leiharbeiter seien arbeits- und sozialrechtlich geringer geschützt als andere Arbeitnehmer. Einem sozialschädlichen Geschäftsgebaren werde deshalb durch Verbote und Korrekturen, Formzwänge, Anreize und Ahndungen und durch ein differenziertes Erlaubnissystem entgegengewirkt. So sei die Befristung von Leiharbeitsverhältnissen grundsätzlich unzulässig (Art 1 § 3 Abs 1 Nr 3 AÜG). Diese Regelung werde durch das Verbot ergänzt, Leiharbeiter, denen gekündigt worden sei, innerhalb von drei Monaten wieder einzustellen (Art 1 § 3 Abs 1 Nr 4 AÜG). Die Kündigung sei in einem solchen Falle unwirksam; der Leiharbeiter behalte seinen Lohnanspruch (Art 1 § 9 Nr 3 und § 10 Abs 4 AÜG). Ausnahmen vom Verbot des Art 1 § 3 Abs 1 Nr 4 AÜG lasse der Wortlaut des Gesetzes nicht zu. Zwar enthalte das Befristungsverbot des Art 1 § 3 Abs 1 Nr 3 AÜG eine Ausnahme, um ua Schülern und Hausfrauen zu ermöglichen, ein vorübergehendes Leiharbeitsverhältnis einzugehen. Eine Übertragung dieser Ausnahmeregelung auf andere Versorgungstatbestände komme indes nicht in Betracht, wie das Bundessozialgericht (BSG) zu Art 1 § 3 Abs 1 Nr 5 AÜG entschieden habe (SozR 7815 Art 1 § 3 Nr 3). Das gelte auch gegenüber Art 1 § 3 Nr 4 AÜG. Die Interessen der durch diese Vorschrift betroffenen Personen seien von vornherein auf eine dauerhafte Beschäftigung gerichtet. Daß das für solche Personen nicht zutrefte, die es von vornherein nur auf einfache und unständige Hilfstätigkeiten abgesehen hätten, rechtfertige keine Ausnahme vom Gesetz; gerade dieser Personenkreis sei oft nicht in der Lage, die Verhältnisse zu übersehen. Sie seien nicht aus ihrer Person sachlich begründet. Nachteile für einzelne Leiharbeiter müßten im übergeordneten Interesse hingenommen werden, zumal das Vermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit betroffen sei. Das Gesetz habe an die Verletzung des der Generalprävention dienenden Wiedereinstellungsverbots im objektiven Arbeitnehmerinteresse wichtige Konsequenzen geknüpft, die nicht ohne gesetzliche Bestimmungen aufgegeben werden könnten. Eine wort- und interessengerechte Rechtsanwendung wirke zugleich Mißbräuchen entgegen, wie sie bei der Handhabung wirksam befristeter Arbeitsverhältnisse keineswegs selten seien. Ob es auf seiten der Klägerin zu solchen Mißbräuchen gekommen sei, sei unerheblich; es genüge, daß solchen Mißbräuchen allgemein begegnet werden müsse. Die Auflage sei damit vom Gesetz getragen.

Mit der vom Senat zugelassenen Revision rügt die Klägerin eine Verletzung des Art 1 § 2 Abs 2 und § 3 Abs 1 Nr 4 AÜG sowie der Art 2 und 12 Grundgesetz (GG). Sie macht geltend, zu entscheiden sei lediglich über die Wiedereinstellung solcher Arbeitnehmer, denen aus in ihrer Person oder in ihrem Verhalten liegenden Gründen außerordentlich mit Recht gekündigt worden sei. Die dreimonatige Wiedereinstellungssperre habe sicherstellen sollen, daß der Verleiher das typische Arbeitgeberrisiko, also die Lohnzahlungsverpflichtung bei fehlender Beschäftigungsmöglichkeit, dadurch zu umgehen versuche, daß er zwar unbefristete Arbeitsverträge schließe, diese Arbeitsverhältnisse aber durch ordentliche Kündigung immer wieder unterbreche. Dieser



Schutzgedanke beschränke sich aber auf solche Kündigungen, die ausschließlich in den betrieblichen Verhältnissen des Arbeitgebers begründet seien. Kündigungen, die ausschließlich in der Person oder im Verhalten des Arbeitnehmers ihren Grund hätten, seien ausgenommen, insbesondere, wenn es sich um berechnete außerordentliche Kündigungen gehandelt habe. Zwar müsse eingeräumt werden, daß der Wortlaut des Art 1 § 3 Abs 1 Nr 4 im Gegensatz zu Art 1 § 3 Abs 1 Nr 3 AÜG keine Ausnahme enthalte. Der Schluß, daß von Art 1 § 3 Abs 1 Nr 4 AÜG jedwede Kündigung erfaßt werde, treffe indes nicht zu; denn anders als bei dem grundsätzlichen Verbot befristeter Arbeitsverträge (Art 1 § 3 Abs 1 Nr 3 AÜG) habe es für den Gesetzgeber keine Notwendigkeit gegeben, auch für den Fall der Kündigung und der Wiedereinstellung eine Ausnahme zu regeln. Da Nr 4 die Nr 3 ergänze, könne zudem nicht angenommen werden, daß der Ergänzungstatbestand weiter gehe als die Bestimmung, deren Umgehung er verhindern solle. Dementsprechend sei bei der Begründung des Gesetzes nur auf die Umgehungsmöglichkeit durch ordentliche Kündigung hingewiesen worden. Der vom LSG betonte Gesichtspunkt der Mißbrauchsbekämpfung greife schon deshalb nicht, weil Gegenstand der Auflage ausschließlich berechnete fristlose Kündigungen aus in der Person der Arbeitnehmer liegenden Gründen seien. Bei solchen Kündigungen stelle sich die Frage des Mißbrauchs nicht. Unrichtig sei auch die Argumentation, aus der Wiedereinstellung folge, daß die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht unzumutbar gewesen sei. Diese Argumentation verkenne, daß die Drei-Monats-Grenze willkürlich gesetzt sei und Rückschlüsse auf eine sachliche Berechtigung der Kündigung nicht zulasse. Bei den von der Beklagten beanstandeten Fällen habe es sich zudem um Kündigungen im Helferbereich gehandelt. Es gehe hier um die Erledigung einfachster Arbeiten, die auch von an stetiger Arbeit nicht interessierten Personen ordentlich und pflichtgemäß erfüllt würden, so lange sie arbeitswillig seien. Die Wiedereinstellung trage allein dem Gesichtspunkt Rechnung, daß der betreffende Arbeitnehmer nunmehr wieder leistungsbereit sei. Gegen die Auffassung, das Wiedereinstellungsverbot betreffe nur die Fälle einer in den betrieblichen Verhältnissen des Arbeitgebers bedingten Kündigung, lasse sich das Verbot privater Arbeitsvermittlung nicht ins Feld führen. Zwar bewirke das Wiedereinstellungsverbot eine Abgrenzung zwischen erlaubter Arbeitnehmerüberlassung und unerlaubter Arbeitsvermittlung. Das sei indes nur ein Reflex des mit Art 1 § 3 Abs 1 Nr 4 AÜG verfolgten Schutzes des Arbeitnehmers vor Umgehung typischer Arbeitgeberberrisiken. Aus diesem Schutzgedanken lasse sich nicht ableiten, daß eine Ausnahme vom Wiedereinstellungsverbot nicht zugelassen sei. Auch in bezug auf das Synchronisationsverbot sei eine Ausnahme zugelassen worden, wenn der Arbeitgeber zu einer fristlosen Kündigung berechtigt sei. Schließlich müsse berücksichtigt werden, daß das Monopol der deutschen Arbeitsvermittlung nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) rechtswidrig sei. Mit der Auflage habe die Beklagte schließlich die in Art 1 § 2 Abs 2 AÜG normierte Zweckbindung außer acht gelassen. Auflagen dürften nur soweit gehen, als dies der Schutz der Arbeitnehmer erfordere. Maßgebend sei, was der konkrete individuelle Arbeitnehmer tatsächlich wünsche. Es



stehe jedem Arbeitnehmer frei, eine einfache Hilfstätigkeit anzustreben und diese Tätigkeit wieder aufzugeben. Es könne nicht darauf ankommen, was bei nachträglicher Beurteilung durch ein Gericht als objektiv schützenswertes Interesse anerkannt werde. Insoweit verstoße die Auflage auch gegen das Recht auf Berufsfreiheit und allgemeine Handlungsfreiheit sowohl der Arbeitnehmer als auch der Klägerin. Im Ergebnis wirke sich die Auflage nämlich als Verbot der Beschäftigung von Hilfskräften aus, die von ihrer Einstellung her unständige Gelegenheitsarbeiter seien. Auch diese Arbeitnehmer könnten als Leiharbeiter beschäftigt werden, wenn der Leiharbeitgeber den mit diesem Personentyp verbundenden Besonderheiten entspreche. Voraussetzung sei allerdings, daß diese Personen dann, wenn ihr Arbeitsverhältnis berechtigt außerordentlich aufgekündigt worden sei, vor Ablauf der Frist von drei Monaten wieder eingestellt werden dürften.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des LSG in vollem Umfang und das Urteil des SG insoweit aufzuheben, als das SG die Feststellungsklage hinsichtlich der Auflage IV abgewiesen hat, sowie festzustellen, daß die Auflage IV rechtswidrig war.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Die Beklagte verweist auf die Gründe des angefochtenen Urteils. Ergänzend führt sie aus, nach Wortlaut und Sinn des Art 1 § 3 Abs 1 Nr 4 AÜG gelte das Wiedereinstellungsverbot auch für fristlose Kündigungen seitens des Verleihers. Diese Auffassung werde auch in der Literatur vertreten und hierzu ausgeführt, durch die erneute Einstellung gebe der Verleiher zu erkennen, daß ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses hätte zugemutet werden können. Bei Berechtigung der fristlosen Kündigung aus in der Person oder im Verhalten des Arbeitnehmers liegenden Gründen dürfte sich die Frage der Wiederbeschäftigung nicht stellen. Art 1 § 3 Abs 1 Nr 4 AÜG solle Mißbräuchen bei der Arbeitnehmerüberlassung vorbeugen. Damit solle nicht nur die Umgehung des Befristungsverbots nach Nr 3 verhindert und dem Alleinvermittlungsrecht der Bundesanstalt Rechnung getragen werden. Die Regelung entspreche auch dem sozialen Schutzgedanken, der dem AÜG zugrunde liege. Das ergebe sich aus Art 1 § 9 Nr 3 AÜG. Nur durch eine strikte Anwendung der strittigen Vorschrift könnten die sozialpolitischen Zielsetzungen des AÜG erreicht werden. Die von der Klägerin angestrebte Aufweichung durch Ausnahmetatbestände würde die gesetzliche Regelung ins Leere laufen lassen, zumal eine Überprüfung derartiger Ausnahmefälle nicht möglich sei. Soweit auf das Urteil des EuGH vom 23. April 1991 - Rechtssache C 41/90 - EuGRZ 1991, 161 Bezug genommen werde, sei zu bemerken, daß dieses Urteil ausschließlich den Bereich der Führungskräftevermittlung betreffe.



II

Die Revision ist unbegründet; die Vorinstanzen haben die Fortsetzungsfeststellungsklage der Klägerin bezüglich der jetzt noch allein streitigen Auflage zu Recht abgewiesen.

In der Revisionsinstanz fortwirkende Verstöße gegen verfahrensrechtliche Grundsätze, die bei einer zulässigen Revision, wie sie hier gegeben ist, von Amts wegen zu beachten sind, liegen nicht vor. Die Berufung der Klägerin war bezüglich der vierten Auflage nach § 143 Sozialgerichtsgesetz (SGG) statthaft. Ausschließungsgründe sind nicht gegeben, auch nicht solche iS des § 144 Abs 1 SGG; es steht kein Anspruch auf Leistungen im Streit. Auch gegen die Fortsetzungsfeststellungsklage ist nichts einzuwenden. Die im August 1986 mit der - rechtzeitig innerhalb der in § 87 Abs 2 SGG vorgesehenen Monatsfrist erhobenen - Klage ua angefochtene vierte Auflage hat sich, weil auch sie nur für die Zeit bis zum 31. Oktober 1986 befristet war, schon während des Verfahrens vor dem SG erledigt. In einem solchen Falle kann ein Kläger die Feststellung beantragen, daß der Verwaltungsakt rechtswidrig war, wenn er an dieser Feststellung ein berechtigtes Interesse hat (§ 131 Abs 1 Satz 3 SGG). Ein so geartetes Interesse der Klägerin haben die Vorinstanzen 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 (BVerwGE 53, 134, 137). Ein Feststellungsinteresse kommt im Grundsatz in drei verschiedenen Richtungen in Betracht, nämlich wegen eines Schadensinteresses, wegen eines Rehabilitierungsinteresses und wegen des Wiederholungsinteresses. Hier genügt zwar nicht jede abstrakte, im übrigen aber ungewisse oder vage Möglichkeit der Wiederholung einer gleichartigen Verwaltungsentscheidung (vgl. BayVGh BayVBl 1973, 383). Ein berechtigtes Interesse ist jedoch gegeben, wenn die Gefahr der Wiederholung wohl begründet (BVerwGE 42, 318, 320; vgl. BSG SozR 4100 § 19 Nr 5) oder, anders gewendet, hinreichend konkret ist (BSGE 42, 212, 217), zB bei der beabsichtigten Wiederholung einer genehmigungsbedürftigen, aber nicht genehmigten Wahlordnung (BVerwGE 16, 312, 316), bei der beabsichtigten Wiederholung der - im Einzelfall als unzulässig zurückgewiesenen - unentgeltlichen Vertretung von Wehrpflichtigen im Kriegsdienstverweigerungsverfahren (BVerwGE 42, 318), beim Streit über die Höhe der Beförderungsgebühr für Drucksachen, die eine Rundfunkanstalt weiterhin regelmäßig durch die Briefpost versenden lassen will (BVerwG Buchholz 310 § 113 VwGO Nr 37) oder beim Streit über die Vollstreckbarkeit einer der Höhe nach umstrittenen Fernmeldegebührenrechnung bei Aufrechterhaltung des Fernmeldeanschlusses (BVerwGE 54, 314, 316). So liegt der Fall auch hier. Denn die Klägerin macht glaubhaft geltend, sie wolle zu der durch die streitige Auflage beanstandeten Praxis zurückkehren und Leiharbeitnehmer,



deren unbefristetes Arbeitsverhältnis sie durch fristlose Kündigungen beendet hat, ggf auch vor Ablauf von drei Monaten wieder einstellen.

Die zulässige Fortsetzungsfeststellungsklage ist jedoch unbegründet, wie die Vorinstanzen zu Recht erkannt haben. Die streitige Auflage war rechtmäßig.

Nach Art 1 § 2 Abs 2 des AÜG vom 7. August 1972 (BGBl I 1393), das im Zeitpunkt des Erlasses des Widerspruchsbescheides in der zuletzt durch das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 15. Mai 1986 (BGBl I 721) geänderten Fassung gegolten hat, kann die Erlaubnis, Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeiter) gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung zu überlassen, mit Auflagen verbunden werden (Satz 1), und zwar auch nach Erteilung der Erlaubnis (Satz 2), wie das hier geschehen ist. Eine solche Auflage stellt das Verbot dar, Leiharbeiter auch dann nicht innerhalb von drei Monaten nach Beendigung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses erneut einzustellen, wenn die Klägerin das Arbeitsverhältnis durch fristlose Kündigung beendet hat, wie es das Landesarbeitsamt durch die hier streitige Auflage ausgesprochen hat.

Auflagen sind, was auch für Auflagen nach § 2 Abs 2 AÜG zutrifft (BSG SozR 7815 Art 1 § 2 Nr 2; Urteil des Senats vom 19. März 1992 - 7 RAr 34/91 -demnächst SozR 3-7815 Art 1 § 2 Nr 1), 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 Buches des Sozialgesetzbuches <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. Nun hat das Landesarbeitsamt im vorliegenden Falle von der Klägerin nichts "Besonderes" verlangt, sondern nur bewirken wollen, daß die Klägerin den Versagungstatbestand des Art 1 § 3 Abs 1 Nr 4 AÜG, wie ihn die Beklagte versteht, nicht verwirklicht. Zwar darf eine Auflage nicht lediglich eine Pflicht wiederholen, deren Erfüllung durch den Begünstigten unmittelbar vom Gesetz vorausgesetzt oder erwartet wird (vgl BSG aaO). Eine gesetzliche Verpflichtung, deren Umfang umstritten ist, kann indessen in Form einer Auflage mit potentieller Verbindlichkeit konkretisiert werden, um die Einhaltung der gesetzlichen Verpflichtung ggf mit Zwangsmitteln durchsetzen zu können, wenn dies fall- oder fallgruppenbezogen geschieht (BSG aaO). Eine solche fallgruppenbezogene Auflage liegt hier vor.

Eine fallgruppenbezogene Auflage ist nach der Rechtsprechung des Senats gegeben, wenn einem Verleiher verboten wird, einen Leiharbeiter, mit dem zulässigerweise ein befristeter Arbeitsvertrag abgeschlossen wird, nur einem Entleiher zu überlassen (vgl BSGE 48, 115 = SozR 7815 Art 1 § 3 Nr 2); denn mit dieser Auflage wird nicht lediglich



abstrakt die generelle Norm des Synchronisationsverbots (Art 1 § 3 Abs 1 Nr 5 AÜG) 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 erleichtert (BSG SozR 7815 Art 1 § 2 Nr 2). Fallgruppenbezogen ist auch das Verbot, nach Beendigung der erstmaligen Überlassung des Arbeitnehmers an einen Entleiher das Arbeitsverhältnis im gegenseitigen Einvernehmen zu beenden, sofern der Verleiher nicht zur fristlosen Kündigung berechtigt war (vgl BSG SozR 7815 Art 1 § 3 Nr 3); auch diese Auflage wiederholt nicht lediglich abstrakt das gesetzliche Synchronisationsverbot, sondern konkretisiert das Verbot anhand einer bestimmten typischen Umgehungsform. Nicht anders liegt der Fall hier; denn die hier streitige Auflage, einen Leiharbeiter auch dann nicht innerhalb von drei Monaten nach Beendigung eines unbefristeten abgeschlossenen Arbeitsverhältnisses wieder einzustellen, wenn der Verleiher das Arbeitsverhältnis durch fristlose Kündigung beendet hatte, konkretisiert den Versagungstatbestand des Art 1 § 3 Abs 1 Nr 4 AÜG für die Fallgruppe der fristlos gekündigten Leiharbeiter, für die nicht nur zwischen den Beteiligten, sondern auch im Schrifttum streitig ist, ob sich Art 1 § 3 Abs 1 Nr 4 AÜG auf sie erstreckt.

Auch inhaltlich ist die Auflage nicht zu beanstanden. Das mit der Auflage ausgesprochene Verbot erfaßt entgegen der Auffassung der Revision nicht nur Wiedereinstellungen nach einer berechtigten fristlosen Kündigung, sondern auch Wiedereinstellungen nach unberechtigten fristlosen Kündigungen, sofern die Kündigung zur tatsächlichen Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses geführt hat. Dieses Verbot findet seine Rechtfertigung in Art 1 § 3 Abs 1 Nr 4 AÜG, auch bezüglich der Wiedereinstellungen nach berechtigten fristlosen Kündigungen. Nach dieser Vorschrift ist die Erlaubnis oder ihre Verlängerung zu versagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß der Antragsteller mit dem Leiharbeiter jeweils unbefristete Arbeitsverträge abschließt, diese Verträge jedoch durch Kündigung beendet und den Leiharbeiter innerhalb von drei Monaten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses erneut einstellt. 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 2 bis 6 AÜG hat der Gesetzgeber indes auch geregelt, wie Arbeitnehmerüberlassung rechtmäßig zu betreiben ist (vgl Begründung zu Art 1 § 3 AÜG-Entwurf, BT-Drucks VI/2303 S 11 f). Folgerichtig sieht zB Art 1 § 9 Nr 2 und 3 AÜG vor, daß Befristungen und Kündigungen, die die Tatbestände des Art 1 § 3 Abs 1 Nrn 3 und 4 AÜG erfüllen, unwirksam sind. Darüberhinaus trifft Art 1 § 10 Abs 4 AÜG als Sanktion Regelungen, durch die bewirkt wird, daß der Leiharbeiter für die Zeit nach einer unwirksamen Befristung oder Kündigung Anspruch auf Arbeitsentgelt unabhängig von seinem Angebot zur Arbeitsleistung hat. Den Nrn 3 bis 6 des Art 1 § 3 Abs 1 AÜG sind daher, wie der



Senat schon 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, die die Klägerin der Nr 4 des Art 1 § 3 Abs 1 AÜG gibt, kann nicht beigeipflichtet werden. Schon nach seinem Wortlaut erfaßt die Vorschrift jede Kündigung jeweils unbefristeter Arbeitsverträge durch den Verleiher, wenn der Verleiher den Leiharbeitnehmer innerhalb von drei Monaten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses erneut einstellt, also auch eine fristlose Kündigung. Auch Art 1 § 9 Nr 3 AÜG erklärt unterschiedslos jede Kündigung durch den Verleiher für unwirksam, wenn der Verleiher den Leiharbeitnehmer innerhalb von drei Monaten erneut einstellt. Das Gesetz unterscheidet die Kündigung durch den Verleiher von der durch den Leiharbeitnehmer, hat aber weder fristlose Kündigungen noch Kündigungen aus außerordentlichen Gründen ausgenommen, noch für solche Kündigungen eine Ausnahme bestimmt, die nicht aus betrieblichen Gründen, sondern wegen des Verhaltens des Arbeitnehmers oder wegen seiner Person ausgesprochen werden. Die einschränkende Auslegung, wie sie die Revision vertritt, ist nicht angezeigt. Die Auffassung der Vorinstanzen, die auch im Schrifttum vertreten wird (Franßen/Haesen, Komm zum AÜG, 1974, Art 1 § 3 Rzn 43 ff; Sandmann/Marschall, Komm zum AÜG, Stand November 1991, Art 1 § 3 Anm 30), entspricht vielmehr Sinn und Zweck des Gesetzes und verstößt nicht gegen das GG.

Die Vorschrift fußt auf der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG). Dieses Gericht hat 1967 entschieden, daß einerseits der Ausschluß der freien Wahl des Berufs des ständigen Arbeitsvermittlers durch das Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (§ 35 des Gesetzes über Arbeitslosenvermittlung und Arbeitslosenversicherung <AVAVG>) mit Art 12 Abs 1 GG vereinbar ist (BVerfGE 21, 245) und andererseits die Ausdehnung des Arbeitsvermittlungsmonopols auf Arbeitnehmer-Überlassungsverträge durch § 37 Abs 3 AVAVG mit dem Grundrecht der freien Berufswahl nicht vereinbar war (BVerfGE 21, 261). Der Senat hat daraufhin 1970 erkannt, daß angesichts der Regelung des § 4 Arbeitsförderungsgesetz (AFG), nach der ua Arbeitsvermittlung grundsätzlich nur von der Beklagten betrieben werden darf, und nach dem weiten Umfang des Begriffs der Arbeitsvermittlung eine rechtmäßige Arbeitnehmerüberlassung nur in Betracht komme, wenn der Verleiharbeitgeber in einem bestimmten Umfang das übliche Arbeitgeberberrisiko übernimmt, den Arbeitnehmer mangels Aufträge nicht beschäftigen zu können, er den sozialen Schutz des Leiharbeitnehmers sicherstellt und das Leiharbeitsverhältnis schließlich den Einsatz des Arbeitnehmers beim Entleiher überdauert (BSGE 31, 235, 242 ff = SozR Nr 2 zu § 37 AVAVG). Ausgehend von diesen Entscheidungen bezweckt das danach erlassene AÜG, die (erlaubte) Arbeitnehmerüberlassung von der (nicht erlaubten) Arbeitsvermittlung abzugrenzen und Mißbräuchen entgegenzutreten, die sich aus der Arbeitnehmerüberlassung ergeben können und ergeben haben (vgl Begründung zum AÜG-Entwurf, BT-Drucks VI/2303 S 9 f; BSGE 48, 115, 117 = SozR 7815 Art 1 § 3



Nr 2; BSG SozR 7815 Art 1 § 3 AÜG Nr 3). Damit der Verleiher das angesprochene Arbeitgeberisiko 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 4 AÜG ergänzt diese Bestimmung, um zu vermeiden, daß der Verleiher das Arbeitgeberisiko nun dadurch von sich abwälzt, daß er den Leiharbeitnehmer zwar unbefristet einstellt, derartige Arbeitsverhältnisse aber durch Kündigungen immer wieder unterbricht (vgl Begründung zu Art 1 § 3 Abs 1 Nr 4 AÜG-Entwurf, BT-Drucks VI/2303 S 12). Art 1 § 3 Abs 1 Nr 4 und die ergänzenden Vorschriften des § 9 Nr 3 und des § 10 Abs 4 AÜG sollen also ausschließen, daß der Verleiher bei kurzfristigen Auftragslücken bis zu einem Zeitraum von drei Monaten sein Unternehmerrisiko auf den Leiharbeitnehmer abwälzt (vgl BAG AP Nr 1 zu § 9 AÜG).

Dieser unmittelbare Schutzzweck legt, wie der Revision einzuräumen ist, die Frage nahe, ob die Vorschrift restriktiv auszulegen ist, etwa in der Einschränkung auf solche Kündigungen des Verleihers, die ausschließlich in seinen besonderen betrieblichen Verhältnissen (zB fehlende Anschlußaufträge) ihre Ursache haben. Eine solche restriktive Auslegung hätte zur Folge, daß Art 1 § 3 Abs 1 Nr 4, § 9 Nr 3 und § 10 Abs 4 AÜG keine Anwendung fänden auf Kündigungen, die ausschließlich aus solchen Gründen zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses führen, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen (so Becker/Wulfgramm, Komm zum AÜG, 3. Aufl 1985, Art 1 § 3 Rz 43; Schubel/Engelbrecht, Komm zum AÜG, 1973, Art 1 § 3 Rz 22). Indessen kann dem Gesetzgeber nicht verborgen geblieben sein, daß der Wortlaut von Art 1 § 3 Abs 1 Nr 4 und von § 9 Nr 3 AÜG jede Kündigung durch den Verleiher erfaßt, also insbesondere auch Kündigungen, für die der Verleiher einen sachlichen Grund aus der Person des Leiharbeitnehmers anführen kann, die das Gesetz in der Nr 3 anspricht, zu deren Ergänzung Nr 4 dient. Das gilt umsomehr, als zur Begründung der Vorschrift nur der Fall angeführt worden ist, daß der Verleiher derartige Arbeitsverhältnisse durch "ordentliche Kündigungen" immer wieder unterbricht (BT-Drucks VI/2303 S 12).

Sprechen schon diese Umstände gegen eine Beschränkung der Vorschrift auf praktisch einen Teil von ordentlichen Kündigungen, ergäben sich anderenfalls auch Mißbrauchsmöglichkeiten. Der Verleiher, der sich wegen eines fehlenden Anschlußauftrags zu einer Kündigung veranlaßt sieht, andererseits ggf schon vor Ablauf der drei Monate auf den Leiharbeitnehmer wieder zurückgreifen will, könnte geneigt sein, das Arbeitsverhältnis unter Verschleierung des wahren Anlasses unter Angabe von Gründen zu kündigen, die im Verhalten des Arbeitnehmers liegen, zumal da er bei Wiedereinstellung innerhalb von drei Monaten dann womöglich dem Anspruch des Arbeitnehmers auf Arbeitsentgelt für die Zwischenzeit entgehen könnte. Der Leiharbeitnehmer könnte eine solche Kündigung zwar anfechten. Es wird von seinem Anfechtungsrecht aber wohl nur Gebrauch machen, wenn er kein Fehlverhalten



einräumen muß. Selbst in einem solchen Fall, in Sonderheit bei Unkenntnis des wahren Kündigungsgrundes, wird er von der Kündigungsschutzklage absehen, falls er auf eine spätere Wiedereinstellung hoffen kann. Darüber hinaus muß damit gerechnet werden, daß der Arbeitnehmer bei einer vorzeitigen Wiedereinstellung selbst dann, wenn er den wahren Grund der vorangegangenen Kündigung ahnt, auf Arbeitsentgelt für die Zwischenzeit nicht regelmäßig bestehen wird. Schließlich muß auch die direkte Manipulation eines solchen Ablaufs durch verabredet wahrheitswidrige Angaben der Beteiligten in Rechnung gestellt werden.

Der Arbeitsverwaltung ist es, wie die Beklagte mit Recht geltend macht, nicht möglich, solche Verschleierungen im nachhinein aufzudecken. Da es zu den erklärten Zielen des Gesetzgebers gehört, der Bundesanstalt für Arbeit die Unterbindung der illegalen Praktiken von Verleihern soweit wie möglich zu erleichtern (vgl Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung zum AÜG-Entwurf, zu BT-Drucks VI/3505 S 1 f), entspricht es durchaus dem mit dem AÜG verfolgten Zweck, Mißbräuchen entgegenzutreten, das Wort "Kündigung" in Art 1 § 3 Abs 1 Nr 4 und § 9 Nr 3 AÜG auf alle Kündigungen zu beziehen, also auch auf fristlose und andere Kündigungen, die der Verleiher mit Recht aus Gründen ausgesprochen hat, die in der Person oder im Verhalten des Leiharbeitnehmers liegen. Soweit Becker/Wulfgamm aaO sich darauf berufen, Ziel des AÜG sei es nicht, die Leiharbeitnehmer gegenüber den übrigen Arbeitnehmern besserzustellen, verkennen sie, daß eine solche Besserstellung nicht erfolgt. Dem Verleiher bleibt es unbenommen, einem Leiharbeitnehmer zu kündigen, wenn er hierfür einen Grund hat; Leiharbeitnehmer sind insoweit gegenüber anderen vergleichbaren Arbeitnehmern nicht bessergestellt. Es besteht auch keinerlei Bedürfnis, die Ausnahme von dem Verbot, mit dem Leiharbeitnehmer einen befristeten Arbeitsvertrag zu schließen, wenn sich aus der Person des Leiharbeitnehmers ein sachlicher Grund für eine solche Befristung ergibt (Art 1 § 3 Abs 1 Nr 3 AÜG), auf § 3 Abs 1 Nr 4 AÜG zu übertragen. Die Ausnahme ist im wesentlichen im Interesse der Leiharbeitnehmer geschaffen worden. Ihnen steht es aber frei, ihrerseits das Leiharbeitsverhältnis zu kündigen, wenn sie dies aus in ihrer Person liegenden Gründen für zweckmäßig halten (Franßen/Haesen aaO Art 1 § 3 Rz 45).

Art 1 § 3 Abs 1 Nr 4 AÜG verstößt auch in diesem Verständnis weder gegen das Recht auf Berufsfreiheit (Art 12 Abs 1 GG) noch gegen die allgemeine Handlungsfreiheit (Art 2 Abs 1 GG). Da die Vorschrift eine Konkretisierung der Abgrenzung zwischen Arbeitsvermittlung und Arbeitnehmerüberlassung beinhaltet und das Gesetz die durch sie verbotene Tätigkeit der Arbeitsvermittlung zuordnet (vgl Art 1 § 1 Abs 2 AÜG), kann diese Bestimmung nicht anders beurteilt werden als das Vermittlungsmonopol der Beklagten (§ 4 AFG). Dabei kann offen bleiben, inwieweit Art 1 § 3 Abs 1 Nr 4 AÜG eine Einschränkung der Berufszulassung oder der Berufsausübung enthält. Die Klägerin hat wegen des überragenden Wertes des Vermittlungsmonopols eine Beschränkung sowohl



ihres Rechts auf Berufsfreiheit als auch ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit (Vertragsfreiheit) hinzunehmen, die hier im übrigen nur von geringer Bedeutung ist. Ihr Einwand, das Vermittlungsmonopol sei nach der Rechtsprechung des EuGH rechtswidrig, trifft nicht zu, jedenfalls nicht für den Bereich von Hilfskräften und Gelegenheitsarbeitern, um die es der Klägerin geht. Der EuGH hat in seinem Urteil vom 23. April 1991 - Rechtssache C 41/90 - SozR 3-6030 Art 86 Nr 1 = EuGRZ 1991, 161 lediglich entschieden, daß in bezug auf Führungskräfte der Wirtschaft und eine grenzüberschreitende Vermittlungstätigkeit das Vermittlungsmopol der Beklagten durch Vorschriften des EWG-Vertrages eingeschränkt sei (vgl. Beschluß des Senats vom 1. Oktober 1991 - 7 BAr 42/91; ferner Urteil des BSG vom 26. März 1992 - 11 RAR 25/90 -, zur Veröffentlichung vorgesehen). Unrichtig ist der Einwand der Revision, Art 1 § 3 Abs 1 Nr 4 AÜG wirke sich in ihrem Falle als das Verbot der Beschäftigung von Hilfskräften aus, die von ihrer Einstellung her unständige Gelegenheitsarbeiter seien. Denn der Klägerin ist es unbenommen, solche Hilfskräfte als Leiharbeitnehmer einzustellen, selbst nachdem sie sich von ihnen durch eine Kündigung getrennt hat; allerdings müssen zwischen der Beendigung des letzten (unbefristeten) Arbeitsverhältnisses und der Wiedereinstellung drei Monate liegen; nur eine frühere Wiedereinstellung ist der Klägerin untersagt. Dagegen aber ist im Blick auf die Fälle, in denen die Kündigung aus Gründen erfolgte, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, schon deshalb nichts einzuwenden, weil die vorzeitige Wiedereinstellung in aller Regel deutlich macht, daß für den Verleiher die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses offensichtlich nicht unzumutbar war, die Kündigungsgründe also die Kündigung eigentlich nicht gerechtfertigt haben (vgl. Franßen/Haesen aaO Art 1 § 3 Rz 43; Sandmann/Marschall aaO Art 1 § 3 Anm 30); innerhalb so kurzer Zeit pflegen Arbeitgeber im allgemeinen Arbeitnehmer nicht wieder einzustellen, denen sie aus in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegenden Gründen gekündigt haben. Abwegig ist auch die Auffassung der Klägerin, Art 1 § 3 Abs 1 Nr 4 AÜG beeinträchtige die betroffenen Arbeitnehmer in ihrem Recht auf Berufsfreiheit und in ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit. Die Klägerin verkennt, daß nicht nur sie Gelegenheitsarbeiter beschäftigt. Im übrigen müßten Leiharbeitnehmer, wenn sich aus Art 1 § 3 Abs 1 Nr 4 AÜG Nachteile für sie ergeben würden, diese in Kauf nehmen (BSGE 48, 115, 119 = SozR 7815 Art 1 § 3 Nr 2).

Die Auflage ist nicht deshalb zu beanstanden, weil Art 1 § 3 Abs 1 Nr 4 AÜG voraussetzt, daß der Verleiher mit dem Leiharbeitnehmer "jeweils unbefristete Arbeitsverträge abschließt", diese Verträge jedoch durch Kündigung beendet und den Leiharbeitnehmer innerhalb von drei Monaten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses erneut einstellt, während das Landesarbeitsamt der Klägerin die Wiedereinstellung innerhalb von drei Monaten für jeden Fall verboten hat, daß die Klägerin unbefristete Arbeitsverhältnisse durch fristlose Kündigungen beendet hat. Wie sich aus Art 1 § 9 Nr 3 AÜG ergibt, betrifft das an den Verleiher gerichtete allgemeine Verbot nämlich jeden Fall der



Wiedereinstellung innerhalb von drei Monaten nach Kündigung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses durch den Verleiher, nicht nur die Fälle, in denen der Verleiher mit dem gleichen Leiharbeiter immer wieder unbefristete Arbeitsverträge abschließt und diese Verträge durch Kündigung beendet. Dem Verleiher ist also von Gesetzes wegen grundsätzlich verboten, einen Leiharbeiter innerhalb von drei Monaten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses erneut einzustellen, wenn er einen unbefristeten Arbeitsvertrag durch Kündigung beendet hat. Daß der Verstoß in einem Einzelfalle die Versagung der Verleiherlaubnis nicht zu rechtfertigen mag (vgl. Franßen/Haesen aaO Art 1 § 3 Rz 47), steht auf einem anderen Blatt. Nach den den Senat bindenden tatsächlichen Feststellungen des LSG (§ 163 SGG) hat die Klägerin in vielen Fällen nach außerordentlichen Kündigungen vorzeitig Leiharbeiter wieder eingestellt und dadurch objektiv gegen das aus Art 1 § 3 Abs 1 Nr 4 und § 9 Nr 3 AÜG folgende Verbot verstoßen. Damit bestand für das Landesarbeitsamt hinreichender Anlaß, die angefochtene Auflage zu erlassen.

Die in Art 1 § 2 Abs 2 AÜG normierte Zweckbindung hat das Landesarbeitsamt beachtet. Nach dieser Vorschrift kann die Erlaubnis mit Auflagen verbunden werden, um sicherzustellen, daß keine Tatsachen eintreten, die nach Art 1 § 3 die Versagung der Erlaubnis rechtfertigen. Zulässig sind hiernach nicht nur Auflagen, die dem Schutze der Leiharbeiter dienen, sondern auch solche, die sicherstellen, daß die Grenzen der rechtmäßigen Arbeitnehmerüberlassung nicht zu Lasten verbotener Arbeitsvermittlung überschritten werden. Daß das Landesarbeitsamt bei der Erteilung der Auflage, die in seinem pflichtgemäßen Ermessen stand (Art 1 § 2 Abs 2 AÜG), ermessensfehlerhaft gehandelt hätte, ist nicht erkennbar. Weder läuft die Auflage der Erlaubnis zuwider (§ 36 Abs 3 VwVfG, § 32 Abs 3 SGB X), noch hat das Landesarbeitsamt von seinem Ermessen in einer dem Zwecke der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise (§ 54 Abs 2 Satz 2 SGG) Gebrauch gemacht.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

