

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: 7 RAr 44/93

.....,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

Prozeßbevollmächtigter:,

g e g e n

Bundesanstalt für Arbeit,
Nürnberg, Regensburger Straße 104,

Beklagte und Revisionsklägerin.

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. März 1994 durch den Vorsitzenden Richter H e n n i g, die Richter Dr. H e n k e und E i c h e r sowie die ehrenamtlichen Richter D o c k h o r n und L a s a r für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 10. März 1993 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat der Klägerin auch die außergerichtlichen Kosten des Revisionsverfahrens zu erstatten.



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





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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Gründe:

I

Die Klägerin begehrt die Feststellung, daß die bei ihr beschäftigten polnischen Kraftfahrer keiner Arbeitserlaubnis bedürfen.

Sie betreibt eine internationale Spedition mit Sitz in D. (Westfalen) und führt Lastkraftwagen-Transporte in osteuropäische Staaten durch. Sie setzt auf ihren Lastkraftwagen ua vier Kraftfahrer ein, die polnische Staatsangehörige sind, ihren Wohnsitz in Polen beibehalten haben und zur Klägerin in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis stehen. Nachdem die Beklagte der Klägerin zunächst mitgeteilt hatte, daß sie für die polnischen Arbeitnehmer keine Arbeitserlaubnis benötige (Schreiben vom 23. August 1991), änderte sie einige Monate später ihre Rechtsansicht dahingehend, daß sich die Arbeitserlaubnisfreiheit nur auf solche Arbeitnehmer beziehe, die bei einem Arbeitgeber mit Sitz im Ausland beschäftigt seien (Schreiben vom 18. Februar 1992). Die Beklagte informierte ua die deutschen Grenzbehörden, worauf Lastkraftwagen der Klägerin am Grenzübertritt gehindert wurden.

Das Sozialgericht (SG) hat auf die Klage, mit der die Klägerin die Feststellung begehrte, daß die bei ihr beschäftigten polnischen Kraftfahrer, die Lastkraftwagen im grenzüberschreitenden Güterverkehr lenken, keiner Arbeitserlaubnis bedürfen, festgestellt, daß die bei der Klägerin beschäftigten polnischen Kraftfahrer, die Lastkraftwagen der Klägerin im grenzüberschreitenden Güterverkehr lenken, einer Arbeitserlaubnis bedürfen, der Beklagten jedoch gleichwohl die (außergerichtlichen) Kosten des Rechtsstreits auferlegt (Urteil vom 7. Oktober 1992). Gegen dieses Urteil hat die Klägerin in der Hauptsache, die Beklagte wegen der Kostenentscheidung Berufung eingelegt. Das Landessozialgericht (LSG) hat auf die Berufung der Klägerin das Urteil des SG abgeändert und festgestellt, daß die bei der Klägerin beschäftigten polnischen Kraftfahrer, die Lastkraftwagen der Klägerin im grenzüberschreitenden Güterverkehr lenken, keiner Arbeitserlaubnis bedürfen. Es hat ferner die Berufung der Beklagten zurückgewiesen (Urteil vom 10. März 1993).

Zur Begründung seiner Entscheidung hat das LSG ausgeführt, die von der Klägerin erhobene Feststellungsklage (§ 55 Abs 1 Nr 1 Sozialgerichtsgesetz <SGG>) sei zulässig. Die Klägerin habe ein berechtigtes Interesse an der Feststellung, daß die von ihr beschäftigten polnischen Arbeitnehmer nicht einer Arbeitserlaubnis bedürften. Die Feststellungsklage sei auch begründet. Die polnischen Kraftfahrer seien zwar grundsätzlich arbeitserlaubnispflichtig (§ 19 Abs 1 Satz 1 Arbeitsförderungsgesetz <AFG>). Doch ergebe sich ihre Arbeitserlaubnisfreiheit aus § 9 Nr 2 Arbeitserlaubnisverordnung (ArbErlaubV). Vorliegend greife die erste Alternative (Alt)



dieser Bestimmung ein. Danach sei entscheidend, ob es sich bei den polnischen Kraftfahrern um "fahrendes Personal im grenzüberschreitenden Güterverkehr" handele. Dies sei zu bejahen. Nicht erforderlich sei, daß das beschäftigende Unternehmen seinen Sitz im Ausland habe. Eine solche Einschränkung sei der 1. Alt des § 9 Nr 2 ArbErlaubV entgegen der Auffassung der Beklagten nicht zu entnehmen. Des weiteren sei unerheblich, ob die polnischen Kraftfahrer eine "Tätigkeit bei (einem) Unternehmen mit Sitz im Geltungsbereich dieser Verordnung" ausübten. Denn diese Voraussetzung beziehe sich, wie aus der Entwicklungsgeschichte des § 9 Nr 2 ArbErlaubV hervorgehe, auf die dritte Fallgruppe der 2. Alt des § 9 Nr 2 ArbErlaubV, nämlich auf "Luftfahrtunternehmen". Folglich dringe die Klägerin mit ihrer Berufung durch. Dagegen bleibe die Berufung der Beklagten ohne Erfolg. Sie stelle sich als unselbständige Anschlußberufung dar. Als solche sei sie, obwohl es um die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens gehe (§ 144 Abs 3 SGG aF), nicht ausgeschlossen. Doch sei sie unbegründet, da die Beklagte in vollem Umfang unterliege und deshalb die der Klägerin auch im ersten Rechtszug erwachsenen außergerichtlichen Kosten zu übernehmen habe.

Die Beklagte rügt mit der Revision eine Verletzung von § 9 Nr 2 ArbErlaubV. Die 1. Alt dieser Vorschrift betreffe fahrendes Personal im grenzüberschreitenden Güterverkehr, das bei einem Arbeitgeber mit Sitz im Ausland beschäftigt sei. Der in § 9 Nr 2 ArbErlaubV verwendete Zusatz "für eine Tätigkeit bei Unternehmen mit Sitz im Geltungsbereich dieser Verordnung" erstrecke sich auf die dritte Fallgruppe der 2. Alt des § 9 Nr 2 ArbErlaubV, mithin auf die im Luftverkehr beschäftigten Personen. Entstehungsgeschichte sowie Sinn und Zweck der Vorschrift bestätigten dies. Zur Entstehungsgeschichte verweist die Beklagte auf den Entwurf der Änderungsverordnung (ÄndV) zur ArbErlaubV vom 15. November 1972, auf ein Schreiben des Bundesministers des Innern vom 21. November 1992 sowie auf die Begründung der 10. ÄndV zur ArbErlaubV. Sinn und Zweck des § 9 Nr 2 ArbErlaubV trügen die Auffassung des LSG schon wegen des zwischen Deutschland und Polen bestehenden Lohngefälles nicht. Deutsche Arbeitnehmer könnten nicht wie polnische Fernfahrer für einen Bruttolohn von 900,00 DM tätig werden. Ergebnis der Vorgehensweise der Klägerin sei, daß der Arbeitsmarkt im grenzüberschreitenden Verkehr deutschen Arbeitnehmern verschlossen sei.

Die Beklagte beantragt sinngemäß,
das Urteil des LSG aufzuheben und die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des SG mit der Maßgabe zurückzuweisen, daß die Klage abgewiesen wird.

Die Klägerin beantragt,
die Revision zurückzuweisen.

Sie hält das zweitinstanzliche Urteil für zutreffend und erwidert, die Voraussetzung "für eine Tätigkeit bei Unternehmen mit Sitz im Geltungsbereich dieser Verordnung" erfasse



sämtliche Anwendungsfälle des § 9 Nr 2 ArbErlaubV. Selbst wenn dies nicht zutrefte, sei das auf das Ergebnis ohne Einfluß. Denn dann mangle es an jeglicher Einschränkung für inländische Unternehmen. Die von der Beklagten herangezogenen Unterlagen seien für das Verständnis von § 9 Nr 2 ArbErlaubV nicht hilfreich. Der Wortlaut der Vorschrift sei vom Verordnungsgeber bewußt gewählt worden. Folge man der Auffassung der Beklagten, könne den von der Klägerin beschäftigten Kraftfahrern überhaupt keine Arbeitserlaubnis erteilt werden. Denn keiner der polnischen Kraftfahrer halte sich mindestens ein Jahr rechtmäßig in der Bundesrepublik auf (§ 1 Abs 2 Satz 1 ArbErlaubV). Auch der Grundsatz von Treu und Glauben gebiete eine für die Klägerin positive Entscheidung. Ihr Betrieb habe sich erst aufgrund der Mitteilung, daß eine Arbeitserlaubnis nicht notwendig sei, auf Fahrten in osteuropäische Staaten spezialisiert. Deutsche Arbeitnehmer, die den Anforderungen an die Arbeitsplatzbeschreibung genügten, seien nicht vorhanden. Die Arbeitnehmer, die die Beklagte zu Vorstellungsgesprächen geschickt habe, seien wegen fehlender polnischer und russischer Sprachkenntnisse ungeeignet. Schließlich überzeuge nicht das Argument der Niedriglöhne. Es übersehe, daß der Lohn eines bei der Klägerin beschäftigten polnischen Kraftfahrers wesentlich über dem eines Kraftfahrers bei polnischen Speditionen liege.

II

Die Revision der Beklagten ist unbegründet.

Gegenstand des Revisionsverfahrens ist ausschließlich die von der Klägerin erhobene (negative) Feststellungsklage (§ 55 Abs 1 Nr 1 SGG). Die Beklagte hat keine Feststellungsklage erhoben. Sie hat zwar in erster Instanz den Antrag gestellt, festzustellen, daß die bei der Klägerin beschäftigten polnischen Lastkraftwagenfahrer, die Lastkraftwagen der Klägerin im grenzüberschreitenden Güterverkehr lenken, einer Arbeitserlaubnis bedürfen; das SG ist diesem Antrag gefolgt. Indes war mit diesem Antrag, an dessen Fassung das Gericht nicht gebunden war (§ 123 SGG), ein Antrag auf Klageabweisung gemeint. Nur dies entsprach der Interessenlage der Beklagten. Ebensowenig ist über die (selbständige) Berufung der Beklagten gegen die Kostenentscheidung des SG zu entscheiden. Die Beklagte hat ihre Berufung in der Revisionsinstanz zurückgenommen (Schriftsatz vom 21. Februar 1994). Das war gemäß §§ 165 Satz 1, 156 Abs 1 SGG möglich (Meyer-Ladewig, SGG, 5. Aufl 1993, § 165 Rz 5; Peters/Sautter/Wolff, Komm zur Sozialgerichtsbarkeit, Stand Februar 1993, § 165 Rz 8; vgl auch BVerwGE 26, 279, 299).

Die Feststellungsklage, mit der die Klägerin die Feststellung begehrt, daß die bei ihr beschäftigten polnischen Kraftfahrer, die Lastkraftwagen im grenzüberschreitenden Güterverkehr lenken, keiner Arbeitserlaubnis bedürfen, ist zulässig.



Zwischen der Klägerin und der Beklagten besteht ein Rechtsverhältnis. Umstritten ist die Anwendung einer öffentlich-rechtlichen Norm (§ 19 Abs 1 Satz 6 AFG iVm § 9 Nr 2 ArbErlaubV) auf einen konkreten Sachverhalt. Während die Klägerin für sich das Recht in Anspruch nimmt, im grenzüberschreitenden Verkehr polnische Kraftfahrer einzusetzen, die keine Arbeitserlaubnis besitzen, macht die Beklagte ihr dieses Recht streitig (Schreiben vom 18. Februar 1992). Die Klägerin hat ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung des Bestehens bzw Nichtbestehens dieses Rechtsverhältnisses. Die vier polnischen Kraftfahrer, auf die sich der Feststellungsantrag vor dem LSG bezog, sind, wie die Klägerin vor dem Senat dargetan hat, auch heute noch bei ihr beschäftigt. Das Interesse der Klägerin an der Feststellung der arbeitserlaubnisfreien Beschäftigung dieser Arbeitnehmer ist ua rechtlicher Art. Es zielt auf die Beseitigung einer unsicheren Rechtslage, die ua darin besteht, daß sich die Klägerin der Möglichkeit ordnungsrechtlicher oder gar strafrechtlicher Sanktionen ausgesetzt sieht (§ 229 Abs 1 Nr 2 und Abs 2, § 227a Abs 2 Satz 1 Nrn 1 und 2 AFG). Dies reicht für die Annahme eines Feststellungsinteresses iS des § 55 Abs 1 Nr 1 SGG aus (BVerwG Buchholz 310 § 43 VwGO Nr 112; BSG SozR 3-7815 Art 1 § 3 Nrn 2 und 5; Meyer-Ladewig, aaO, § 55 Rz 15; Peters/Sautter/Wolff, aaO, § 55 Anm 7c jeweils mwN). Schließlich greift nicht der sog Nachrang der Feststellungsklage ein, der, obwohl er - im Unterschied zu anderen Verfahrensarten (§ 43 Abs 2 Verwaltungsgerichtsordnung; § 41 Abs 2 Finanzgerichtsordnung) - im SGG nicht erwähnt wird, auch im Bereich der Sozialgerichtsbarkeit Anwendung findet (BSGE 58, 150, 152 = SozR 1500 § 55 Nr 27; BSG SozR 3-7815 Art 1 § 3 Nr 2). Die Klägerin kann ihr Klageziel nicht mit Hilfe einer Gestaltungs- oder Leistungsklage verwirklichen.

Die Feststellungsklage der Klägerin ist auch begründet.

Maßgebender Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage ist grundsätzlich der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem LSG. Rechtsänderungen, die sich nachträglich ergeben haben, sind vom Revisionsgericht jedoch zu berücksichtigen, sofern sie sich auf das im Streit befindliche Rechtsverhältnis beziehen (BSG vom 20. Juni 1984 - 7 RAr 79/83 - Dienstblatt R <DBIR> der BA Nr 2995a zu § 112 AFG mwN; vgl auch BSG SozR 2200 § 355 Nr 1; Eyermann/Fröhler, Komm zur VwGO, 9. Aufl 1988, § 113 Rzn 1 ff; Redeker/v Oertzen, Komm zur VwGO, 10. Aufl 1991, § 108 Rzn 16 und 26). So liegt es hier.

Rechtlicher Ausgangspunkt für die Frage der Arbeitserlaubnispflicht bzw Arbeitserlaubnisfreiheit der vom Kläger beschäftigten polnischen Kraftfahrer sind die Vorschriften des § 19 AFG idF des Gesetzes zur Änderung arbeitsförderungsrechtlicher und anderer sozialrechtlicher Vorschriften (AFG ua ÄndG) vom 21. Juni 1991 (BGBl I 1306) iVm § 9 Nr 2 der ArbErlaubV vom 2. März 1971 (BGBl I 152) idF der 3. ÄndV zur ArbErlaubV vom



7. Juli 1976 (BGBl I 1782). Nach § 19 Abs 1 AFG bedürfen Arbeitnehmer, die nicht Deutsche iS des Art 116 Grundgesetz (GG) sind, zur Ausübung einer Beschäftigung einer Erlaubnis der Bundesanstalt (BA), soweit in zwischenstaatlichen Vereinbarungen nicht anderes bestimmt ist (Satz 1). Die Erlaubnis wird nach Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes unter Berücksichtigung der Verhältnisse des einzelnen Falles erteilt (Satz 2). Ausländern, die ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland haben und im Geltungsbereich dieses Gesetzes eine Beschäftigung ausüben wollen, darf die Arbeitserlaubnis nur erteilt werden, sofern die Dauer der Beschäftigung drei Monate nicht übersteigt (Satz 3). Arbeitgeber dürfen Arbeitnehmer, die nicht Deutsche iS des Art 116 GG sind, nur beschäftigen, wenn die Arbeitnehmer eine Erlaubnis nach Satz 1 besitzen (Satz 6). Gemäß § 19 Abs 4 AFG kann der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung der BA durch Rechtsverordnung Vorschriften über Art, Umfang, Geltungsdauer und Aufhebung der Erlaubnis, die Voraussetzungen für die Erteilung der erstmaligen Erlaubnis sowie über das Verfahren erlassen (Satz 1). Er kann für einzelne Berufs- und Personengruppen durch Rechtsverordnung Ausnahmen von Abs 1 Satz 1 bis 3 zulassen (Satz 2). Gemäß § 9 Nr 2 ArbErlaubV schließlich, der auf § 19 Abs 4 AFG fußt, bedürfen keiner Arbeitserlaubnis das fahrende Personal im grenzüberschreitenden Personen- und Güterverkehr sowie die Besatzungen von Seeschiffen, Binnenschiffen und Luftfahrzeugen mit Ausnahme der Luftfahrzeugführer, Flugingenieure und Flugnavigatoren für eine Tätigkeit bei Unternehmen mit Sitz im Geltungsbereich dieser Verordnung.

Die von der Klägerin beschäftigten polnischen Kraftfahrer sind nicht Deutsche iS des Art 116 GG. Sie dürfen in der Bundesrepublik folglich nur tätig werden, wenn sie im Besitz einer Arbeitserlaubnis sind. Das ist, wie auch von der Klägerin eingeräumt wird, nicht der Fall. Vereinbarungen zwischen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Regierung der Republik Polen (vgl etwa Gastarbeitnehmer-Vereinbarung vom 7. Juni 1990, Dienstblatt-Runderlaß der BA <DBI-RdErl> 99/90 vom 16. August 1990 S 3; Änderungsvereinbarung über die Entsendung von Arbeitnehmern polnischer Unternehmen zur Ausführung von Werkverträgen vom 8. Dezember 1990, DBI-RdErl 73/91 vom 22. Mai 1991 S 1) oder Rechtsvorschriften der Europäischen Gemeinschaften lassen von der Notwendigkeit der Erteilung einer Arbeitserlaubnis keine Ausnahme zu. Demgemäß kommt es darauf an, ob vorliegend die Voraussetzungen des § 9 Nr 2 ArbErlaubV für eine Befreiung von der Arbeitserlaubnispflicht erfüllt sind. Das ist der Fall.

Die 1. Alt des Befreiungstatbestandes des § 9 Nr 2 ArbErlaubV ("das fahrende Personal im grenzüberschreitenden Personen- und Güterverkehr"), der die bei der Klägerin beschäftigten vier polnischen Kraftfahrer zuzurechnen sind, unterlag bis zum 31. August 1993 keinen über den Wortlaut der Vorschrift hinausgehenden Modifizierungen.

Das gilt, wie vom LSG richtig gesehen, zunächst für die Wendung "für eine Tätigkeit bei Unternehmen mit Sitz im Geltungsbereich dieser Verordnung". Diese bezieht sich, anders



als die Klägerin meint, nicht (auch) auf die 1. Alt, sondern allein auf die dritte Fallgruppe der 2. Alt des § 9 Nr 2 ArbErlaubV ("Luftfahrzeuge"). Das folgt aus der Rechtsgeschichte dieser Bestimmung.

Ursprünglich lautete § 9 Nr 2 der am 1. April 1971 in Kraft getretenen ArbErlaubV: "Keiner Erlaubnisverordnung bedürfen das fahrende Personal im grenzüberschreitenden Personen- und Güterverkehr sowie die Besatzungen von Seeschiffen, Binnenschiffen und Luftfahrzeugen". Durch Art 1 Nr 1 der ÄndV zur ArbErlaubV vom 8. Januar 1973 (BGBl I 18) wurden in § 9 Nr 2 nach dem Wort "Luftfahrzeugen" die Worte "mit Ausnahme der Flugzeugführer, Flugingenieure und Flugnavigatoren für eine Tätigkeit bei Luftfahrtunternehmen mit Sitz im Geltungsbereich dieser Verordnung" eingefügt. Gleichzeitig wurde durch Art 1 Nr 2 derselben ÄndV in § 15 ArbErlaubV folgender Abs 3 angefügt: "Flugzeugführer, Flugingenieure und Flugnavigatoren, deren Arbeitsverhältnis vor dem 1. Januar 1973 begründet worden ist, bedürfen abweichend von § 19 Abs. 1 des Arbeitsförderungsgesetzes in Verbindung mit § 9 Nr. 2 keiner Arbeitserlaubnis". Das besagt: Durch die ÄndV vom 8. Januar 1973 wurden solche Flugzeugführer, Flugingenieure und Flugnavigatoren für eine Tätigkeit bei Luftfahrtunternehmen mit Sitz im Inland von der ansonsten in § 9 Nr 2 ArbErlaubV geregelten Arbeitserlaubnisfreiheit ausgenommen, die nicht schon vor dem 1. Januar 1973 dort beschäftigt waren (Geffer/Schwarz, Komm zum AFG, Stand April 1979, § 19 Rz 4.4). Hintergrund der Neuerung war, daß für das deutsche fliegende Personal aufgrund des Konkurses einiger deutscher Bedarfsfluggesellschaften sowie eines zunehmenden Überangebotes von ausländischen Berufsflugzeugführern eine schwierige Arbeitsmarktsituation entstanden war (Schönefelder/Kranz/Wanka, Komm zum AFG, Stand Mai 1992, § 19 Rz 33). Durch Art 1 Nr 2 der 3. ÄndV vom 7. Juli 1976 (BGBl I 1782) wurde sodann das Wort "Luftfahrtunternehmen" durch das Wort "Unternehmen" und das Wort "Flugzeugführer" durch das Wort "Luftfahrzeugführer" ersetzt; des weiteren erhielt § 15 Abs 3 seine jetzige Fassung, nämlich: "Flugzeugführer, Flugingenieure und Flugnavigatoren bei Luftfahrtunternehmen, deren Arbeitsverhältnis vor dem 1. Januar 1973 begründet worden ist, sowie Hubschrauberführer bei Luftfahrtunternehmen und Luftfahrzeugführer, Flugingenieure und Flugnavigatoren bei sonstigen Unternehmen, deren Arbeitsverhältnis vor dem 1. August 1976 begründet worden ist, bedürfen abweichend von § 19 Abs. 1 des Arbeitsförderungsgesetzes in Verbindung mit § 9 Nr. 2 keiner Arbeitserlaubnis". Auch diese Novellierung, die ebenfalls dem Schutz des deutschen fliegenden Personals diene, läßt keinen Zweifel aufkommen, daß die Wendung "für eine Tätigkeit bei Unternehmen mit Sitz im Geltungsbereich dieser Verordnung" sich nicht auf die hier einschlägige 1. Alt, sondern ausschließlich auf die 3. Fallgruppe der 2. Alt des § 9 Nr 2 ArbErlaubV ("Luftfahrzeuge") bezieht.

Entgegen der Auffassung der Beklagten kann aber auch der Zusatz "bei Arbeitgebern mit Sitz im Ausland", der durch Art 1 Nr 3 der 10. ÄndV zur ArbErlaubV vom 1. September



1993 (BGBl I 1527) in § 9 Nr 2 ArbErlaubV nach dem Wort "Güterverkehr" eingefügt wurde, nicht schon für die Zeit vor dem 1. September 1993 als stillschweigende Voraussetzung in die 1. Alt des § 9 Nr 2 ArbErlaubV hineingelesen werden. Damit vertragen sich - unabhängig vom Wortlaut der Vorschrift - andere Regelungen des § 9 ArbErlaubV nicht, die die Arbeitserlaubnisfreiheit an eine Beschäftigung "bei einem Arbeitgeber mit Sitz im Ausland" knüpfen. So bedurften schon nach § 9 ArbErlaubV idF vom 2. März 1971 ua keiner Arbeitserlaubnis: Personen, die unter Beibehaltung ihres gewöhnlichen Aufenthaltes im Ausland "von ihrem Arbeitgeber mit Sitz im Ausland" im Zusammenhang mit Montage- und Instandhaltungsarbeiten sowie Reparaturen an gelieferten Anlagen und Maschinen beschäftigt wurden, sofern die Dauer der Beschäftigung zwei Monate nicht überstieg (Nr 3); ferner Journalisten, Korrespondenten und Berichterstatter, die "für ihren Arbeitgeber mit Sitz im Ausland" im Geltungsbereich dieser Verordnung tätig wurden und für die Ausübung dieser Tätigkeit vom Presse- und Informationsdienst der Bundesregierung anerkannt waren (Nr 9). Wenn der Verordnungsgeber die Arbeitserlaubnisfreiheit für den Personenkreis der 1. Alt des § 9 Nr 2 ArbErlaubV nicht unter die Voraussetzung der Beschäftigung "bei einem Arbeitgeber mit Sitz im Ausland" gestellt hat, drängt sich der Rückschluß auf, daß er eine solche Einschränkung für nicht notwendig erachtete.

Die Rechtsgeschichte des § 9 Nr 2 ArbErlaubV führt zum selben Ergebnis. Der Verordnungsgeber hat diesen Befreiungstatbestand, wie aufgezeigt, mehrfach, nämlich 1973 und 1976, überarbeitet. Seine Einschränkungen betrafen jeweils die dritte Fallgruppe der 2. Alt des § 9 Nr 2 ArbErlaubV. Eine Modifizierung der 1. Alt des § 9 Nr 2 ArbErlaubV erfolgte erst zum 1. September 1993. Das kann nur in dem Sinne verstanden werden, daß er in der Zeit davor eine entsprechende Einengung für (noch) nicht geboten hielt.

Auch Sinn und Zweck des Arbeitserlaubnisrechts verlangen nicht die von der Beklagten vorgenommene Auslegung der 1. Alt des § 9 Nr 2 ArbErlaubV. Das Arbeitserlaubnisrecht will, wie aus § 19 AFG hervorgeht, den Vorrang deutscher und ihnen gleichgestellter Arbeitnehmer bei der Arbeitsvermittlung sichern (BSGE 43, 153, 160 = SozR 4100 § 19 Nr 2; BSG SozR 4100 § 19 Nrn 5 und 9; BSG SozR 4210 § 2 Nr 9). Ob diese Zielsetzung berührt wird, hängt ua von der jeweiligen konjunkturellen Situation ab. Wenn der Verordnungsgeber die Zeit für eine Einschränkung der Arbeitserlaubnisfreiheit nach § 9 Nr 2 Alt 1 ArbErlaubV erst im September 1993 für gekommen ansah, bewegt sich das innerhalb des ihm vom Gesetzgeber eingeräumten Gestaltungsspielraumes (§ 19 Abs 4 AFG).

Schließlich führt die Auslegung des § 9 Nr 2 ArbErlaubV durch die Beklagte zu rechtlich nicht nachvollziehbaren Ergebnissen: Die Besatzungen von See- und Binnenschiffen wären seit April 1971 ohne Rücksicht auf den Sitz des Arbeitgebers arbeitserlaubnisfrei.



Das fahrende Personal im grenzüberschreitenden Personen-und Güterverkehr, beschäftigt bei einem Arbeitgeber mit Sitz im Ausland, wäre seit April 1971 ebenfalls arbeitserlaubnisfrei; dasselbe Personal, beschäftigt bei einem Arbeitgeber mit Sitz im Inland, wäre (trotz Rechtsänderung im September 1993) hingegen seit April 1971 arbeitserlaubnispflichtig. Eine solche Auslegung ist mit den Grundsätzen der Rechtssicherheit unvereinbar.

Die zum 1. September 1993 eingetretene Rechtsänderung hatte, anders als die Begründung der 10. ÄndV annehmen läßt ("Ausräumung von Unklarheiten") nicht deklaratorische, sondern konstitutive Bedeutung. Allerdings wirkt sich dies nicht auf die polnischen Kraftfahrer aus, deren Arbeitsverhältnis mit der Klägerin schon vor dem 1. September 1993 begründet worden war. Die Klägerin darf diese polnischen Kraftfahrer, auch wenn sie keine Arbeitserlaubnis besitzen, weiterhin beschäftigen. Richtig ist, daß der Verordnungsgeber - anders als für das Flugpersonal - keine dem § 15 Abs 3 ArbErlaubV entsprechende Übergangsregelung geschaffen hat. Eine solche muß der Neuregelung jedoch stillschweigend zugrunde gelegt werden. Nur so ist den grundgesetzlich geschützten Belangen der betroffenen Unternehmen Rechnung getragen, sei es unter dem Gesichtspunkt des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (Art 14 Abs 1 GG; vgl hierzu etwa BVerfG NJW 1992, 36 f mwN), sei es unter dem Blickwinkel des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (BVerfGE 35, 382, 400; Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Komm zum Grundgesetz, Stand Dezember 1992, Art 20 I Rzn 18 und 27 sowie VII Rz 51 mwN).

Anders verhält es sich mit etwaigen polnischen (ausländischen) Kraftfahrern, deren Arbeitsverhältnis bei der Klägerin ab 1. September 1993 begründet worden ist. Sie sind aufgrund der eingetretenen Rechtsänderung arbeitserlaubnispflichtig. Daß die Neuregelung der 1. Alt des § 9 Nr 2 ArbErlaubV insoweit verfassungsrechtlichen Bedenken unterliegen könnte, ist nicht erkennbar.

Damit erweist sich das Urteil des Berufungsgerichts als im Ergebnis zutreffend. Die Folge davon ist, daß die Revision der Beklagten ohne Erfolg bleiben muß.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

