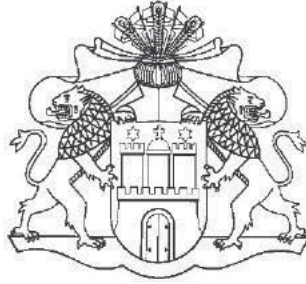


Beglaubigte Abschrift

L 2 AL 17/21
S 14 AL 486/19



Landessozialgericht Hamburg

Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit



Prozessbevollmächtigter:
Rechtsanwälte HK2
Hausvogteiplatz 11 A
10117 Berlin



g e g e n

Bundesagentur für Arbeit



- Beklagte und Berufungsbeklagte -

hat der 2. Senat des Landessozialgerichts Hamburg auf die mündliche Verhandlung vom

Die statthafte (§§ 143, 144 SGG) und auch im Übrigen zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte (§ 151 SGG) Berufung erweist sich als begründet, da die Bescheide vom 3. September 2019 und der gemäß § 96 Abs. 1 SGG zum Gegenstand dieses Rechtsstreits gewordenen Bescheid vom 1. März 2021, mit denen die Beklagte der Klägerin die Erteilung einer Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung versagt hat, rechtswidrig sind und die Klägerin in ihren Rechten verletzen. Das einmalige Fehlverhalten der Klägerin in der Vergangenheit rechtfertigt angesichts der im Übrigen beanstandungsfreien Erfüllung ihrer Berufspflichten nicht die Prognose, sie sei unzuverlässig. Da keine Tatsachen feststehen, die die Prognose der Unzuverlässigkeit der Klägerin rechtfertigen, hat die Klägerin einen Anspruch auf Erteilung der beantragten Erlaubnis.

1. Gemäß § 1 Abs. 1 AÜG ist gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung nur mit Erlaubnis zulässig. Auf der Erteilung der Erlaubnis besteht ein Rechtsanspruch, wenn keine Versagungsgründe vorliegen. Versagungsgründe ergeben sich aus § 3 AÜG. Danach ist die Erlaubnis zu versagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller

1. die für die Ausübung der Tätigkeit nach § 1 AÜG erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt, insbesondere weil er die Vorschriften des Sozialversicherungsrechts, über die Einbehaltung und Abführung der Lohnsteuer, über die Arbeitsvermittlung, über die Anwerbung im Ausland, die Ausländerbeschäftigung, über die Arbeitserlaubnis, die Vorschriften des Arbeitsschutzrechts oder die arbeitsrechtlichen Pflichten nicht einhält;
2. nach der Gestaltung seiner Betriebsorganisation nicht in der Lage ist, die üblichen Arbeitgeberpflichten ordnungsgemäß zu erfüllen;
3. dem Leiharbeiter die ihm nach § 8 AÜG zustehenden Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts nicht gewährt.

§ 3 Abs. 1 AÜG zählt nur Beispielsfälle für die mangelnde Zuverlässigkeit für die Ausübung der Tätigkeit nach § 1 AÜG auf („insbesondere“). Zur Auslegung ist auch der Zweck der Vorschrift heranzuziehen. Zweck der präventiven Zugangsschranke ist es, im Interesse der Sicherheit des sozialen Schutzes der Leiharbeiter unzuverlässige Verleiher aus dem Bereich der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung auszuschneiden (BT/Drs. VI/2303, S. 9 und S. 11).

2. Der Versagungsgrund der Unzuverlässigkeit stellt einen gerichtlich nachprüfaren unbestimmten Rechtsbegriff dar (vgl. BSG, Urteil vom 6. Februar 1992 – 7 RAr 140/90, SozR 3-7815 Art 1 § 3 Nr. 3). Maßgebend ist hierbei eine Prognose für die Zukunft, also ein aus den vorhandenen tatsächlichen Umständen der Vergangenheit und der Gegenwart gezogener Schluss auf ein wahrscheinliches zukünftiges Verhalten der Antragstellerin (vgl. BSG, Urteil vom 6. Februar 1992, a. a. O.). Maßgebender Zeitpunkt für die Prüfung der Sach- und

Rechtslage ist hinsichtlich des Verpflichtungsbegehrens im Hauptsacheverfahren der Schluss der mündlichen Verhandlung in der letzten Tatsacheninstanz (Berufungsinstanz). Führt die Prognose zu keinem klaren Ergebnis, geht dies zu Lasten der Erlaubnisbehörde (vgl. BSG, Urteil vom 6. Februar 1992, a. a. O.). Zu berücksichtigen ist, dass bei der Erlaubnisprüfung und -versagung zu Gunsten der Behörde eine Beweiserleichterung gilt; sie muss – in einem Klageverfahren – nicht das Vorliegen des Versagungsgrundes selbst beweisen, sondern nur die Tatsachen dartun, die eine solche Annahme rechtfertigen ("wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen"; vgl. Wank, a. a. O., § 3 AÜG Rdnr. 3; Schüren/Hamann, a. a. O., § 3 AÜG Rn. 44).

3. Im Streitfall ist der Vorfall, aus dem die Klägerin den Versagungsgrund ableitet, unstrittig. Die genauen Umstände, wie es dazu kam, dass die Klägerin, den Verlängerungsantrag seinerzeit nicht abgab, sind aber ungeklärt und lassen sich auch nicht mehr vollständig aufklären. Während die Klägerin angibt, ihr Geschäftsführer habe den Antrag unterzeichnet und er sei dann durch ein Büroversehen nicht abgeschickt worden, ist die Beklagte wegen der Begründung des Antrages vom 18. Juni 2018 überzeugt, dass die Klägerin bewusst keinen Verlängerungsantrag gestellt hat und sehenden Auges trotzdem die Verleihätigkeit weitergeführt hat. Dagegen spricht jedoch, dass kein Grund erkennbar ist, weshalb die Klägerin, die vor und nach diesem „erlaubnislosen“ Jahr stets eine Erlaubnis beantragt und erhalten hatte, dies bewusst unter Inkaufnahme eines hohen Risikos unterlassen haben sollte. Der Senat geht deshalb nicht davon aus, dass die Klägerin die Erlaubnis bewusst, also vorsätzlich, nicht hat verlängern lassen. Dafür ist auch das erst im Rahmen der Betriebsprüfung eingestandene Versäumnis kein stichhaltiges Indiz. Eher ist anzunehmen, dass auch der Klägerin der Fehler erst in diesem Zusammenhang auffiel.

Der Beklagten ist zuzugeben, dass die Arbeitnehmerüberlassung ohne Erlaubnis an sich eine schwerwiegende Pflichtverletzung darstellt. Gesetzesverstöße im Sinne von § 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG führen grundsätzlich zur Annahme der Unzuverlässigkeit des Verleihers, wenn sie sich gegen Kernpflichten richten, die dem Verleiher gegenüber den Leiharbeitnehmern obliegen. Ein solches Verhalten lässt befürchten, dass er sein Gewerbe nicht in Einklang mit den bestehenden rechtlichen Vorschriften ausüben wird. Zwar trifft es zu, dass sowohl der Überlassungsvertrag zwischen Ver- und Entleiher als auch der Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und Arbeitnehmer unwirksam sind (§ 9 Nr. 1 AÜG). Der Leiharbeitnehmer ist aber gleichwohl nicht schutzlos, da auch in diesem Fall nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer als zustande gekommen fingiert wird.

Im Streitfall ist zudem von Bedeutung, dass sich die Klägerin nicht in bedenkenloser Weise über die Erlaubnispflicht hinweggesetzt, sondern es lediglich in einem Jahr versäumt hat, die bereits erteilte Erlaubnis verlängern zu lassen. Während bewusste Pflichtverstöße als Indiz für die Wiederholungsgefahr berücksichtigt werden können, kommt einmaligen fahrlässigen Verstößen eine solche Indizwirkung nicht zu. Da die Erlaubnispflicht dem Schutz der Leiharbeitnehmer dient, kommt es für die Prognose der Unzuverlässigkeit maßgebend und vor allem darauf an, ob der Sozialversicherungsschutz sowie Sicherung von Kündigungsschutz, Lohn- und Urlaubsansprüchen gewährleistet sind. Zum Kernbereich zählen die Vergütung, Ansprüche auf Erholungsurlaub und sonstige Ansprüche auf geldwerte Leistungen. Verhaltensweisen der Klägerin, die dies in Frage stellen, sind jedoch nicht bekannt geworden. Wenn der soziale Schutz der Leiharbeitnehmer in keiner Weise gefährdet wird, wird man in der Regel bei einer einmaligen Verletzung der Pflichten des Verleiharbeitgebers eine Versagung der Erlaubnis nicht rechtfertigen können (vgl. LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 27. Juni 2018 – L 7 AL 22/18 B ER, juris; Wank, a. a. O. § 3 AÜG Rn. 2 ff.). So liegt es auch im Streitfall. Eine Gefährdung des Sozialschutzes der verliehenen Arbeitnehmer hat die Klägerin – abgesehen von der Folge der fehlenden Erlaubnis in der Zeit vom September 2017 bis September 2018 – nicht vorgetragen, sie ist auch sonst nicht ersichtlich. Insoweit kommt auch den von der Klägerin vorgelegten elf Unbedenklichkeitsbescheinigungen der Finanzverwaltung und verschiedenen Sozialversicherungsträgern aus der Zeit zwischen 2017 und 2021 Bedeutung zu

4. Für die Frage der Zuverlässigkeit ist auch nicht allein auf den Zeitpunkt der erstmaligen Antragstellung abzustellen. Der Erlaubnisantrag gilt vielmehr bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Erlaubnis, gegebenenfalls auch in einem gerichtlichen Verfahren, als fortlaufend gestellt. Für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage durch das Gericht kommt es bei der vorliegenden Verpflichtungsklage auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung an (vgl. BSG, Urteil vom 15. März 1995 – 6 RKa 23/94, BSGE 76 59). Da abgesehen von der erlaubnislosen Arbeitnehmerüberlassung im Jahr 2017/2018 kein Fehlverhalten der Klägerin bekannt geworden ist, hat die Berufung Erfolg, da die Klägerin Anspruch auf die beantragte Erlaubnis hat.

5. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 197a Abs. 1 SGG in Verbindung mit § 154 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsordnung. Gründe, die Revision gemäß § 160 Abs. 2 SGG zuzulassen, liegen nicht vor.