

L 1 AL 158/10 B ER

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
LSG Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
1
1. Instanz
SG Düsseldorf (NRW)
Aktenzeichen
S 13 AL 388/10 ER
Datum
17.05.2010
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 1 AL 158/10 B ER
Datum
02.07.2010
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Beschluss

Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Sozialgerichts Düsseldorf vom 17.05.2010 geändert. Die Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, die Auflage im Bescheid vom 10.11.2009 um folgenden Satz zu ergänzen: "Diese Pflicht entfällt, wenn ein Leiharbeitnehmer eingesetzt wird, der keiner Arbeitsgenehmigung bedarf." Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen. Die Antragsgegnerin hat 1/5 der Kosten der Antragstellerin in beiden Rechtszügen zu erstatten.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin wendet sich im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gegen eine mit einer Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung verbundenen Auflage.

Die Antragstellerin hat ihren Geschäftssitz in L/Polen. Der "Vorstandspräsident" M L ist polnischer Staatsangehöriger. Die Antragstellerin ist in Polen als Arbeitsvermittlungsagentur tätig.

Am 30.07.2009 beantragte die Antragstellerin bei der Antragsgegnerin die Erteilung der Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung. Sie fügte u. a. ein Muster einer "Zusatzvereinbarung" zu einem Arbeitsvertrag bei, aufgrund dessen ein Arbeitnehmer der Antragstellerin anderen Firmen zur Arbeitsleistung überlassen wird und sich verpflichtet, Leistungen innerhalb der Bundesrepublik Deutschland zu erbringen (Leiharbeitnehmervereinbarung). Weiterhin fügte sie ein Muster eines "Arbeitnehmerüberlassungsvertrages" bei, aufgrund dessen die Antragstellerin (Verleiher) sich verpflichtet, dem Entleiher Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung zu überlassen.

Nachdem die Antragsgegnerin einige Anmerkungen zu diesen Verträgen gemacht hatte, die von der Antragstellerin umgesetzt worden sind, erteilte die Antragsgegnerin mit Bescheid vom 10.11.2009 der Antragstellerin die Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung für die Dauer eines Jahres gerechnet vom Tage nach der Zustellung. Die Antragsgegnerin verband die Erlaubnis mit folgender Auflage:

"Solange die Freizügigkeit der Arbeitnehmer aus den EU-Beitrittsländern eingeschränkt ist, haben Sie in den Personalakten Nachweise aufzunehmen, dass ein in der Bundesrepublik Deutschland eingesetzter Leiharbeitnehmer

- Deutscher im Sinne des Artikels [116](#) Grundgesetz oder
- Staatsangehöriger eines bisherigen Mitgliedslandes der EU ist oder
- einen Aufenthaltstitel nach [§ 4 Abs. 3](#) des Aufenthaltsgesetzes, eine Aufenthaltsgestattung oder eine Duldung, die zur Ausübung der Beschäftigung berechtigt oder eine Genehmigung nach [§ 284 Abs. 1](#) des Dritten Buches Sozialgesetzbuch besitzt."

Die Antragsgegnerin stützte die Auflage auf [§ 2 Abs. 2 AÜG](#). Hiernach könne die Erlaubnis mit Auflagen verbunden werden, um sicher zu stellen, dass keine Tatsachen eintreten, die nach [§ 3 AÜG](#) die Versagung der Erlaubnis rechtfertigen. Die Erlaubnis sei nach [§ 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG](#) zu versagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die für die Ausübung der Tätigkeit nach [§ 1 AÜG](#) erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt, weil er u. a. die Vorschriften über die Ausländerbeschäftigung nicht einhält. Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer aus den EU-Beitrittsländern sei eingeschränkt. Daher könnten nur Arbeitnehmer, die

- die deutsche Staatsangehörigkeit,

- die Staatsangehörigkeit eines bisherigen EU-Mitgliedslandes,
- einen Aufenthaltstitel nach [§ 4 Abs. 3](#) des Aufenthaltsgesetzes,
- eine Aufenthaltsgestattung,
- eine Duldung, die zur Ausübung der Beschäftigung berechtigt oder
- eine Genehmigung nach [§ 284 Abs. 1](#) des Dritten Buches Sozialgesetzbuch besitzen

als Leiharbeitnehmer in Deutschland tätig werden. Hieraus ergebe sich die in der Auflage ausgesprochene Dokumentationspflicht.

Im Widerspruchsverfahren meinte die Antragstellerin, die Auflage sei mit der in [Art. 49 EG](#) garantierten Dienstleistungsfreiheit nicht vereinbar. Die von der Antragstellerin beabsichtigte Tätigkeit sei in europarechtlicher Hinsicht nicht dem Recht der Freizügigkeit der Arbeitnehmer, sondern der Dienstleistungsfreiheit zuzuordnen. Jedenfalls sei die angegriffene Auflage mit dem Zusatz "diese Pflicht entfällt, wenn der Leiharbeitnehmer in einem Tätigkeitsbereich eingesetzt wird, für den nach der Beitrittsakte keine Einschränkungen bestehen und der Arbeitnehmer keine Arbeitsgenehmigung nach [§ 284 Abs. 1 SGB III](#) bedarf" zu versehen. Die Antragstellerin legte zwei Arbeitnehmerüberlassungsverträge (vom 16.10.2009 und vom 20.10.2009) vor, wonach die Arbeitnehmer Aushilfsarbeiten in Gärtnereibetrieben verrichten sollen. Die Arbeitnehmer sollten damit in Dienstleistungssektoren tätig werden, die im Anhang XII zur Beitrittsakte-Polen (Liste nach Art. 24 der Beitrittsakte) nicht erwähnt würden. Hieraus ergebe sich ein Anspruch auf Entfernung der Auflage. Zudem habe die Antragsgegnerin in ähnlich gelagerten Verfahren Erlaubnisse ohne eine entsprechende Auflage erteilt. Den hilfsweise geltend gemachten Zusatz habe die Antragsgegnerin in einem ähnlich gelagerten Sachverhalt im Verfahren SG Düsseldorf S 25 AL 258/06 vergleichsweise anerkannt.

Mit Bescheid vom 14.12.2009 wies die Antragsgegnerin den Widerspruch zurück. Die Befugnis zur Erteilung der Auflage ergebe sich aus den Einschränkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit im Verhältnis zu Polen aufgrund der Beitrittsakte. Die Dienstleistungsfreiheit gemäß [Art. 49 EG](#) werde hierdurch nicht eingeschränkt.

Gegen diese Entscheidung hat die Antragstellerin am 06.01.2010 Klage erhoben, die noch anhängig ist. Die Antragstellerin meint weiterhin, die Auflage stelle einen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit nach [Art. 49 EG](#) dar. Da die Dienstleistungssektoren, in denen sie tätig werden wolle, in Art. 24 der Beitrittsakte i. V. m. Anhang XII Kapitel 2 Nr. 13 nicht genannt seien, habe sie die Befugnis, die beantragte Arbeitnehmerüberlassung ohne die einschränkende Auflage auszuüben. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit im Sinne von [Art. 39 EG](#) sei nicht betroffen, weshalb die in diesem Zusammenhang bestehenden Einschränkungen im Verhältnis zur Republik Polen nicht griffen. Die Antragstellerin hat Vereinbarungen vorgelegt, aufgrund derer die Arbeitnehmerüberlassungen bis zum 31.05.2010 dauern sollten.

Am 25.03.2010 hat die Antragstellerin beantragt,

die aufschiebende Wirkung der Klage gegen die genannte Auflage anzuordnen, hilfsweise im Wege der einstweiligen Anordnung die Auflage um den folgenden Zusatz zu ergänzen: "Diese Pflicht entfällt, wenn der Leiharbeitnehmer in einem Tätigkeitsbereich eingesetzt wird, für den nach der Beitrittsakte keine Einschränkungen bestehen und der Arbeitnehmer keine Arbeitsgenehmigung nach [§ 284 Abs. 1 SGB III](#) bedarf".

Die Antragsgegnerin ist dem Antrag entgegengetreten. Sie meint, die Befugnis zur Erteilung der Auflage ergebe sich aus der Einschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit nach der Beitrittsakte.

Mit Beschluss vom 17.05.2010 hat das Sozialgericht Düsseldorf den Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes abgelehnt. Es hat zusammengefasst ausgeführt, die Dienstleistungsfreiheit sei im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung durch die Einschränkungen der Freizügigkeit der Arbeitnehmer überlagert, so dass Leiharbeitnehmer aus den EU-Beitrittsstaaten trotz der Dienstleistungsfreiheit der Verleiher eine Arbeitsgenehmigung benötigen. Der Einsatz polnischer Arbeitnehmer als Leiharbeitnehmer sei gemäß [§ 6 Abs. 1 Nr. 2](#) Arbeitsgenehmigungsverordnung (ArGV) sowohl für deutsche als auch für polnische Arbeitnehmerüberlasser unzulässig. Der Hilfsantrag sei unbegründet, weil ein Anwendungsbereich für den von der Antragstellerin begehrten Zusatz für das Gericht nicht erkennbar sei.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die am 25.05.2010 erhobene Beschwerde, mit der die Antragstellerin die Aufhebung des Beschlusses des Sozialgerichts Düsseldorf vom 17.05.2010 und Entscheidung nach den erstinstanzlich gestellten Anträgen begehrt. Die Antragsgegnerin ist der Beschwerde entgegengetreten. Die Beteiligten berufen sich auf ihr bisheriges Vorbringen, die Antragstellerin hat weitere Verlängerungen der Arbeitnehmerüberlassungsverträge bis zum 31.08.2010 vorgelegt.

II.

Die Beschwerde ist zulässig, nicht aber begründet.

Der (Haupt)Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen die Auflage ist statthaft. Die Antragstellerin hat am 06.01.2010 gegen die Auflage Anfechtungsklage erhoben. Die Auflage ist gemäß [§ 32 Abs. 2 Nr. 4 SGB X](#) eine selbständig anfechtbare Nebenbestimmung zu einem Verwaltungsakt - hier der Erteilung der Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung. Zwar handelt es sich bei der Entscheidung darüber, ob die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung mit einer Auflage verbunden wird, gem. [§ 2 Abs. 2 S. 1 AÜG](#) um eine Ermessensentscheidung. Bei Ermessensentscheidungen ist eine selbständige Anfechtung der Auflage ausgeschlossen, wenn sich das Ermessen auf die Gesamtregelung bezieht und durch eine isolierte Anfechtung der Auflage unzulässigerweise in den Ermessensspielraum eingegriffen würde (Engelmann, in: von Wulffen, SGB X, 6. Aufl., § 32 Rnr. 35 m.w.N.). Die Entscheidung über die Erteilung der Arbeitserlaubnis selbst ist indes keine Ermessensentscheidung ([§ 1 Abs. 1 AÜG](#)), so dass durch eine isolierte Aufhebung der Auflage nicht in den Ermessensspielraum der Antragsgegnerin eingegriffen würde.

Gemäß [§ 86 a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) haben Widerspruch und Anfechtungsklage grundsätzlich aufschiebende Wirkung. Die aufschiebende Wirkung entfällt gemäß [§ 86 a Abs. 4 SGG](#), wenn eine Erlaubnis nach [Art. 1 § 1 AÜG](#) aufgehoben oder nicht verlängert wird. Wie das Sozialgericht zutreffend ausgeführt hat, fällt auch die Anfechtung einer mit der Erteilung der Erlaubnis verbundenen einschränkenden Auflage unter den Anwendungsbereich dieser Vorschrift. Die Anfechtungsklage hat damit keine aufschiebende Wirkung, weshalb sich der

einstweilige Rechtsschutz nach [§ 86 b Abs. 1 Nr. 2 SGG](#) richtet und die Antragstellerin zutreffend beantragt hat, die aufschiebende Wirkung der Klage anzuordnen.

Grundlage der gerichtlichen Entscheidung über den Antrag ist eine Abwägung des Vollzugsinteresses mit dem Interesse an der aufschiebenden Wirkung des Rechtsbehelfs. Maßgeblich sind in erster Linie die Erfolgsaussichten eines Hauptsacheverfahrens. Ist die Anfechtungsklage voraussichtlich erfolgreich, überwiegt grundsätzlich das Aussetzungsinteresse, stellt sich der angefochtene Verwaltungsakt hingegen als voraussichtlich rechtmäßig dar, überwiegt in der Regel das Vollzugsinteresse (allgemeine Meinung, vergl. nur Keller, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 9. Aufl., § 86b Rnr. 12e). Ergänzend - insbesondere wenn die Erfolgsaussichten des Hauptsacheverfahrens nicht mit hinreichender Sicherheit beurteilt werden können - ist eine Folgenabwägung vorzunehmen, wobei die grundrechtlichen Belange des Antragstellers umfassend in die Abwägung einzustellen sind (LSG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 30.5.2005, [L 5 ER 17/05 KA](#); Wehrhahn, in: Breikreuz/Fichte, SGG, § 86 b Rdnr. 41, 42, 48). Zu berücksichtigen ist hierbei auch, dass der Gesetzgeber mit der Regelung des [§ 86 a Abs. 4 SGG](#) eine Grundsatzentscheidung zu Gunsten des Vollzugsinteresses getroffen hat, so dass dem Gesetz ein Regel-Ausnahmeverhältnis zugunsten des Vollzugsinteresses zu entnehmen ist. Die Anordnung der aufschiebenden Wirkung muss in diesen Fällen eine mit gewichtigen Argumenten zu begründende Ausnahme bleiben (SG Dresden, Beschluss vom 15.7.2002 - [S 11 KA 594/02 ER](#); Keller, in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 9. Aufl., § 86b Rnr. 12 c).

Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe hat das Sozialgericht den Antrag zu Recht abgelehnt. Es ist weder anzunehmen, dass die erteilte Auflage rechtswidrig ist und die Hauptsacheklage voraussichtlich erfolgreich sein wird, noch führt die allgemeine Folgenabwägung bei Berücksichtigung der Entscheidung des Gesetzgebers zum Vorrang des Vollzugsinteresses dazu, die Erlaubnis vorläufig ohne die angegriffene Auflage zu erlassen.

Rechtsgrundlage für die Auflage ist [§ 2 Abs. 2 AÜG](#). Die Antragstellerin beabsichtigt, als Verleiher Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung zu überlassen. Diese Tätigkeit bedarf gemäß [§ 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG](#) der Erlaubnis durch die Antragsgegnerin ([§ 17 Satz 1 AÜG](#)). Gemäß [§ 2 Abs. 2 Satz 1 AÜG](#) kann die Erlaubnis unter Bedingungen erteilt und mit Auflagen verbunden werden, um sicherzustellen, dass keine Tatsachen eintreten, die nach [§ 3 AÜG](#) die Versagung der Erlaubnis rechtfertigen. Die Erlaubnis ist gem. [§ 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG](#) zu versagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die für die Ausübung der Tätigkeit erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt, insbesondere weil er (u. a.) die Vorschriften über die Ausländerbeschäftigung nicht einhält.

Ohne die von der Antragsgegnerin erteilte Auflage - modifiziert durch die Entscheidung zum Hilfsantrag (s.u.) - ist eine Verletzung von Vorschriften über die Ausländerbeschäftigung zu befürchten:

Gemäß [§ 284 Abs. 1 SGB III](#) dürfen polnische Staatsangehörige eine Beschäftigung nur mit Genehmigung der Bundesagentur für Arbeit ausüben und von Arbeitgebern nur beschäftigt werden, wenn sie eine solche Genehmigung besitzen, soweit nach Maßgabe des EU-Beitrittsvertrages abweichende Regelungen als Übergangsregelung der Arbeitnehmerfreizügigkeit Anwendung finden.

Die Vorschrift ist auch für Arbeitnehmer eines ausländischen (polnischen) Arbeitgebers anwendbar, die in der Bundesrepublik Deutschland als Leiharbeitnehmer tätig werden wollen. Die Genehmigungspflicht erfasst - bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen - Tätigkeiten, die im Territorium der Bundesrepublik Deutschland ausgeübt werden, der Sitz des Arbeitgebers ist insoweit unbeachtlich. Dies ergibt sich aus [§ 9 ArGV](#). Nach dieser Vorschrift bedürfen Personen, die unter Beibehaltung ihres gewöhnlichen Aufenthaltes im Ausland von ihrem Arbeitgeber mit Sitz im Ausland in das Inland entsandt werden, nur unter bestimmten Voraussetzungen keiner Arbeitsgenehmigung. Grundsätzlich gilt damit hinsichtlich der Genehmigungspflicht das Territorialitätsprinzip (vergl. hierzu auch BSG, Urteil vom 29.4.2004 - [B 11 AL 3/04 R](#)).

Die in [§ 284 SGB III](#) geregelte Einschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit ([Art. 45 AEUV](#), vormals [Art. 39 EG](#)) für polnische Arbeitnehmer ist zulässig. Sie findet ihre Rechtsgrundlage in Art. 24 der Beitrittsakte i. V. m. Anhang XII (Polen) Nr. 2, 3, 5, (Amtsblatt der Europäischen Union vom 23.09.2003 S. 875 ff.). Hiernach galt während einer zweijährigen Übergangsfrist keine gemeinschaftsrechtliche Arbeitnehmerfreizügigkeit für polnische Arbeitnehmer (Nr. 2, erste Phase). Für die Zeit ab dem 01.05.2006 waren Staaten, die für drei Jahre weiterhin den Übergangsbestimmungen entsprechende Beschränkungen aufrechterhalten wollten, verpflichtet, die EU-Kommission von diesem Sachverhalt zu unterrichten, wovon die deutsche Regierung Gebrauch gemacht hat (Nr. 3, zweite Phase). Sollten die Beschränkungen danach noch für weitere zwei Jahre - also bis zum 30.04.2011 - fortbestehen (Nr. 5, dritte Phase), bedurfte es einer weiteren förmlichen Meldung durch die Bundesregierung. Auch diese ist abgegeben worden (Mitteilung der Bundesrepublik Deutschland an die Kommission vom 23.4.2009, BAnz 2009, 1573), so dass die volle Arbeitnehmerfreizügigkeit für polnische Arbeitnehmer erst ab dem 01.05.2011 gilt (zur Rechtsentwicklung näher Düe, in: Niesel/Brand, SGB III, 5. Auflage, § 284 Rdnr. 4, 5; Söhngen, in: Eicher/Schlegel, SGB III, § 284 Rnr. 31). Der Senat hat im einstweiligen Rechtsschutzverfahren jedenfalls unter Berücksichtigung des grundsätzlich vorrangigen Vollzugsinteresses keinen Zweifel daran, dass die in der dritten Phase von der Bundesregierung nach Anlage XII Nr. 5 zu Art. 24 der Beitrittsakte darzulegende schwerwiegende Störung des Arbeitsmarktes bzw. eine entsprechende Gefahr gegeben ist. Die von der Bundesregierung mit Unterstützung der Gewerkschaften und von Arbeitgeberverbänden zur Begründung angeführte Störung insbesondere im Bereich der Langzeitarbeitslosen und der gering Qualifizierten sowie im Osten Deutschlands ist plausibel und jedenfalls für das Eilverfahren ausreichend. Eine Vorlage an den EuGH nach [Art. 234 EG](#) (diese anregend Söhngen, in: Eicher/Schlegel, SGB III, § 284 Rnr. 31) ist daher im Eilverfahren nicht geboten und bleibt allenfalls einem Hauptsacheverfahren vorbehalten.

Die Antragstellerin kann sich nicht mit Erfolg auf die Dienstleistungsfreiheit ([Art. 46 AEUV](#), vormals [Art. 49 EG](#)) berufen. Richtig ist allerdings, dass sich die Antragstellerin als Unternehmen hinsichtlich der Ausübung ihrer gewerblichen Tätigkeit auf die Dienstleistungsfreiheit stützen kann. Die Dienstleistungsfreiheit erstreckt sich gem. [Art. 47 AEUV](#) (vormals 50 EG) auf das Erbringen von Leistungen in der Regel gegen Entgelt, insbesondere auf gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche und freiberufliche Tätigkeiten. Die Tätigkeit der Antragstellerin als Unternehmen der Arbeitnehmerüberlassung stellt eine gewerbliche Tätigkeit in diesem Sinne dar. Die Dienstleistungsfreiheit umfasst nach der Rechtsprechung des EuGH grundsätzlich auch das Recht des Dienstleistungserbringers, zur Durchführung der Dienstleistung eigene Arbeitnehmer zu entsenden (EuGH, Urteil vom 9.8.1994 - [C 43/93](#) - Rechtssache Vander Elst; Urteil vom 21.10.2004 - [C 445/03](#)). Gemäß Anhang XII Nr. 13 zu Art. 24 der Beitrittsakte ist die Dienstleistungsfreiheit nur in bestimmten Dienstleistungssektoren (Baugewerbe einschließlich der verwandten Wirtschaftszweige, Reinigung von Gebäuden, Inventar und Verkehrsmitteln, Innendekoration), in denen weder

die Antragstellerin noch die Entleiher tätig werden wollen, in Deutschland eingeschränkt. Grenzüberschreitende Tätigkeiten in anderen Dienstleistungsbereichen sind demgegenüber von der Dienstleistungsfreiheit umfasst. Für im Rahmen von Werkverträgen eingesetzte Arbeitnehmer besteht damit in diesen Bereichen Freizügigkeit (Christen, BArbBl 2004, Heft 3 S. 10).

Dieser Umstand führt jedoch nicht zu einer Bejahung der überwiegenden Erfolgsaussichten des Klageverfahrens. Denn zutreffend hat bereits das Sozialgericht ausgeführt, dass die Dienstleistungsfreiheit im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung durch die Einschränkungen der Freizügigkeit der Arbeitnehmer überlagert wird, so dass Arbeitnehmer aus den EU-Beitrittsstaaten auch bei Tätigkeiten im Rahmen eines Leiharbeitsverhältnisses trotz der Dienstleistungsfreiheit ihres Arbeitgebers (Verleihers) eine Arbeitsgenehmigung benötigen und den Regelungen über die Arbeitsgenehmigung unterliegen (so im Ergebnis auch Christen, BArbBl. 2004, Heft 3, S. 8). Andernfalls wären die einschränkenden Regelungen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit dadurch leicht zu unterlaufen, dass die Arbeitnehmer als Leiharbeitnehmer eingesetzt werden. Insofern unterscheidet sich die Situation im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung grundlegend von der Tätigkeit im Rahmen von Werkverträgen. Während bei der Tätigkeit von Arbeitnehmern im Rahmen von Werkverträgen bei der Zuordnung zu den europarechtlich gewährleisteten Grundfreiheiten (Dienstleistungsfreiheit oder Arbeitnehmerfreizügigkeit) der eigentliche Unternehmenszweck - Errichtung des Werkes - im Vordergrund steht und der Einsatz der Arbeitnehmer eine der Zweckerreichung nur dienende Funktion hat, ist bei Arbeitnehmerüberlassungen der Einsatz der Arbeitnehmer der eigentliche Unternehmenszweck. Unter Berücksichtigung des grundsätzlich vorrangigen Vollzugsinteresses sieht der Senat auch unter dem Gesichtspunkt der allgemeinen Folgenabwägung unter Berücksichtigung der Belange der Antragstellerin im einstweiligen Rechtsschutzverfahren damit keine ausreichende Grundlage für die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen die von der Antragsgegnerin erteilte Auflage.

Die Beschwerde ist jedoch im Hilfsantrag teilweise begründet. Insoweit hat die Antragstellerin zutreffend einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach [§ 86 b Abs. 2 SGG](#) gestellt. Soweit ein Fall des [§ 86 b Abs. 1 SGG](#) (Anfechtungssachen) nicht vorliegt, kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis treffen, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint ([§ 86 b Abs. 2 S. 2 SGG](#)). Erforderlich sind ein Anordnungsanspruch und ein Anordnungsgrund. Ein Anordnungsanspruch ist gegeben, wenn glaubhaft gemacht wird ([§ 86 b Abs. 2 S. 4 SGG](#) i. V. m. [§ 920 Abs. 2 ZPO](#)), dass der geltend gemachte Anspruch materiell-rechtlich besteht. Dies ist vorliegend der Fall. Die Auflage der Antragsgegnerin geht (u.a.) dahin, dass die Antragstellerin sicherzustellen hat, dass der Leiharbeitnehmer eine Genehmigung nach [§ 284 Abs. 1 SGB III](#) besitzt. Zur Einhaltung der Vorschriften über die Ausländerbeschäftigung i.S.d. [§§ 2 Abs. 2, 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG](#) genügt es hingegen sicherzustellen, dass - neben den in der erteilten Auflage genannten Arbeitnehmern - nur Arbeitnehmer eingesetzt werden, die keiner Arbeitsgenehmigung bedürfen. Damit ist die Antragstellerin beispielsweise befugt, Personen einzusetzen, die nach § 9 ArGV eine arbeitsgenehmigungsfreie Beschäftigung ausüben wollen. Insoweit besteht auch ein Anordnungsgrund im Sinne der besonderen Eilbedürftigkeit der Entscheidung, denn die Antragstellerin will aktuell eine gewerbliche Tätigkeit entfalten. Hierbei hat der Senat berücksichtigt, dass die Antragstellerin der Sache nach die Einschränkung einer erteilten Auflage begehrt, weshalb die Anforderungen an die Eilbedürftigkeit im Ergebnis nicht über die Kriterien hinausgehen dürfen, die bei der Entscheidung über die Aussetzung der Vollziehung der Auflage angewandt worden sind.

Die Erwähnung eines "Tätigkeitsbereichs, für den nach der Beitrittsakte keine Einschränkung besteht" kann die Antragstellerin hingegen nicht beanspruchen. Für die Zulässigkeit der Beschäftigung von ausländischen Arbeitnehmern ist allein die Frage relevant, ob eine Arbeitsgenehmigung nach [§ 284 Abs. 1 SGB III](#) benötigt wird. Wie bereits dargelegt worden ist, sind zudem für Inhalt und Umfang der Auflage nicht die Vorschriften über die Dienstleistungsfreiheit, sondern die Vorschriften über die Arbeitnehmerfreizügigkeit einschlägig.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§§ 197 a Abs. 1 SGG, 155 Abs. 1 S. 1 VwGO](#) und berücksichtigt, dass die Antragstellerin nur zu einem geringen Teil erfolgreich war.

Dieser Beschluss ist nicht mit der Beschwerde an das Bundessozialgericht anfechtbar ([§ 177 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2010-07-14