

L 2 AL 18/18

Land
Hamburg
Sozialgericht
LSG Hamburg
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung

Abteilung

2

1. Instanz

SG Hamburg (HAM)

Aktenzeichen

S 14 AL 586/15

Datum

31.01.2018

2. Instanz

LSG Hamburg

Aktenzeichen

L 2 AL 18/18

Datum

30.01.2019

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

1. Die Berufung wird zurückgewiesen. 2. Die Klägerin trägt auch die Kosten des Berufungsverfahrens. 3. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Klägerin begehrt die Erteilung einer unbefristeten Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung nach [§ 2 Abs. 5 Satz 1](#) Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG).

Die Klägerin betreibt eine Eventagentur im Bereich der Planung, Organisation und Durchführung von Veranstaltungen, eine Vermittlung von Künstlern und Hostessen, Catering, Gebäudemanagement sowie einen Wach- und Sicherheitservice. Im Veranstaltungsbereich überlässt sie gewerbsmäßig Arbeitnehmer. Eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung wurde ihr erstmals durch Bescheid der Beklagten vom 19. Mai 2003 für ein Jahr erteilt und seither jeweils befristet für ein Jahr verlängert.

Mit Schreiben vom 17. Februar 2015 beantragte die Klägerin bei der Beklagten die Erteilung einer unbefristeten Erlaubnis. Zum damaligen Zeitpunkt waren von 437 Arbeitnehmern 38 Leiharbeiter.

Die Beklagte erteilte nach Durchführung einer örtlichen Betriebsprüfung am 28. April 2015 erneut lediglich eine für ein Jahr befristete, bis zum 26. Mai 2016 geltende Erlaubnis und lehnte den darüber hinausgehenden Antrag ab (Bescheid vom 26. Mai 2015). Eine unbefristete Erlaubnis werde regelmäßig nur dann erteilt, wenn die Erlaubnisbehörde nach einer mindestens dreijährigen ordnungsgemäßen Geschäftstätigkeit des Verleihers zu der Überzeugung komme, dass das Gesamtbild der bisherigen Geschäftstätigkeit des Antragstellers die Gewähr dafür biete, dass er sich künftig als Verleiher gesetzestreu verhalte und seine Arbeitgeberpflichten zuverlässig erfülle. Eine solche Prognose sei im Fall der Klägerin zurzeit nicht möglich. Es seien – wie in der Vergangenheit auch – erneut Verstöße festgestellt worden, wobei grundsätzlich auch geringe Verstöße gegen die maßgeblichen Vorschriften des AÜG während der bisherigen Geschäftstätigkeit gegen die Erteilung einer unbefristeten Erlaubnis sprächen. In beispielhaft genannten Arbeitsverträgen fehlten nach [§ 11 Abs. 1 AÜG](#) i.V.m. [§ 2 Abs. 1 Nachweisgesetz](#) (NachwG) erforderliche Angaben zur – neben der damals erteilenden (Regionaldirektion Nord der Beklagten) – tatsächlichen (Agentur für Arbeit Kiel) Erlaubnisbehörde ([§ 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AÜG](#)) sowie zu Art und Höhe der Leistungen für Nichtverleihzeiten (Garantielohnklausel, [§ 11 Abs. 1 Nr. 2 AÜG](#)). Im Arbeitsvertrag werde eine wöchentliche Arbeitszeit vereinbart, obwohl ausgehend von der eventuellen Anwendbarkeit des Tarifvertrages der Zeitarbeit (s. damals noch laufender Rechtsstreit [S 17 AL 24/11](#) (Sozialgericht Hamburg) = [L 2 AL 64/13](#) (Landessozialgericht Hamburg) = [B 11 AL 6/15 R](#) (Bundessozialgericht, BSG), mit Blick auf den im Bescheid vom 26. Mai 2015 auch eine Auflage erteilt wurde) eine monatliche Arbeitszeit zu vereinbaren wäre. Teilweise sei bei einigen Mitarbeitern vor Beginn der Beschäftigung eine "Rahmenvereinbarung" geschlossen worden, welche bestimmte Inhalte eines Arbeitsverhältnisses regeln solle (Entlohnung, Urlaub etc.), allerdings sei ebenso vereinbart worden, dass aus dieser Vereinbarung selbst kein Arbeitsverhältnis begründet werde. Dies solle durch jeweils befristete Einzelvereinbarungen geschehen. In dieser Konstellation sei die Übereinstimmung mit den maßgeblichen Rahmenbedingungen der Arbeitnehmerüberlassung zumindest fraglich. So bedürfe die Befristung eines Arbeitsvertrages nach [§ 14](#) Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) eines sachlich rechtfertigenden Grundes, soweit es sich nicht um eine Neueinstellung handle, wobei sich die Sachgründe im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung aus der Sphäre des Verleihers und/oder Leiharbeitnehmers ergeben müssten, die Situation des Entleihers hingegen unbeachtlich sei. Bei der Ermittlung eines vorübergehenden Bedarfs an der Arbeitsleistung nach [§ 14 Abs. 1 Nr. 1 TzBfG](#) sei nicht auf einen Bedarf im Entleihbetrieb, sondern ausschließlich auf den Verleiher abzustellen, und im Falle einer unwirksamen Befristung seien auch die Folgen des [§ 16 TzBfG](#) zu beachten. In einem näher bezeichneten, beispielhaft genannten Fall sei das Arbeitsverhältnis wiederholt projektbezogen befristet worden ("S.", "R.", "B."), obwohl diese die Sphäre des Entleihers (eines großen Verkehrsunternehmens als einem der Hauptkunden der Klägerin im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung, der H. AG) betreffen und damit aus der Sicht des Verleihers keinen sachlichen Grund für die Befristung

darstellten. Es sei in der Arbeitnehmerüberlassung elementare Aufgabe des Verleihers, Anschlusseinsätze für die Arbeitnehmer zu beschaffen und nicht das Risiko von Nichteinsatzzeiten auf die Arbeitnehmer abzuwälzen. Nach dem Garantielohnprinzip als Kernpflicht des Arbeitgebers sei die vereinbarte Vergütung weiter zu bezahlen, soweit ein Leiharbeiter innerhalb der Laufzeit des Arbeitsvertrages vorübergehend nicht bei einem Entleiher eingesetzt werden könne. Das Risiko der Nicht- oder Minderbeschäftigung trage der Arbeitgeber. Das Recht des Leiharbeitnehmers auf Vergütung bei Annahmeverzug des Verleihers gemäß [§ 615 Satz 1 Bürgerliches Gesetzbuch \(BGB\)](#) könne nicht durch Vertrag aufgehoben oder beschränkt werden. Bei mehreren näher bezeichneten Arbeitnehmern sei jedoch nicht mindestens die arbeitsvertraglich vereinbarte Stundenzahl vergütet worden. Darüber hinaus seien die Angaben in den Überlassungsverträgen zur Anwendung bzw. Nichtanwendung des Gleichstellungsgrundsatzes zu beachten bzw. klar zu fassen.

Hiergegen legte die Klägerin am 24. Juni 2015 Widerspruch ein, mit dem sie geltend machte, einen Anspruch auf Erteilung einer unbefristeten Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung zu haben. Das der Beklagten grundsätzlich eingeräumte Ermessen sei auf null reduziert, wenn der Verleiher drei Jahre lang unbeanstandet sein Gewerbe ausgeübt habe, wobei geringfügige Verstöße die Versagung nicht rechtfertigen könnten, was sich aufgrund der Wertung des [Art. 12 Abs. 1 Grundgesetz \(GG\)](#) ergebe. Die von der Beklagten genannten Gründe für die Versagung einer unbefristeten Erlaubnis trafen teilweise schon aus tatsächlichen Gründen nicht zu und seien auch aus rechtlichen Gründen nicht haltbar. Die Bezeichnung der Erlaubnisbehörde in den Arbeitsverträgen werde seit der letzten Prüfung im April 2014 korrekt vorgenommen. Im Übrigen handle es sich um einen marginalen Verstoß. Die Garantielohnklausel sei durch die Inbezugnahme der Tarifverträge für die Zeitarbeit in den Arbeits- bzw. Rahmenverträgen enthalten. Den gerügten projektbezogenen Befristungen habe ein arbeitsrechtlich auch für Verleiher nicht ausgeschlossener Befristungsgrund nach [§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG](#) zu Grunde gelegen. Die Einsätze hätten im Betrieb der Klägerin einen nicht unerheblichen vorübergehenden Bedarf verursacht, den sie mit ihrer Stammbelegschaft nicht hätte bewältigen können. Soweit Arbeitnehmern nicht die vereinbarte Stundenzahl vergütet worden sei, beruhe dies darauf, dass jene unentschuldigt der Arbeit ferngeblieben seien bzw. angebotene Arbeitseinsätze nicht angetreten hätten.

Die Beklagte wies den Widerspruch mit am selben Tag abgesandtem Widerspruchsbescheid vom 8. September 2015 zurück und vertrat dabei weiterhin die Auffassung, dass auch geringfügige Verstöße im Rahmen einer Gesamtbewertung dazu führen könnten, dass keine unbefristete Erlaubnis zu erteilen sei, so auch im Fall der Klägerin, bei der innerhalb des dreijährigen Beobachtungszeitraums nach [§ 2 Abs. 5 AÜG](#) Unregelmäßigkeiten hätten beobachtet werden können, die zwar keinen Anlass zur Rücknahme oder zum Widerruf der Erlaubnis gäben, aber weitere regelmäßige Überprüfungen im Abstand von einem Jahr als angebracht erscheinen ließen. Die "Agentur für Arbeit Kiel" wäre bereits seit 2012 in den Arbeitsverträgen als Erlaubnisbehörde zu benennen gewesen und die Klägerin treffe eine Pflicht zur Selbstinformation. Weiterhin fehle den Arbeitsverträgen nach wie vor eine nach [§ 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AÜG](#) zwingend aufzunehmende Regelung zu Art und Höhe der Leistungen für Nichtverleiherzeiten. Auch im Übrigen werde an den Beanstandungen im Ausgangsbescheid festgehalten. Die Einlassung der Klägerin zur mehrfachen projektbezogenen Befristung werde als Schutzbehauptung angesehen. Es erscheine unglaublich, dass die Klägerin mit weit über 400 Arbeitnehmern, von denen etwa 40 Leiharbeiter seien, diesbezüglich keine Arbeitnehmer hätte überlassen können. Hinsichtlich der Beanstandung zu den nicht erfolgten Garantielohnzahlungen habe die Klägerin keine Nachweise wie Abmahnungen oder anderweitige Dokumentationen für ihre Behauptung erbracht, dass die betreffenden Arbeitnehmer unentschuldigt gefehlt hätten bzw. eine Zuweisung abgelehnt hätten.

Am 9. Oktober 2015 hat die Klägerin Klage beim Sozialgericht Hamburg erhoben und begehrt, ihr unter Abänderung der erlassenen Bescheide eine unbefristete Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung zu erteilen. Die vorübergehend falsche Bezeichnung der Erlaubnisbehörde rechtfertige die Ablehnung nicht. Die übrigen Beanstandungen seien zu Unrecht erfolgt. Dafür dass die Arbeitnehmer, denen nicht der Garantielohn gezahlt worden sei, die Kürzung selber zu vertreten gehabt hätten, hat die Klägerin Zeugenbeweis angeboten.

Während des laufenden Klageverfahrens hat die Beklagte erneute Anträge der Klägerin auf Erteilung einer unbefristeten Erlaubnis nach Betriebsprüfungen am 28. April 2016 (zu der Zeit 26 Leiharbeiter von insgesamt 483 Mitarbeitern) und 27. März 2017 (zu der Zeit 22 Leiharbeiter von insgesamt 440 Mitarbeitern) mit Gegenstandsbescheiden nach [§ 96 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#) vom 25. Mai 2016 und 22. Mai 2017 jeweils abgelehnt und wiederum lediglich für ein Jahr befristete Erlaubnisse bis 26. Mai 2017 bzw. 26. Mai 2018 erteilt. Alle erteilten Hinweise sowie der erhöhte Kontrolldruck der jährlichen Überprüfung hätten nicht zu einer beanstandungsfreien Tätigkeit beigetragen, sodass auch unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit der Mittel im Rahmen des ihr eingeräumten Ermessens keine andere Entscheidung als die des Versagens der unbefristeten Erlaubnis möglich sei. Eine solche werde regelmäßig nur dann erteilt, wenn die Erlaubnisbehörde nach einer mindestens dreijährigen ordnungsgemäßen Geschäftstätigkeit des Verleihers zu der Überzeugung komme, dass das Gesamtbild der bisherigen Geschäftstätigkeit des Antragstellers Gewähr dafür biete, dass er sich künftig als Verleiher gesetzestreu und tarifkonform verhalte und seine Arbeitgeberpflichten zuverlässig erfülle. Insbesondere hat die Beklagte beanstandet, dass die Klägerin nach wie vor mit namentlich bezeichneten Arbeitnehmern Rahmenverträge und darauf beruhende Einzelvereinbarungen geschlossen habe, die jeweils als befristete Arbeitsverträge ohne Sachgrund im Sinne des [§ 14 Abs. 1 TzBfG](#) anzusehen seien, sodass von ungekündigten Arbeitsverhältnissen auszugehen sei, die jedoch Anspruch auf die vereinbarte Vergütung auch für die Zeiten begründeten, in denen die Arbeitnehmer mangels Einsatzmöglichkeiten nicht überlassen werden könnten (Garantielohnzahlung, die nach [§ 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AÜG](#) im Arbeitsvertrag anzugeben sei). Die Erfüllung dieser Ansprüche stelle eine der wesentlichen Pflichten des Verleihers dar, sodass die Nichterfüllung Zweifel an der Zuverlässigkeit der Klägerin aufkommen lasse. Nach der Prüfung im März 2017 hat die Beklagte darüber hinaus bemängelt, dass in vorgelegten Arbeitsverträgen entgegen der Verpflichtung nach [§ 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 NachwG](#) eine kurze Charakterisierung bzw. Beschreibung der Tätigkeit fehle. Die Angabe "Promoter" sei nicht ausreichend. Außerdem seien erarbeitete Geldwerte statt Zeitwerte auf Arbeitszeitkonten gebucht worden.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, dass sie auch insoweit den rechtlich zulässigen Rahmen nicht verlassen habe. Unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) hat sie darauf verwiesen, dass es sich bei Rahmenvereinbarungen noch nicht um Arbeitsverträge handle. Eine Befristung wegen des Sachgrunds eines nur vorübergehenden betrieblichen Bedarfs einer Arbeitsleistung nach [§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG](#) sei auch für Verleiher nicht ausgeschlossen, seitdem durch das zum 1. Januar 2004 in Kraft getretene Erste Gesetz über moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt das sogenannte Synchronisierungsverbot, welches bis dahin das Verbot der Übereinstimmung der Gesamtbeschäftigungsdauer des Zeitarbeitnehmers mit der Dauer der Einzelüberlassung geregelt habe, ebenso aufgehoben worden sei wie das spezielle Befristungsverbot für Arbeitsverträge mit Leiharbeitnehmern. Die Befristung eines Arbeitsvertrags wegen eines nur vorübergehenden Bedarfs setze voraus, dass im Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit hinreichender Sicherheit zu erwarten sei, dass nach dem vorgesehenen Vertragsende für die Beschäftigung des befristet eingestellten Arbeitnehmers in dem Betrieb kein Bedarf mehr bestehe. Diese Voraussetzungen lägen auch vor, wenn der Verleiher Saisonkräfte wie Erntehelfer verleihe und die

Leiharbeitsverhältnisse auf die jeweilige Saison befriste. Der Bedarf der H. AG an kurzfristigen Arbeitskräften für Umbaumaßnahmen sei durchaus vergleichbar mit dem vorübergehenden Bedarf an Saisonkräften. Des Weiteren hat die Klägerin angekündigt, in die Arbeitsverträge künftig eine kurze Charakterisierung bzw. Beschreibung der Tätigkeit aufzunehmen, auch wenn dies rechtlich nicht erforderlich sei und die Bezeichnung einer Tätigkeit als "Promoter" in der Vergangenheit für die Vertragsparteien durchaus ausreichend gewesen sei. Schließlich habe sie in Arbeitszeitkonten den Geldwert lediglich zusätzlich neben dem Zeitwert eingebucht, was keinen Rechtsverstoß darstelle. Dennoch werden sie ihre Buchungspraxis entsprechend der Auffassung der Beklagten anpassen.

Die Beklagte hat demgegenüber unter Bezugnahme auf den Beschluss des erkennenden Senats vom 1. Oktober 2015 – [L 2 AL 39/15 B ER](#) – die Ansicht vertreten, dass in den von der Klägerin praktizierten Rahmenvereinbarungen mit hierauf fußenden Einzelarbeitsverträgen eine unzulässige Umgehung des [§ 11 Abs. 4 AÜG](#) liege. Die Annahme eines vorübergehenden betrieblichen Bedarfs im Sinne des [§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG](#), der mit Kräften gedeckt werde, mit denen zuvor Rahmenverträge abgeschlossen worden seien, um diese entsprechend dem Bedarf an Arbeitskräften jeweils erst einzustellen, lasse für eine Garantielohnzahlung keinen Raum mehr. Hier belege schon die Tatsache der Rahmenvereinbarung, dass nicht nur für einen vorübergehenden Bedarf geplant werde. Die Klägerin rechne jederzeit mit zukünftigen Einsatzmöglichkeiten. Wollte man dies zusätzlich als Befristungsgrund für den Einzelarbeitsvertrag zulassen, würde das Beschäftigungsrisiko vollends auf den Leiharbeitnehmer abgewälzt. Die Klägerin beschäftige keine Saisonarbeitskräfte, sondern erblicke ausweislich der alle Bereiche ihres Tätigkeitsfeldes ausweisenden Ankreuzmöglichkeiten in den Einzelvereinbarungen zum vorübergehenden Bedarf einen solchen in jeder Auftragserteilung. Der Verleiher im Sinne des AÜG sei jedoch Arbeitgeber und nicht Vermittler einer befristeten Beschäftigung. Hinweise auf oder gar Nachweise für das Vorliegen eines Befristungsgrundes nach [§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 TzBfG](#) (in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe) lägen nicht vor.

Das Sozialgericht hat über die Klage am 31. Januar 2018 mündlich verhandelt und diese mit Urteil vom selben Tag unter Bezugnahme auf die Begründung der angefochtenen Bescheide der Beklagten abgewiesen. Der Klägerin sei es in drei aufeinander folgenden Jahren trotz des erhöhten Kontrolldrucks der jährlichen Überprüfungen nicht gelungen, bei der von ihr ausgeübten Arbeitnehmerüberlassung beanstandungsfrei zu arbeiten. Insbesondere erscheine der Kammer die Beanstandung der Vertragsgestaltung "Rahmenvertrag in Kombination mit befristeten Arbeitsverträgen" einleuchtend. In der Tat werde hierdurch das Betriebsrisiko entgegen [§ 11 Abs. 4 AÜG](#) auf die Leiharbeitnehmer abgewälzt.

Gegen dieses, ihren Prozessbevollmächtigten am 15. Februar und nach Berichtigung des in die Tenorierung aufgenommenen Streitwertbeschlusses mit Beschluss vom 26. Februar 2018 erneut am 8. März 2018 zugestellte Urteil richtet sich die am 12. März 2018 eingelegte Berufung der Klägerin, mit der sie unter Wiederholung ihres bisherigen Vortrags ihr Begehren weiter verfolgt und die Auffassung vertritt, bei der Erteilung einer Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung handle es sich nicht um eine Ermessensentscheidung. Sie habe einen Rechtsanspruch auf Erteilung einer unbefristeten Erlaubnis, es sei denn, es liege einer der in [§ 3 AÜG](#) genannten Versagungsgründe vor, was jedoch nicht der Fall sei. Bei dem Begriff der "Zuverlässigkeit" handle es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff ohne Beurteilungsspielraum. Es verstoße gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, ihr nach nunmehr 15-jährigem Besitz einer Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung bei allenfalls einzelnen geringfügigen Verstößen die unbefristete Erlaubnis zu versagen. Der Gesetzgeber habe mit der Regelung einer befristeten Erlaubnis nur das Ziel gehabt, eine Art "Probezeit" einzuführen, die der Bewährung dienen solle, weshalb er die unbefristete Erlaubnis sogar für gerechtfertigt halte, wenn der Verleiher drei Jahre und ununterbrochen erlaubt tätig gewesen sei (Hinweis auf [BT-Drs. VI/2303, S. 11](#)). Das Verwaltungshandeln, wie es die Beklagte derzeit praktiziere, sei daher mit dem Gesetz nicht vereinbar. Denn wenn der Geschäftsführer der Klägerin nur bedingt zuverlässig sei, sei eine unbefristete Erlaubnis nur für drei Jahre gerechtfertigt. Wenn der Geschäftsführer der Klägerin darüber hinaus weiterhin unzuverlässig sein sollte, müsste die Beklagte konsequenterweise den Antrag auf eine weitere befristete Erlaubnis versagen. Da die Beklagte diesen Schritt nicht vollzogen habe, müsse sie die jahrelange Praxis der dauernden Verlängerung gegen sich gelten lassen und der Klägerin eine unbefristete Erlaubnis erteilen. Unterschiedliche Rechtsauffassungen der Beteiligten dürften kein Grund für die Nichterteilung sein. Die Beklagte habe nicht die Aufgabe "Anwalt der Leiharbeitnehmer" zu sein.

Während des laufenden Berufungsverfahrens hat die Beklagte einen erneuten Antrag der Klägerin auf Erteilung einer unbefristeten Erlaubnis nach einer Betriebsprüfung am 27. April 2018 (zu der Zeit 11 Leiharbeitnehmer von insgesamt 313 Mitarbeitern) mit Gegenstandsbescheid vom 7. Mai 2018 abgelehnt und wiederum lediglich für ein Jahr eine befristete Erlaubnis bis zum 26. Mai 2019 erteilt. Insbesondere hat die Beklagte beanstandet, dass die Klägerin nach wie vor mit Arbeitnehmern Rahmenverträge und befristete Einzelvereinbarungen schließe und es an der Vereinbarung der Garantielohnklausel fehle. Darüber hinaus hat sie Verstöße gegen die Offenlegungs- und/oder Konkretisierungspflicht vor bzw. bei der Überlassung von Arbeitnehmern im Zusammenhang mit der Verwendung von Rahmenüberlassungsverträgen gerügt.

Die Klägerin trägt vor, trotz ihrer anderweitigen Rechtsauffassung nunmehr eine Garantielohnklausel in ihren Arbeitsverträgen zu verwenden, Rahmenüberlassungsverträge hingegen nicht mehr.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Hamburg vom 31. Januar 2018 aufzuheben und die Beklagte unter Abänderung des Bescheids vom 26. Mai 2015 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 8. September 2015 sowie der Bescheide vom 25. Mai 2016, 22. Mai 2017 und 7. Mai 2018 zu verpflichten, ihr eine unbefristete Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung zu erteilen, hilfsweise, ihren diesbezüglichen Antrag unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats neu zu bescheiden.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil für richtig und an ihren angefochtenen Bescheiden sowie der darin und in den bisherigen Schriftsätzen zum Ausdruck gekommenen Rechtsauffassung fest. Sie bekräftigt im Hinblick auf den Befristungsgrund des [§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG](#), dass in den beanstandeten Fällen der vorübergehende Bedarf eindeutig beim Entleiher H. AG gelegen habe, weil dort Kräfte zur Fahrgastinformation während der Durchführung von Baumaßnahmen benötigt worden seien. Es habe nicht die Situation eines

vorübergehenden Bedarfs am Gesamtmarkt vorgelegen, wie sie für Saisonarbeitskräfte, zum Beispiel Erntehelfer, typisch wäre. Die Klägerin verleihe keine Saisonarbeitskräfte. Dieser Befristungsgrund werde von der Klägerin auf unzulässige Weise zur Abwicklung von Aufträgen genutzt. Hiervon wolle die Klägerin, wie die mit Schreiben vom 11. März 2018 eingereichte Einzelvereinbarung unterstreiche, auch zukünftig nicht abbrücken. Zu beanstanden sei zudem, dass sich die Klägerin, soweit der Sachgrund der persönlichen Gründe im Sinne des [§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 TzBfG](#) betroffen sei, allein auf die formularmäßige Abfrage beschränke. Das Vorliegen der Gründe im Einzelfall werde nicht geprüft. Der Ausnahmefall der Sachgrundbefristung werde dadurch zum Regelfall und führe zu einer arbeitnehmerüberlassungsuntypischen Aneinanderreihung von kurzzeitigen Arbeitsverhältnissen.

Am 23. Januar 2019 hat das Amtsgericht Hamburg in dem Insolvenzeröffnungsverfahren über das Vermögen der Klägerin (67b IN 15/19) einen vorläufigen Insolvenzverwalter bestellt und Anordnungen nach [§ 21 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2](#), [§ 23 Abs. 1 Satz 3](#) sowie [§ 21 Abs. 2 Nr. 3](#) Insolvenzordnung (InsO) getroffen.

Der Senat hat über die Berufung am 30. Januar 2019 mündlich verhandelt. Zur Ergänzung des Tatbestands wird auf die Sitzungsniederschrift sowie den weiteren Inhalt der Prozessakte und der ausweislich der Sitzungsniederschrift beigezogenen Akten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Der Senat ist an einer Entscheidung über die Berufung nicht gehindert. Eine Unterbrechung des Verfahrens nach [§ 202 SGG](#) i.V.m. [§ 240](#) Zivilprozessordnung (ZPO) ist nicht eingetreten. Ausweislich der Anordnung des Amtsgerichts Hamburg vom 23. Januar 2019 in dem Insolvenzeröffnungsverfahren über das Vermögen der Klägerin ist bislang noch kein Insolvenzverfahren eröffnet worden ([§ 240 Satz 1 ZPO](#)), und im Zusammenhang mit der Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters ist kein allgemeines Verfügungsverbot nach [§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 1 InsO](#), sondern lediglich ein Zustimmungsvorbehalt nach [§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO](#) angeordnet worden; damit liegen jedoch auch die Voraussetzungen des [§ 240 Satz 2 ZPO](#) (Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners auf einen vorläufigen Insolvenzverwalter) nicht vor (vgl. BGH, Urteil vom 21. Juni 1999 - [II ZR 70/98](#), [GmbHR 1999, 916](#); Greger in Zöller, ZPO, 32. Aufl. 2018, [§ 240 Rn. 5](#)).

Die statthafte ([§§ 143, 144 SGG](#)) und auch im Übrigen zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte ([§ 151 SGG](#)) Berufung ist unbegründet. Das Sozialgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Der Bescheid der Beklagten vom 26. Mai 2015 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 8. September 2015 ist ebenso rechtmäßig wie die Bescheide vom 25. Mai 2016, 22. Mai 2017 und 7. Mai 2018, die jeweils die vorhergehende Ablehnung der Erlaubnis über das einjährige Fristende hinaus durch Erteilung für ein weiteres Jahr abgeändert haben und daher nach [§ 96 SGG](#) Gegenstand des Verfahrens geworden sind. Die Klägerin wird nicht in ihren Rechten verletzt. Sie hat weder einen Anspruch gegen die Beklagte auf Erteilung einer unbefristeten Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung noch auf Neubescheidung ihres diesbezüglichen Antrags. Die Beklagte hat diesen ermessensfehlerfrei abgelehnt.

Nach [§ 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG](#) bedürfen Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen wollen, der Erlaubnis. Die Erlaubnis wird auf schriftlichen Antrag erteilt ([§ 2 Abs. 1 AÜG](#)) und ist auf ein Jahr zu befristen ([§ 2 Abs. 4 Satz 1 AÜG](#)). Nach [§ 2 Abs. 5 Satz 1 AÜG](#) kann die Erlaubnis unbefristet erteilt werden, wenn der Verleiher drei aufeinanderfolgende Jahre lang nach [§ 1](#) erlaubt tätig war.

Entgegen der Auffassung der Klägerin steht die Erteilung der unbefristeten Erlaubnis danach im Ermessen der Beklagten. Es handelt sich nicht um eine gebundene Entscheidung. Soweit die Klägerin unter Hinweis auf die Gesetzgebungsmaterialien ([BT-Drs. VI/2303 S. 11](#)) die Auffassung vertritt, der Gesetzgeber habe mit der Regelung einer befristeten Erlaubnis nur eine Art Probezeit einführen und nach dreijähriger ununterbrochener erlaubter Tätigkeit einen Anspruch auf eine unbefristete Erlaubnis schaffen wollen, übersieht sie, dass die in Bezug genommenen Äußerungen sich noch auf den Gesetzentwurf der Bundesregierung beziehen, der vorsah, [§ 2 Abs. 4 Satz 1 AÜG](#) so zu fassen, dass die Erlaubnis zu erteilen "ist", wenn der Verleiher drei aufeinanderfolgende Jahre lang nach [§ 1](#) erlaubt tätig war ([BT-Drs. VI/2303 S. 2](#)), dass die Regelung im weiteren Gesetzgebungsverfahren jedoch bewusst als Kann-Vorschrift ausgestaltet wurde. Dem lag die einmütige Ansicht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung zu Grunde, dass grundsätzlich eine jährliche Verlängerung der Erlaubnis erforderlich sei, um eine wirksame Kontrolle der Verleiher zu gewährleisten; eine Ausnahmemöglichkeit erscheine lediglich insoweit angebracht, als ein Verleiher aufgrund einer mindestens dreijährigen einwandfreien Geschäftspraxis die Gewähr dafür biete, dass er sich auch künftig gesetzestreu verhalte; die vom Ausschuss beschlossene Kann-Vorschrift ermögliche der (damaligen) Bundesanstalt für Arbeit ein flexibles Verfahren (zu [BT-Drs. VI/3505 S. 2](#)).

Das Ermessen verdichtet sich nur dann zu Gunsten des Verleihers auf null, wenn er drei Jahre lang ununterbrochen tätig war und keinen Grund zur Beanstandung gegeben hat (Ulrici in Boecken/Düwell/Diller/Hanau, *Gesamtes Arbeitsrecht*, 1. Aufl. 2016, [§ 2 AÜG](#) Rn. 27 und 45). Im Lichte des [Art. 12 Abs. 1 GG](#) sind geringere Verstöße diesbezüglich unbeachtlich (Schüren in Schüren/Hamann, *AÜG*, 5. Aufl. 2018, [§ 2 Rn. 114 m.w.N.](#); Wank in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Aufl. 2019, [§ 2 AÜG](#) Rn. 8; Ambs in Erbs/Kohlhaas, *Strafrechtliche Nebengesetze*, 221. Ergänzungslieferung August 2018, [§ 2 AÜG](#) Rn. 12; Kock in BeckOK Arbeitsrecht, 50. Edition Stand: 1. Dezember 2018, [§ 2 AÜG](#) Rn. 39). Entgegen der Auffassung der Klägerin (ebenso: Thüsing, *AÜG*, 4. Aufl. 2018, [§ 2 Rn. 30](#)) ist es jedoch nicht erforderlich, dass zur Ablehnung der unbefristeten Erlaubnis führende Beanstandungen die Verbotsschwelle des [§ 3 AÜG](#) erreichen. Würde man dies verlangen, liefe die nach der oben genannten Gesetzesbegründung ausdrücklich gewollte und im Wortlaut auch zum Ausdruck gebrachte Ermessensregelung leer, weil bei Vorliegen der in [§ 3 AÜG](#) genannten Tatbestände die Erlaubnis oder ihre Verlängerung zwingend zu versagen ist und dann neben der Versagung und der unbefristeten Erlaubnis nach Ablauf von drei Jahren kein Raum für eine weitere befristete Erlaubnis wäre.

Die Klägerin ist während ihrer langjährigen, jeweils befristet erlaubten Tätigkeit im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung bis heute zu keinem Zeitpunkt und schon gar nicht drei aufeinanderfolgende Jahre lang beanstandungsfrei geblieben. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die Vielzahl von Beanstandungen von eher formalen Mängeln bei der Vertragsgestaltung vor allem wegen Verstößen gegen die Regelungen in [§ 11 Abs. 1 Satz 1 AÜG](#) in Verbindung mit dem NachwG sowie in [§ 11 Abs. 1 Satz 2 AÜG](#) zu Recht erfolgten und ggf. geringere Verstöße betrafen und daher unbeachtlich sind, zumal die Klägerin trotz abweichender Rechtsauffassung diesbezüglich ihre Vertragsformulare an die Rechtsauffassung der Beklagten angepasst hat, bzw. ob einzelne Beanstandungen wie zum Beispiel die teilweise

Nichtzahlung für die volle vereinbarte Arbeitszeit ohne Nachweis für das behauptete Vertretenmüssen der jeweiligen Arbeitnehmer nach etwaiger Beweisaufnahme haltbar wären. Denn jedenfalls stützt die Beklagte die Ablehnung der Erteilung einer unbefristeten Erlaubnis ermessensfehlerfrei zu Recht auf die die Ablehnung allein tragende und jedenfalls bis zuletzt anhaltende Praxis der Klägerin, mit Arbeitnehmern Rahmenvereinbarungen zu treffen, auf deren Grundlage dann mehrere Einzelvereinbarungen folgen. Hierbei handelt es sich um einen nicht nur geringen Verstoß, der möglicherweise sogar einen Versagungsgrund nach [§ 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG](#) darstellt (Schüren, a.a.O., [§ 3 AÜG](#) Rn. 75) bezeichnet es als wichtigste erlaubnisrelevante Pflichtverletzung, wenn Verleiher Befristung oder Kündigung zur Synchronisation von Leiharbeitsverhältnis und Überlassung gesetzwidrig einsetzen), worüber in diesem Verfahren jedoch nicht zu befinden ist.

Durch diese Praxis verstößt die Klägerin gegen Grundprinzipien der Arbeitnehmerüberlassung und die Rechte der Leiharbeitnehmer, die durch diese in eine rechtlich unsichere Situation geraten. Insbesondere wird durch die Praxis die Regelung in [§ 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG](#) umgangen, wonach das Recht des Leiharbeitnehmers auf Vergütung bei Annahmeverzug des Verleihers nach [§ 615 Satz 1 BGB](#) nicht durch Vertrag aufgehoben oder beschränkt werden kann. Der Arbeitnehmerüberlassung ist immanent, dass der Verleiher als Arbeitgeber das Risiko von Zeiten vorübergehender Nichtbeschäftigung trägt (Preis in Kündigungsrecht, 5. Aufl. 2017, F. Kündigung in besonderen Arbeitsverhältnissen VI. Rn. 33), was in verschiedenen Regelungen zum Ausdruck kommt; er hat für Zeiten, in denen der Leiharbeitnehmer nicht verliehen ist, jedenfalls ein festgesetztes Mindeststundenentgelt zu zahlen (Garantielohnprinzip, [§ 10 Abs. 5](#) und [§ 11 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 AÜG](#)). Übernimmt der Überlassende nicht die üblichen Arbeitgeberpflichten oder das Arbeitgeberisiko, so wird nach [§ 1 Abs. 2 AÜG](#) sogar vermutet, dass der Überlassende Arbeitsvermittlung betreibt (Schüren, a.a.O., [§ 3 AÜG](#) Rn. 75), was zu gänzlich anderen Rechtsverhältnissen führen (str., vgl. nur Koch, a.a.O., [§ 1 Rn. 193](#), einerseits und Schüren, a.a.O., [§ 1 Rn. 542 ff.](#), andererseits, jeweils m.w.N.), aber dem von der Klägerin praktizierten Modell durchaus entsprechen könnte.

Zwar weist die Klägerin zu Recht darauf hin, dass mit dem Ersten Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt das im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung bis dahin geltende Befristungsverbot, Wiedereinstellungsverbot, das Synchronisationsverbot sowie die Beschränkung der Überlassungsdauer entfallen sind (vgl. [BT-Drs. 15/25 S. 39](#); zur alten Rechtslage u.a. BSG, Urteile vom 16. Dezember 1976 – [12/7 RAR 89/75](#), [BSGE 43, 100](#), und vom 29. Juli 1992 – [11 RAR 51/91](#), [SozR 3-7815 Art. 1 § 3 Nr. 5](#)). Die Vorschriften über die Befristung von Arbeitsverhältnissen nach dem TzBfG sind hiervon jedoch ebenso unberührt geblieben ([BT-Drs. 15/25 S. 39](#); s.a. Dahl, Arbeitnehmerüberlassung und Befristung in: NZA 2007, 889) wie die Definition der Arbeitnehmerüberlassung einschließlich des Garantielohnprinzips und der erforderlichen Abgrenzbarkeit unter anderem von der Arbeitsvermittlung.

Die Klägerin praktizierte und praktiziert nach ihrem eigenen Vorbringen vor allem bei Promotionsaktionen und Veranstaltungsbetreuung im Gastronomie-, Sicherheits- und in sonstigen Bereichen ein Modell, bei dem sie mit Interessenten Rahmenvereinbarungen schließt, wonach diese in eine Liste für zeitweilige Arbeitseinsätze aufgenommen und im Bedarfsfall angefragt werden, ob sie in der Lage und bereit sind, für einen näher bestimmten Zeitraum Arbeiten zu erledigen, ohne zur Annahme des Angebots verpflichtet zu sein. Soweit die Parteien Einigkeit über Zeit und Umfang erzielt haben, wird für den konkreten Einsatz eine gesonderte Einzelvereinbarung abgeschlossen, in der ein befristetes Arbeitsverhältnis vereinbart wird und ein Befristungsgrund insbesondere durch Ankreuzen angegeben wird. Auf diese Weise kommen mehrere Arbeitsverhältnisse jeweils mit demselben Arbeitnehmer zustande, bei denen jedenfalls weit überwiegend der Befristungsgrund "vorübergehender Bedarf" nach [§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG](#) wegen einer Promotionsaktion oder Veranstaltungsbetreuung angegeben wird.

Eine derartige Befristung ist jeweils unwirksam, wenn es sich nicht um eine erstmalige Befristung im Sinne des [§ 14 Abs. 2 TzBfG](#) oder um eine solche mit in der Person des Arbeitnehmers liegenden Gründen im Sinne des [§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 TzBfG](#) mit den entsprechenden besonderen Anforderungen (vgl. hierzu nur BAG, Urteil vom 18. Januar 2017 – [7 AZR 236/15](#), [NZA 2017, 849](#); [BT-Drs. 14/4374 S. 19](#)) handelt, was jedoch schon nach dem eigenen Vortrag der Klägerin allenfalls vereinzelt vorkommt und wofür keine Nachweise beigebracht worden sind. Denn für den Sachgrund der Zweckbefristung eines Leiharbeitsverhältnisses kommt es allein auf den nur vorübergehenden Bedarf beim Verleiher als Arbeitgeber an, der das Beschäftigungsrisiko nicht auf den Leiharbeitnehmer abwälzen darf, nicht aber auf einen solchen beim Entleiher (Sächsisches Landesarbeitsgericht (LArbG), Urteil vom 25. Januar 2008 – [3 Sa 458/07](#), [EzAÜG § 14 TzBfG Nr. 3](#); Sächsisches Finanzgericht (FG) – [8 K 1006/10](#), [SteuK 2014, 210](#); Hamann in jurisPR-ArbR 23/2008; Werthebach, Die Befristung von Leiharbeitsverträgen nach dem TzBfG in: NZA 2005, 1044, Schüren, a.a.O., [§ 3 AÜG](#) Rn. 76). Ein solcher Sachgrund liegt im Falle einer Beschäftigung wegen eines bestimmten Entleihauftrags nicht vor, wenn es nur um das Risiko geht, ob im Anschluss an diesen Auftrag weitere Entleihungen möglich sind; die bloße Unsicherheit des Arbeitgebers, der nicht Arbeitsvermittler ist, über den zukünftigen Arbeitskräftebedarf genügt nicht (Sächsisches FG, a.a.O.; Sächsisches LArbG, a.a.O.; in diesem Sinne auch BAG, Urteil vom 18. Mai 2006 – [2 AZR 412/05](#), [DB 2006, 1962](#)).

Der vorübergehende betriebliche Bedarf kann in Form eines vorübergehend erhöhten Arbeitskräftebedarfs (zum Beispiel während der Erntesaison) oder eines künftig wegfallenden Arbeitskräftebedarfs (zum Beispiel aufgrund der Inbetriebnahme einer neuen technischen Anlage, Abwicklungsarbeiten bis zur Betriebsschließung) auftreten. Die Anerkennung eines vorübergehenden Arbeitskräftebedarfs als Befristungsgrund setzt nach der Rechtsprechung voraus, dass zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses der Arbeitgeber aufgrund greifbarer Tatsachen mit hinreichender Sicherheit annehmen kann, dass der Arbeitskräftebedarf in Zukunft wegfallen wird (Prognose). Von einem von vornherein feststehenden nur vorübergehenden Arbeitskräftebedarf als sachlich rechtfertigenden Befristungsgrund zu unterscheiden ist die jeder wirtschaftlichen Tätigkeit innewohnende Unsicherheit über die künftige Entwicklung und der dadurch hervorgerufene wechselnde Bedarf an Arbeitskräften. Diesen Fällen trägt das Gesetz durch die Zulassung befristeter Beschäftigungen ohne sachlichen Grund Rechnung ([BT-Drs. 14/4374 S. 19](#)). Ein vorübergehender Bedarf für ein Leiharbeitsverhältnis besteht damit regelmäßig nicht und liegt nur dann vor, wenn die Nachfrage nach Leiharbeitnehmern "dieser Art" am gesamten Markt "nur vorübergehend" ist. Wenn also zum Beispiel ein Verleiher Saisonkräfte, etwa Erntehelfer, ausleiht, kann es gerechtfertigt sein, das Leiharbeitsverhältnis auf die jeweilige Saison zu befristen. Denn nur innerhalb der Saison besteht überhaupt Bedarf bei den möglichen Entleihern für eine solche Kraft. Diese Fälle sind selten (Schüren, a.a.O., [§ 3 AÜG](#) Rn. 84 m.w.N.). Eine Ausweitung der Möglichkeiten einer Sachgrundbefristung nach [§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG](#) im Verhältnis des Arbeitnehmerüberlassungsunternehmers zum Leiharbeiter würde die Grenze zur Arbeitsvermittlung verwischen und das Garantielohnprinzip komplett unterlaufen.

Die Voraussetzungen eines der seltenen Fälle, in denen der Sachgrund eines vorübergehenden Bedarfs beim Verleiher zu Recht angenommen werden kann, liegen in den beanstandeten Fallgestaltungen nicht vor. Der immer wiederkehrende Bedarf von den im

Wesentlichen immer wieder gleichen Entleiher insbesondere für Promotionsaktionen und Veranstaltungsbetreuung ist nicht mit Saisonarbeit vergleichbar, weil er ganzjährig, wenn auch unregelmäßig auftritt. Außerdem betrifft die zeitliche Einschränkung des Bedarfs nicht in gleicher Form den gesamten Markt. Die Beklagte weist zu Recht darauf hin, dass schon der Abschluss der Rahmenvereinbarungen durch die Klägerin mit Interessenten indiziert, dass nicht nur von einem vorübergehenden Bedarf ausgegangen wird, sondern vielmehr ein sich in der Zukunft voraussichtlich wiederholender Bedarf prognostiziert wird. Damit ist in jedem Fall, in dem nicht die Voraussetzungen einer Befristung nach [§ 14 Abs. 2 TzBfG](#) oder [§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 TzBfG](#) vorliegen, sondern eine solche nach [§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG](#) angenommen wird, die Befristung mit der Folge des [§ 16 Satz 1 TzBfG](#) unwirksam, sodass der befristete Arbeitsvertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen gelten und demnach Ansprüche der Arbeitnehmer auf den Garantielohn auch während beschäftigungsfreier Zeiten bestehen dürften, wenn nicht nach der Vermutungsregelung des [§ 1 Abs. 2 AÜG](#) statt von einer Arbeitnehmerüberlassung von einer Arbeitsvermittlung mit allen sich daraus ergebenden Konsequenzen für die bestehenden Rechtsverhältnisse ausgegangen wird.

Nach alledem ist es nicht zu beanstanden, dass die Beklagte vor diesem Hintergrund die Erteilung einer unbefristeten Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis bis heute ablehnt. Entgegen den Ausführungen der Klägerin ist die Beklagte dabei sehr wohl in gewisser Art und Weise "Anwalt der Leiharbeitnehmer", denn das Erfordernis der Erlaubniserteilung soll gerade eine ständige Kontrolle der Verleihunternehmen gewährleisten, um die Verletzung insbesondere von Arbeitnehmerrechten zu verhindern. Entgegen der Auffassung der Klägerin bestehen nach dreijährigem Besitz einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis auch nicht nur die Alternativen einer unbefristeten Erteilung oder einer Versagung. Ob angesichts der zu Recht beanstandeten Praxis ein Versagungsgrund nach [§ 3 Abs. 1 AÜG](#) anzunehmen ist, kann, wie bereits ausgeführt, in diesem Verfahren dahingestellt bleiben.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 2](#) Verwaltungsgerichtsordnung.

Gründe für die Zulassung der Revision ([§ 160 Abs. 2 SGG](#)) liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

HAM

Saved

2019-02-20