B 11 AL 63/03 R

Land
Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht
Bundessozialgericht
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
11
1. Instanz
SG Nürnberg (FSB)
Aktenzeichen
S 5 AL 652/97
Datum
15.10.1998
2. Instanz
Bayerisches LSG
Aktenzeichen
L 10 AL 381/98
Datum
25.07.2000
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
B 11 AL 63/03 R
Datum
29.04.2004
Kategorie
Urteil
Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Bayerischen Landessozialgerichts vom 25. Juli 2000 - L 10 AL 381/98 - aufgehoben und der Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen.

Gründe:

I

Die Klägerin ist ein rechtsfähiges türkisches Unternehmen mit Sitz in I. , das hauptsächlich Transporte zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Nahen und Mittleren Osten durchführt. Hierfür setzt sie bei ihr angestellte türkische Fahrer ein, die in der Türkei wohnen, darunter die Arbeitnehmer Hayati S. , Turan Ö. und Yakup K ... Die LKW sind in Deutschland auf die "B. GmbH S. Export Internationale Spedition" (im Folgenden: B. GmbH) zugelassen. Die Klägerin und die B. GmbH haben einen "Vertretungsagenturvertrag" geschlossen, wonach die LKW der B. GmbH von der Klägerin genutzt werden können.

Nachdem die Beklagte die bei der Klägerin tätigen Kraftfahrer nur bis Ende April 1997 als arbeitserlaubnisfrei behandelt hatte, erwirkte die Klägerin einen später im Beschwerdeverfahren bestätigten Beschluss des Sozialgerichts (SG) Nürnberg vom 22. Mai 1997, in dem im Wege der einstweiligen Anordnung festgestellt wurde, dass mehrere namentlich bezeichnete Arbeitnehmer der Klägerin - darunter Turan Ö. , Hayati S. , Yakup K. - vorläufig bis zur rechtskräftigen Entscheidung im Hauptsacheverfahren keiner Arbeitserlaubnis bedürfen.

Nach Ablehnung von Anträgen auf Erteilung von Arbeitserlaubnissen (Bescheide vom 9. Juni 1997, Widerspruchsbescheide vom 25. August 1997) hat das SG auf die Klage hin mit Urteil vom 15. Oktober 1998 - S 5 AL 652/97 - festgestellt, dass die bei der Klägerin im grenzüberschreitenden Verkehr beschäftigten türkischen Arbeitnehmer S. Hayati, Ö. Turan und K. Yakup keiner Arbeitserlaubnis bedürfen.

Das Landessozialgericht (LSG) hat mit Urteil vom 25. Juli 2000 die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des SG vom 15. Oktober 1998 zurückgewiesen. Zur Begründung hat das LSG ua ausgeführt: Das SG habe zu Recht die Zulässigkeit der von der Klägerin erhobenen Feststellungsklage bejaht. Die drei im Urteilsspruch des SG aufgeführten Fahrer benötigten auch zukünftig keine Arbeitserlaubnis für ihre Tätigkeit im grenzüberschreitenden Verkehr für die in Deutschland zurückgelegten Strecken. Dies folge aus Art 13 des Beschlusses Nr 1/80 des Assoziationsrates über die Entwicklung der Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei vom 19. September 1980 (ARB Nr 1/80). Die Beschäftigung der Fahrer sei ursprünglich ordnungsgemäß iS des Art 13 ARB Nr 1/80 gewesen; denn sie hätten nach § 9 Nr 2 der Arbeitserlaubnisverordnung (ArbErlaubV) in der ursprünglichen und auch in der ab 1. September 1993 geltenden Fassung als fahrendes Personal im grenzüberschreitenden Personen- und Güterverkehr keiner Arbeitserlaubnis bedurft. Mit der Neufassung des § 9 Nr 2 ArbErlaubV zum 10. Oktober 1996 sowie mit der ab 25. September 1998 geltenden inhaltsgleichen Regelung des § 9 Nr 3a der Arbeitsgenehmigungsverordnung (ArGV) sei unter Verstoß gegen Art 13 ARB Nr 1/80 eine wesentliche Beschränkung des Zugangs der in Rede stehenden türkischen Kraftfahrer zum deutschen Arbeitsmarkt eingetreten. Dahingestellt bleibe, ob gegen deutsches Güterkraftverkehrsrecht verstoßen werde; etwaige derartige Verstöße zu ahnden oder zu unterbinden, sei den für das Güterkraftverkehrsrecht zuständigen Behörden und Gerichten aufgegeben und vorbehalten. Eine unzulässige Arbeitnehmerüberlassung liege nicht vor.

Die Beklagte hat die vom LSG zugelassene Revision eingelegt. Nach dem Vorlagebeschluss des Senats vom 20. Juni 2001 - B 11 AL 89/00 R - zur Auslegung des Art 13 ARB Nr 1/80 und des Art 41 des Zusatzprotokolls vom 23. November 1970 zu dem Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei und übereinstimmenden Anträgen der Beteiligten hat der Senat am 29. Oktober 2001 das Ruhen des Verfahrens angeordnet. Nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 21.

Oktober 2003 - C 317/01 und C 369/01 - ist das Ruhen aufgehoben und das Verfahren fortgesetzt worden.

Mit der Revision rügt die Beklagte die Verletzung des § 9 Nr 2 ArbErlaubV bzw des § 9 Nr 3a ArGV. Es fehle schon an einer Beschränkung für die Freiheit der Dienstleistungserbringung, die durch das deutsche Arbeitsgenehmigungsrecht verursacht sein könnte, denn ein Fahrer benötigte im grenzüberschreitenden Güterverkehr weiterhin keine Genehmigung soweit er sich im Rahmen der allgemein gültigen Rechte und Gesetze bewege. In den vorgenommenen Änderungen des Arbeitsgenehmigungsrechts liege jedenfalls keine neue Beschränkung für die Dienstleistungserbringung durch Unternehmen mit Sitz in der Türkei. Die Änderungen des Arbeitsgenehmigungsrechts stellten lediglich eine Anpassung an die ohnehin geltenden Regelungen des Verkehrsrechts dar. Der grenzüberschreitende Güterverkehr sei generell nicht uneingeschränkt möglich. Er hänge vielmehr von den bestehenden Transportgenehmigungen ab, wonach nur im Staat der Niederlassung des Unternehmens zugelassene Fahrzeuge eingesetzt würden. Die Änderung des Arbeitsgenehmigungsrechts verfolge lediglich eine Anpassung des Arbeitsgenehmigungsrechts an andere Rechtsbereiche (Verkehrsrecht) und damit die Wahrung der Rechtseinheit. Durch die Änderung der Arbeitsgenehmigungsverordnung sei kein neuer Regelungsinhalt geschaffen worden, sondern lediglich die Gesetzessystematik und die Regelungstechnik geändert worden. Neben den verkehrsrechtlichen Ausführungen sei auch eine Überlassung der Lastkraftwagen durch ein deutsches Unternehmen an einen türkischen Arbeitgeber im Wege der Vermietung unzulässig. Die "Fahrzeug-Vermietung" stelle in Verbindung mit der Beschäftigung eines türkischen Arbeitnehmers Arbeitnehmerüberlassung dar. Bereits zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Zusatzabkommens im Jahr 1971 sei diese Dienstleistung grenzüberschreitend nicht zulässig gewesen. Damit könne weder von einer rechtmäßig erbrachten Dienstleistung noch von einer ordnungsgemäßen Beschäftigung die Rede sein.

Die Beklagte beantragt,
das Urteil des Bayerischen Landessozialgerichts vom 25. Juli 2000 - L 10 AL 381/98 - sowie das Urteil des Sozialgerichts Nürnberg vom 15. Oktober 1998
- S 5 AL 652/97 - aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,
die Revision mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass die Klägerin künftig berechtigt ist, die bei ihr beschäftigten türkischen Kraftfahrer S. Hayati, Ö. Turan und K. Yakup auf in Deutschland zugelassenen Lastkraftwagen der B. GmbH S. Export Internationale Spedition, K. , im grenzüberschreitenden Güterverkehr in Deutschland ohne Arbeitsgenehmigung einzusetzen.

Sie trägt vor, nach dem Urteil des EuGH sei es Sache der innerstaatlichen Gerichte, festzustellen, ob die angewandte innerstaatliche Regelung weniger günstig sei als diejenige, die beim Inkrafttreten des Zusatzprotokolls gegolten habe. Dies sei vorliegend der Fall.

II

Die Revision der Beklagten ist im Sinne der Zurückverweisung begründet. Der Senat kann auf Grund der vom LSG getroffenen Feststellungen nicht abschließend entscheiden.

1. Die Klägerin begehrt als türkisches Unternehmen die Feststellung, dass sie künftig berechtigt ist, bei ihr beschäftigte türkische Kraftfahrer auf in Deutschland zugelassenen Lastkraftwagen eines bestimmten deutschen Güterkraftverkehrsunternehmers im grenzüberschreitenden Güterverkehr arbeitsgenehmigungsfrei in Deutschland einzusetzen. Die Feststellungsklage ist zulässig. Bedenken ergeben sich auch nicht hinsichtlich der Klagebefugnis des Arbeitgebers (zur Zulässigkeit eines auf die Arbeitserlaubnisfreiheit seiner Arbeitnehmer gerichteten Feststellungsbegehrens des Arbeitgebers s BSGE 74, 90, 91 f = SozR 3-4210 § 9 Nr 1). Etwaigen Bedenken hinsichtlich des Feststellungsinteresses angesichts der weiteren Fassung des Antrags in den Vorinstanzen hat die Klägerin dadurch Rechnung getragen, dass sie ihr Feststellungsbegehren auf die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit beschränkt hat. Insoweit handelt es sich nicht um eine im Revisionsverfahren nach § 168 Satz 1 Sozialgerichtsgesetz unzulässige Klageänderung, sondern um eine Klarstellung dessen, was die Klägerin bereits in den Vorinstanzen begehrt hat (s dazu BSG 3-1500 § 55 Nr 34; vgl auch BSGE 88, 231, 233 = SozR 3-4210 § 9 Nr 2).

2. Die Begründetheit des Feststellungsbegehrens der Klägerin hängt davon ab, ob hinsichtlich der beabsichtigten Beschäftigung Arbeitsgenehmigungsfreiheit besteht. Nach dem anzuwendenden deutschen Recht sind die drei von der Klägerin namentlich benannten Arbeitnehmer eines türkischen Arbeitgebers nicht berechtigt, im grenzüberschreitenden Güterverkehr auf in Deutschland zugelassenen Fahrzeugen in Deutschland arbeitsgenehmigungsfrei tätig zu werden. Die jeweils begehrte Arbeitsgenehmigungsfreiheit folgt jedoch aus einer Anwendung des Art 41 Abs 1 des Zusatzprotokolls vom 23. November 1970 (ABl 1972 L 293 S 1; BGBl II 1972 S 385).

a) Abzustellen ist jeweils auf die Rechtslage, die das im Streit befindliche Rechtsverhältnis erfasst (BSGE 2, 188, 192; 3, 95, 103; 74, 90, 92 = SozR 3-4210 § 9 Nr 1), also die derzeit geltenden Bestimmungen. Nach § 9 Nr 3a ArGV - erlassen auf Grund des § 288 Abs 1 Drittes Buch Sozialgesetzbuch - bedarf keiner Arbeitsgenehmigung das fahrende Personal im grenzüberschreitenden Güterverkehr bei Arbeitgebern mit Sitz im Ausland, wenn das Fahrzeug im Sitzstaat des Arbeitgebers zugelassen ist. Nach den Ausführungen im Urteil des LSG sind die genannten Kraftfahrer bei der Klägerin, einem türkischen Unternehmen, angestellt. Zu ihren Gunsten kommt deshalb in Betracht, dass sie derzeit bzw in Zukunft als Fernfahrer für einen Arbeitgeber mit Sitz im Ausland tätig werden wollen. Es fehlt aber jedenfalls an der für die Arbeitserlaubnisfreiheit gemäß § 9 Nr 3a ArGV weiter erforderlichen Voraussetzung der Zulassung des jeweiligen Fahrzeugs im Sitzstaat des Arbeitgebers; denn die von den genannten Fahrern gelenkten bzw in Zukunft zu lenkenden Fahrzeuge sind in Deutschland, nicht in der Türkei zugelassen.

b) Die Klägerin und die im Antrag bezeichneten Kraftfahrer können sich nicht darauf berufen, die Änderung der ArbErlaubV vom 10. Oktober 1996 sei eine nach Art 13 ARB 1/80 unzulässige neue Beschränkung des Zugangs zum Arbeitsmarkt. Diese Vorschrift ist nicht auf Arbeitnehmer anzuwenden, die bei einem Unternehmen mit Sitz in der Türkei beschäftigt sind, von diesem entlohnt werden und nur wegen ihrer Tätigkeit als Kraftfahrer im grenzüberschreitenden Güterverkehr immer wieder kurzfristig in Deutschland arbeiten, wie der EuGH in dem auf Vorabentscheidungsersuchen des Bundessozialgerichts ergangenen Urteil vom 21. Oktober 2003 C-317/01 (Abatay) und C-369/01 (Nadi Sahin) entschieden hat (aaO RdNr 87 - 91). Die Situation der Arbeitnehmer Sahin Hayati ua bei der im Feststellungsantrag umschriebenen Tätigkeit entspricht der vom EuGH zu Grunde gelegten Situation.

c) Die Klägerin kann sich jedoch darauf berufen, dass die bereits genannte Änderung der ArbErlaubV zum 10. Oktober 1996 zu einer

unzulässigen Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs iS des Art 41 Abs 1 des Zusatzprotokolls vom 23. November 1970 (ABl 1972 L 293 S 1; BGBl II 1972 S 385) geführt hat. In dieser Vorschrift verpflichten sich die Vertragsparteien, untereinander keine neuen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs einzuführen. Der Dienstleistungsverkehr in diesem Sinne umfasst auch den Einsatz von Arbeitskräften des Dienstleisters (EuGH, Urteil vom 21. Oktober 2003 RdNr 111).

d) Der EuGH hat unter Hinweis auf seine Rechtsprechung zur Dienstleistungsfreiheit nach Art 59 EG-Vertrag (Art 49 EG-Vertrag neu) dargelegt, dass eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs iS von Art 41 Abs 1 Zusatzprotokoll darin liegt, dass eine nationale Regelung die Erbringung von Dienstleistungen durch ein in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenes Unternehmen im Inland von der behördlichen Erlaubnis wie einer Arbeitserlaubnis abhängig macht (EuGH Urteil vom 21. Oktober 2003 RdNr 111). Im Hinblick darauf ist es nicht zweifelhaft, dass es sich bei der Einführung einer Arbeitserlaubnispflicht für den grenzüberschreitenden Verkehr bei Zulassung des Fahrzeuges im Inland um eine Einschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs handelt (vgl EuGH aaO RdNr 112 - 115).

Es handelt sich auch gegenüber dem Rechtszustand beim Inkrafttreten des Zusatzprotokolls am 1. Januar 1973 um eine neue Beschränkung des Dienstleistungsverkehrs.

Im Jahre 1973 war das fahrende Personal im grenzüberschreitenden Güterverkehr allgemein und ohne weitere ausdrückliche Einschränkung arbeitserlaubnisfrei (§ 9 Nr 2 ArbErlaubV idF vom 2. März 1971, BGBl I 152). Mit der durch Verordnung vom 1. September 1993 (BGBl I 1527) für die Zeit ab September 1993 vorgenommenen Änderung des § 9 Nr 2 ArbErlaubV (Einfügung der Worte "bei Arbeitgebern mit Sitz im Ausland") war eine Verschlechterung der Position in der Türkei beschäftigter Arbeitnehmer noch nicht verbunden. Die später in Kraft gesetzten Regelungen des § 9 Nr 2 ArbErlaubV in der ab 10. Oktober 1996 geltenden Fassung (Verordnung vom 30. September 1996, BGBl I 1491) sowie des § 9 Nr 3a ArGV, die Arbeitsgenehmigungsfreiheit nur noch für das fahrende Personal bei ausländischen Arbeitgebern vorsehen, "sofern das Fahrzeug im Sitzstaat des Arbeitgebers zugelassen ist", sind jedoch im Vergleich zu den davor geltenden Regelungen für die betroffenen türkischen Staatsangehörigen "weniger günstig".

e) Dem Einwand der Beklagten, in den Änderungen des Arbeitsgenehmigungsrechts für die Zeit ab Oktober 1996 liege keine neue Beschränkung, sondern lediglich eine Anpassung an die ohnehin geltenden Regelungen des Verkehrsrechts, ist nicht zu folgen. Dem hier zu beurteilenden Einsatz von in der Türkei in einem Beschäftigungsverhältnis stehenden Arbeitnehmern auf den LKW des deutschen Güterkraftverkehrsunternehmers, der Inhaber der Erlaubnis nach § 3 Güterkraftverkehrsgesetz (GüKG) vom 22. Juni 1998 (BGBl I 1485; bis zum 30. Juni 1998: Genehmigung nach § 8 GüKG) ist, stehen ausdrückliche Vorschriften des GüKG nicht entgegen. Die Frage, ob der inländische Erlaubnisinhaber seine Pflichten nach dem GüKG oder den europarechtlichen Vorschriften für den Güterverkehr auf LKW (vgl etwa Art 15 EWGV 3820/85 vom 20. Dezember 1985, ABl L 370 S 1 und Art 13 und 14 EWGV 3821/85 vom 20. Dezember 1985, ABl L 370 S 8) beim Einsatz der Arbeitnehmer Sahin Hayati ua als Kraftfahrer auf seinen LKW verletzt, weil etwa die Klägerin als Arbeitgeberin Weisungsrechte gegenüber den Kraftfahrern hat und auch wahrnimmt, ist für diesen Rechtsstreit unerheblich. Etwaige Pflichtverstöße hätte die nach dem GüKG zuständige Behörde zu beurteilen und zu ahnden.

Bedenken der Beklagten, die Überlassung von LKW an ein türkisches Unternehmen verstoße gegen § 27 Straßenverkehrszulassungsordnung, gehen ins Leere, denn das Feststellungsbegehren der Klägerin richtet sich nur auf den Einsatz von LKW eines deutschen Güterkraftverkehrsunternehmers.

3. Der Senat vermag auf der Grundlage der tatsächlichen Feststellungen des LSG jedoch nicht zu entscheiden, ob sich die vorliegende Vertragsgestaltung und tatsächliche Handhabung als unzulässige Arbeitnehmerüberlassung darstellt. Diese Frage kann - anders als die erörterten güterkraftverkehrsrechtlichen Vorfragen - nicht unentschieden bleiben, weil sie unmittelbar die rechtliche Zulässigkeit der von den türkischen Arbeitnehmern im Inland ausgeübten Tätigkeiten betrifft und an diese anknüpft. Insoweit steht auch die in Art 41 Abs 1 des Zusatzprotokolls enthaltene Stillhalteklausel nicht entgegen, denn die grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung war jedenfalls auch zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Zusatzprotokolls genehmigungspflichtig (vgl zur den Fragen der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung im Einzelnen Feuerborn in Schüren, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG), 2. Aufl 2003, Einleitung RdNr 572 ff). Im Übrigen schützt Art 41 Abs 1 des Zusatzprotokolls nur diejenigen Unternehmen in der Türkei, die rechtmäßig Dienstleistungen im Inland erbringen.

Da die Klägerin nicht über eine Erlaubnis nach dem AÜG verfügt, ist die Beschäftigung der Arbeitnehmer im Inland nur dann rechtmäßig, wenn diese nicht als dem deutschen Unternehmen Bayrak GmbH überlassene Arbeitnehmer tätig werden. Zwar hat das LSG ausgeführt, es liege keine unzulässige Arbeitnehmerüberlassung vor, ohne allerdings die nach der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesarbeitgerichts (BAG) erforderlichen Feststellungen zu treffen. Der Hinweis des LSG, § 9 Nr 3b ArGV spreche gegen eine unzulässige Arbeitnehmerüberlassung ist nicht zwingend; denn die Freistellung von der Arbeitsgenehmigungsfreiheit für bei ausländischen Arbeitgebern beschäftigte Fahrer im grenzüberschreitenden Linienverkehr mit Omnibussen lässt keine Schlussfolgerungen auf die tatsächliche Gestaltung im Einzelfall zu. Zwar ist es nach der Rechtsprechung des BAG nicht ausgeschlossen, dass das türkische Unternehmen für das deutsche Unternehmen im Rahmen eines Dienst- oder Werkvertrages tätig wird, denn auch im erlaubnispflichtigen Personen- und Güterverkehr ist nicht jeder drittbezogene Arbeitnehmereinsatz zugleich Arbeitnehmerüberlassung iS des AÜG (BAG 6. August 2003 - 7 AZR 180/03 = BB 2004, 669; vgl auch BAGE 94, 144 = AP Nr 8 zu § 14 AÜG). Jedoch rechtfertigt nicht allein die Erwägung, das türkische Unternehmen erbringe mit seinen Arbeitnehmern die von ihr der deutschen Auftraggeberin geschuldete Leistung, die Schlussfolgerung des LSG, hier liege ein Werkvertrag vor.

Ob Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, beurteilt sich nach der Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen zwischen Verleiher und Entleiher einerseits (Arbeitnehmerüberlassungsvertrag) und zwischen dem Entleiher und dem Arbeitnehmer anderseits (Leiharbeitsvertrag) sowie dem Fehlen arbeitsvertraglicher Beziehungen zwischen Arbeitnehmer und Entleiher. Hiervon ist die Tätigkeit eines Arbeitnehmers bei Dritten auf Grund eines Werk- oder Dienstvertrages zu unterscheiden, die vorliegt, wenn der Unternehmer die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolges notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen organisiert und er dem Drittunternehmer für die Erfüllung der im Vertrag vorgesehenen Dienste oder für die Herstellung des geschuldeten Werks verantwortlich bleibt. Im letztgenannten Fall unterliegen die Arbeitnehmer den Weisungen des Arbeitgebers, wobei ein Weisungsrecht des Dritten im Einzelfall, wie sich auch aus § 645 Abs 1 Satz 1 Bürgerliches Gesetzbuch ergibt, unschädlich sein kann (BAG Urteil vom 6. August 2003 aaO). Maßgebend für die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Dienst- und Werkverträgen ist der tatsächliche Geschäftsinhalt des

Vertragsverhältnisses (BAG aaO). Zu den maßgebenden vertraglichen Beziehungen und deren Handhabung hat das LSG jedoch keine tatsächlichen Feststellungen getroffen. Dies wird nachzuholen sein.

Das LSG wird auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden haben.
Rechtskraft
Aus
Login
BRD
Saved
2004-09-06