

## L 20 AL 188/18 B ER

Land  
Nordrhein-Westfalen  
Sozialgericht  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
20  
1. Instanz  
SG Köln (NRW)  
Aktenzeichen  
S 24 AL 316/18 ER  
Datum  
03.08.2018  
2. Instanz  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Aktenzeichen  
L 20 AL 188/18 B ER  
Datum  
19.02.2019  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum  
-

Kategorie  
Beschluss

Auf die Beschwerde des Antragstellers wird der Beschluss des Sozialgerichts Köln vom 03.08.2018 geändert und die aufschiebende Wirkung der Klage vom 11.09.2018 gegen den Bescheid vom 27.03.2018 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 07.08.2018 bis zum Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens, längstens bis zum 06.05.2019 angeordnet. Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Rechtsstreits in beiden Rechtszügen. Der Streitwert wird auf 37.500,00 EUR festgesetzt.

Gründe:

I.

Der Antragsteller begehrt die Anordnung der aufschiebenden Wirkung seiner Anfechtungsklage, mit der er sich gegen die Ablehnung der Verlängerung einer Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Überlassung von Arbeitnehmern wendet.

Der 1989 im Kosovo geborene Antragsteller betreibt seit November 2013 ein Gewerbe im Garten- und Landschaftsbau. Sein Betrieb arbeitet überwiegend im Bereich der Gleissicherung für die Deutsche Bahn. Insbesondere werden die Gleise vom Pflanzenbewuchs freigehalten und an die Gleise angrenzende Hänge gesichert, um ein Herabfallen von Steinen oder Felsen in das Gleisbett zu verhindern. Die von ihm beschäftigten Mitarbeiter verfügen über Qualifikationen für den Einsatz von Motorsägen, im Bereich Seilklettertechnik für Baumpflege und teilweise auch im Bereich Bergbau für den Einsatz in der Felsicherung. Die Aufträge erhält der Antragsteller allerdings nicht unmittelbar durch die Deutsche Bahn. Deren Vertragspartnerin ist vielmehr allein die Hauptauftraggeberin des Antragstellers, die T GmbH. Diese kooperiert nicht auf Werkvertragsbasis mit dem Antragsteller, sondern sie fordert dessen Mitarbeiter ausschließlich im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung an. Im März 2015 beantragte er daher erstmalig eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung. Am 06.05.2015 erteilte die Antragsgegnerin eine - zunächst auf ein Jahr befristete - Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Überlassung von Arbeitnehmern.

Auf seinen am 01.02.2016 gestellten Antrag auf befristete Verlängerung der Erlaubnis veranlasste die Antragsgegnerin eine Betriebsprüfung, die am 24.02.2016 durchgeführt wurde. Dabei beanstandete sie, dass die abgeschlossenen Arbeitsverträge auf die Anwendung der Tarifverträge des Garten-, Landschafts- und Sportplatzbaus verwiesen, deren Inhalt dem Antragsteller jedoch nicht bekannt gewesen sei. Die komplette Anwendung eines Tarifvertrages sei also offenbar nicht beabsichtigt. Da kein Tarifvertrag angewandt werde, gelte für den Antragsteller im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung der Gleichbehandlungsgrundsatz. Dem Antragsteller wurde aufgegeben, bis zum 30.04.2016 mitzuteilen, ob künftig ein Tarifvertrag angewandt werden solle. Gleichwohl wurde die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung am 15.04.2016 um ein Jahr verlängert.

Am 16.08.2016 widersprach die Antragsgegnerin nach Anhörung des Antragstellers die erteilte Erlaubnis, weil aus ihrer Sicht die Beanstandungen nicht behoben worden seien. Hiergegen erhob der Antragsteller Widerspruch und beantragte zugleich die Aussetzung der Vollziehung. Nachdem die Antragsgegnerin diesen Antrag abgelehnt hatte, beantragte der Antragsteller vor dem Sozialgericht Köln die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes (S 1 AL 518/16 ER). Den Widerspruch wies die Antragsgegnerin als unbegründet zurück. Nachdem das Sozialgericht den Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs zunächst abgelehnt hatte, gab die Antragsgegnerin im Rahmen des Beschwerdeverfahrens (L 9 AL 207/16 B ER) nach richterlichem Hinweis ein Anerkenntnis ab. In dem zwischenzeitlich bei dem Sozialgericht Köln anhängigen Klageverfahren (S 20 AL 646/16) erkannte die Antragsgegnerin den geltend gemachten Anspruch auf Aufhebung des Widerrufs ebenfalls an.

Mit Bescheid vom 20.03.2017 verlängerte die Antragsgegnerin die dem Antragsteller ab dem 07.05.2015 geltende Erlaubnis zur Überlassung von Arbeitnehmern bis zum 06.05.2018.

Am 25.01.2018 beantragte der Antragsteller erneut die befristete Verlängerung der Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung. Die Antragsgegnerin veranlasste daraufhin erneut eine Betriebsprüfung, die am 13.03.2018 erfolgte. Mit Bescheid vom 27.03.2018 lehnte die Antragsgegnerin den Antrag ab. Eine Prüfung der Personalunterlagen habe ergeben, dass die erforderliche Zuverlässigkeit nach [§ 3 Abs. 1 AÜG](#) nicht vorliege. Im Rahmen der am 13.03.2018 durchgeführten Prüfung sei festgestellt worden, dass dem Antragsteller die maßgeblichen Vorschriften des AÜG und angrenzender Gesetze nicht hinreichend bekannt seien. Es seien folgende Verstöße zu bemängeln:

- 1.) Verstöße gegen den Garantielohn gemäß [§ 11 Abs. 4 AÜG](#): Den Leiharbeitnehmern sei ohne ihr Verschulden im Januar 2018 kein Garantielohn gezahlt worden, weil kein Kundenauftrag für einen Einsatz vorgelegen habe.
- 2.) Entgegen der Konkretisierungspflicht nach [§ 1 Abs. 1 S. 6 AÜG](#) seien die Arbeitnehmer in den Überlassungsverträgen nicht namentlich benannt gewesen. Die Pflicht zur Aushändigung eines Merkblattes über den wesentlichen Inhalt des AÜG sei dem Antragsteller außerdem offensichtlich nicht bekannt gewesen. Die Erfüllung der Informationspflicht sei nicht dokumentiert gewesen.
- 3.) Mit den Arbeitnehmern sei die Anwendung des Tarifwerks BAP/DGB vereinbart. Die Berechnung des Urlaubsentgeltes und der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall seien aber nicht gemäß [§ 13.3 MTV BAP/DGB](#) erfolgt, weil Sonntags- und Nachtarbeitszuschläge nicht in die Berechnung eingeflossen seien.
- 4.) Ausscheidende Arbeitnehmer hätten entgegen [§ 7 Abs. 4 BUrlG](#) keine Urlaubsabgeltung erhalten.
- 5.) Arbeitszeiten, die auf Grund eines Feiertages ausgefallen seien, seien entgegen [§ 2 Abs. 1 EntgFG](#) nicht vergütet worden.
- 6.) Entgegen dem Verbot nach [§ 1b AÜG](#) sei im Jahr 2016 eine Überlassung von Arbeitnehmern in einen Baubetrieb erfolgt.

Hiergegen erhob der Antragsteller am 11.04.2018 Widerspruch. Die Ablehnung der beantragten Verlängerung der Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung sei unverhältnismäßig. Die Nichtzahlung von Urlaubsentgelt, Entgelt für Feiertagsarbeit und Urlaubsabgeltung könne nicht dazu führen, die beantragte Erlaubnis zu verweigern, denn es handele sich um Pflichten, die jedes Arbeitsverhältnis betreffen. Sie würden Arbeitgebern nach dem AÜG nicht zusätzlich auferlegt. Zudem habe er die Abrechnung in die Hände seines Steuerberaters gegeben; er dürfe daher darauf vertrauen, dass diese richtig sei. Die fehlende Urlaubsabgeltung betreffe außerdem lediglich eine bestimmte Gruppe rumänischer Arbeitnehmer, die ohne Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfristen nicht mehr zur Arbeit erschienen seien, obwohl sie sich bereits Gehaltsvorschüsse hatten auszahlen lassen. Dem Antragsteller sei dadurch ein erheblicher Umsatzausfall entstanden, Schadensersatzansprüche würden geprüft. Damit könne einzig der Vorwurf, der Antragsteller hätte Arbeitnehmer an einen Baubetrieb überlassen, die Annahme der Unzuverlässigkeit rechtfertigen. Der Pflichtenverstoß liege aber bereits mehr als zwei Jahre zurück, eine Wiederholungsgefahr bestehe nicht. Die Prognose der Unzuverlässigkeit für die Zukunft könne daher so nicht aufgestellt werden. Dass der Antragsteller den Arbeitnehmern kein Merkblatt ausgehändigt habe und in den Überlassungsverträgen die zu überlassenden Arbeitnehmer nicht konkretisiert worden seien, führe ebenfalls nicht zu einer Unzuverlässigkeit. Diese Verstöße hätten bereits bei der ersten Betriebsprüfung im Februar 2016 festgestellt werden können. Der Kläger habe für alle damaligen Beanstandungen Abhilfe geschaffen. Es handele sich nicht um schwerwiegende Verstöße, die bei erstmaligem Auftreten nicht zu einer Versagung der Erlaubnis führen könnten. Seine fehlenden rechtlichen Spezialkenntnisse kompensiere er durch die Hinzuziehung seines Steuerberaters und seines Prozessbevollmächtigten, durch den eine Dauerberatung erfolge, sowie durch den Bundesverband der Personaldienstleister.

Am 28.05.2018 hat der Antragsteller bei dem Sozialgericht Köln um einstweiligen Rechtsschutz nachgesucht. Zur Begründung hat er auf sein Vorbringen im Widerspruchsverfahren verwiesen. Im Übrigen sei der durch die Antragsgegnerin vorgelegte Prüfbericht unergiebig. Die Vorwürfe der Falschabrechnung würden behauptet, es fänden sich aber keine Belege in den Akten. Die nicht erteilte Erlaubnis führe dazu, dass die elf in Vollzeit bei dem Antragsteller beschäftigten Arbeitnehmer aus dem Nicht-EU-Ausland langfristig arbeitslos würden und nicht auf dem Arbeitsmarkt vermittelbar wären.

Der Antragsteller hat beantragt,

die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs vom 11.04.2018 gegen den Bescheid vom 27.03.2018 anzuordnen.

Die Antragsgegnerin hat beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Sie hat ausgeführt, die Feststellungen der Prüfung am 13.03.2018 seien mit dem Antragsteller ausführlich besprochen worden. Ihm sei unbekannt gewesen, dass Feiertage mit dem Lohn der durch den Feiertag ausgefallenen Arbeit zu vergüten seien. Die Verpflichtung zur Entlohnung der Arbeitnehmer auch für Zeiten, in denen sie nicht eingesetzt würden, sei dem Antragsteller zwar bekannt gewesen, er habe aber betont, dass dies finanziell nicht tragbar sei. Der Antragsteller könne die aufgetretenen Mängel auch nicht mit dem Hinweis entschuldigen, er habe die entsprechenden Aufgaben auf seinen Bevollmächtigten bzw. seinen Steuerberater übertragen. Er habe vielmehr sicherzustellen und zu überprüfen, dass die von ihm beauftragten Dritten über ausreichende Kenntnisse verfügten. Ermessenserwägungen seien ebenfalls angestellt worden. Denn angesichts der Anzahl und der Art der aufgetretenen Verstöße, die die finanziellen Interessen der Leiharbeitnehmer erheblich betroffen hätten, komme die bloße Erteilung von Auflagen nicht in Betracht. Das Aufschubinteresse des Antragstellers müsse daher hinter dem Vollzugsinteresse der Antragsgegnerin zurücktreten. Eine unbillige Härte sei nicht erkennbar. Das Interesse an der Erhaltung der Arbeitsplätze habe bei einer Prüfung nach dem AÜG gerade unberücksichtigt zu bleiben.

Auf Anfrage des Sozialgerichts hat der Bevollmächtigte des Antragstellers erklärt, die Nachberechnung der beanstandeten, nicht gezahlten Lohnanteile gestalte sich schwierig, weil das Hauptzollamt bei dem Antragsteller sämtliche Unterlagen beschlagnahmt habe. Er - der Bevollmächtigte - habe dem Antragsteller das Merkblatt zum AÜG ausgehändigt. Ob er dies an seine Mitarbeiter weitergegeben habe, wisse er nicht; der Antragsteller sei derzeit schwer zu erreichen.

Mit Beschluss vom 03.08.2018 hat das Sozialgericht den Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs vom 11.04.2018 gegen den Bescheid vom 27.03.2018 abgelehnt. Die festgestellten Verstöße seien keinesfalls geringfügig. Das AÜG bezwecke gerade den Schutz der Leiharbeitnehmer. Da der Antragsteller überwiegend ausländische Mitarbeiter beschäftige, sei es besonders wichtig, das Merkblatt zum AÜG auszuhändigen, weil diesen ihre Rechte möglicherweise nicht bekannt seien. Durch die fehlerhafte Lohnabrechnung seien zudem nicht nur die Leiharbeitnehmer, sondern auch der Fiskus und die Sozialversicherung benachteiligt worden. Die Beauftragung von Dritten vermöge den Antragsteller ebenfalls nicht zu entlasten. Denn er selbst sei für die Erfüllung der Pflichten verantwortlich. Sofern

er dazu nicht in der Lage sei, könne er auch die üblichen Arbeitgeberpflichten i.S.d. [§ 3 Abs. 1 Nr. 2 AÜG](#) nicht ordnungsgemäß erfüllen. Entgegen dem Vortrag des Antragstellers sei eine Überprüfung der Vorwürfe an Hand des Prüfberichtes sehr wohl möglich. Es handele sich um einen kleinen Betrieb, in dem lediglich 15 Beschäftigte überprüft worden seien. Eine Überprüfung der Lohnabrechnungen sei daher ohne weiteres möglich. Das Ergebnis der Prüfung sei auch unmittelbar mit dem Antragsteller besprochen worden. Der Antragsteller hätte daher umgehend zu den Vorwürfen Stellung nehmen können. Er habe aber lediglich die Bedeutung der arbeitsrechtlichen Vorschriften im Rahmen des AÜG bagatellisiert und eine Nachberechnung nicht in Angriff genommen. Erst auf Nachfrage des Gerichts seien entsprechende Maßnahmen veranlasst worden. Die Frage des Gerichts, ob der Vertrag mit dem Entleiher zeitlich befristet sei, sei nicht beantwortet worden. Stattdessen sei auf eine schlechte Erreichbarkeit des Antragstellers hingewiesen worden. Der Antragsteller sei daher nicht in der Lage, trotz wesentlicher Bedeutung für seinen Geschäftsbetrieb das Eilverfahren ordnungsgemäß zu führen. Auch ansonsten könne er die Pflichten eines Arbeitgebers auf dem Gebiet der Arbeitnehmerüberlassung nicht ausreichend erfüllen. Er habe auch den angeforderten Beschlagnahmebeschluss des Hauptzollamtes nicht übersandt. Es sei daher nicht glaubhaft gemacht, dass er an einer Nachberechnung gehindert gewesen sei. Angesichts der aufgezeigten Umstände komme auch die Erteilung einer befristeten Erlaubnis mit Auflagen nicht in Betracht.

Durch (am 08.08.2018 mit einfachem Brief versandten) Widerspruchsbescheid vom 07.08.2018 hat die Antragsgegnerin den Widerspruch des Antragstellers als unbegründet zurückgewiesen. Hiergegen hat der Antragsteller am 11.09.2018 Klage erhoben, die bei dem Sozialgericht Köln unter dem Aktenzeichen S 20 AL 593/18 geführt wird.

Bereits am 29.08.2018 hat der Antragsteller gegen den Beschluss des Sozialgerichts Köln Beschwerde eingelegt. Er betreibe einen Betrieb des Garten- und Landschaftsbaus, gleichzeitig überlasse er Arbeitnehmer. Es handele sich daher um einen Mischbetrieb, dem die Verweisung auf die Tarifverträge der Zeitarbeit gestattet sei. Ein Verleih in das Baugewerbe sei aktuell nicht erfolgt. Der zu Grunde liegende Sachverhalt habe sich im Jahr 2016 ereignet, also vor den Verlängerungen der Erlaubnis in den Jahren 2016 und 2017. Der Verstoß gegen die Konkretisierungspflicht in den Überlassungsverträgen beruhe auf dem Umstand, dass die Tätigkeit der Felssicherung äußerst anstrengend und mit häufig wechselnden Einsatzorten verbunden sei. Dies habe eine hohe Mitarbeiterfluktuation zur Folge. Der Antragsteller habe daher einen Rahmenüberlassungsvertrag mit seiner Auftraggeberin geschlossen, der den wechselnden Einsatzerfordernissen und den sich ständig ändernden Anforderungen der Deutschen Bahn gerecht werde, indem er flexible Überlassungsmöglichkeiten hinsichtlich Anzahl der zu überlassenden Mitarbeiter und Überlassungsdauer vorsehe. Die namentliche Konkretisierung der Mitarbeiter erfolge i.d.R. kurzfristig und telefonisch. Es treffe zu, dass der Antragsteller Mitarbeitern im Januar 2018 keinen Garantielohn gezahlt habe. Es sei aber fraglich, ob er dazu verpflichtet gewesen sei, weil die Arbeit witterungsbedingt ausgefallen sei. Er sei berechtigt, bei der Antragsgegnerin Winterbauförderung in Anspruch zu nehmen. Er habe sich jedoch bereiterklärt, die Löhne nachzuzahlen und hierauf Beiträge zu entrichten. Wegen der Beschlagnahme der Unterlagen sei dies allerdings derzeit nicht möglich. Soweit dem Antragsteller mangelnde Kenntnisse des Arbeits-, Sozial- und Arbeitnehmerüberlassungsrechts vorgeworfen würden, könne daraus keine Unzuverlässigkeit i.S.d. AÜG hergeleitet werden. Denn zahlreiche Leiharbeitgeber würden tarifliche oder arbeitsvertragliche Vorschriften verletzen, ohne dass ihnen die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung entzogen werde. Zweck des gesetzlichen Erlaubnisvorbehalts sei der Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter. Fachkunde werde aber regelmäßig für die Erteilung einer Erlaubnis nach dem AÜG nicht vorausgesetzt, vielmehr müsse es möglich sein, sich der Fachkunde Dritter zu bedienen. Es könne auch nicht verlangt werden, die Gehaltsabrechnungen aller Mitarbeiter noch einmal zu überprüfen. Soweit das Arbeitsentgelt fehlerhaft berechnet worden sei, könne das nicht zu einer Unzuverlässigkeit i.S.d. AÜG führen, weil dies die Pflichten aus jedem Arbeitsverhältnis betreffe, nicht aber die besonderen Pflichten nach dem AÜG. Die fehlende Feiertagsvergütung und Entgeltfortzahlung beruhe auf einem Fehler des Steuerberaters des Antragstellers. Die Merkblätter seien mittlerweile ausgehändigt worden.

Mit Schreiben vom 08.11.2018 hat der Antragsteller die zwischenzeitlich erfolgten Nachberechnungen für fünf Mitarbeiter übersandt. Unter dem 20.12.2018 hat der Antragsteller weitere korrigierte Lohnabrechnungen für sämtliche Mitarbeiter seines Betriebes nebst Nachweisen über die entsprechenden Meldungen an die Einzugsstellen und über die nachzuzahlende Lohnsteuer vorgelegt.

Er beantragt,

den Beschluss des Sozialgerichts Köln vom 03.08.2018 zu ändern und die aufschiebende Wirkung der Klage vom 11.09.2018 gegen den Bescheid vom 27.03.2018 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 07.08.2018 anzuordnen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie hält den erstinstanzlichen Beschluss für zutreffend. Auch angesichts der nun vorgelegten, korrigierten Gehaltsnachweise für nur fünf Mitarbeiter sei weiterhin davon auszugehen, dass nicht für sämtliche Arbeitnehmer eine Vergütung für die bisher nicht abgegoltenen Feiertage gezahlt worden sei. Auch sei eine Nachvergütung der Garantielöhne erforderlich. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts seien in Betrieben der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung vorübergehende Arbeitsausfälle branchenüblich. Den Entgeltanspruch der Arbeitnehmer lasse dies nicht entfallen. Dass ein Anspruch auf Urlaubsabgeltung für bestimmte Arbeitnehmer bei deren Ausscheiden nicht bestanden habe, sei bislang nicht durch entsprechende Unterlagen nachgewiesen worden.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des übrigen Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie der beigezogenen Verwaltungsakte der Antragsgegnerin Bezug genommen. Dieser ist Gegenstand der Entscheidungsfindung gewesen.

II.

Die nach [§§ 172, 173 SGG](#) zulässige Beschwerde des Antragstellers ist in dem tenorierten Umfang begründet. Zu Unrecht hat das Sozialgericht dem Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs nicht stattgegeben. Der - entsprechend [§ 99 Abs. 3 Nr. 2 SGG](#) in zulässiger Weise geänderte - Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der inzwischen erhobenen Anfechtungsklage vom 11.09.2018 hat im Ergebnis im Wesentlichen Erfolg.

Der Antragsteller kann sein Rechtsschutzziel bereits mit der Anordnung der aufschiebenden Wirkung seiner Klage erreichen (§ 86b Abs. 1 Nr. 2 SGG), so dass es einer einstweiligen Anordnung nach § 86b Abs. 2 S. 2 SGG nicht bedarf. Denn § 2 Abs. 4 S. 3 AÜG sieht eine Verlängerung der Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung ipso iure um ein weiteres Jahr (hier also vom 07.05.2018 bis zum 06.05.2019) vor, wenn die Erlaubnisbehörde die Verlängerung nicht vor Ablauf des Jahres ablehnt. Einer nach § 86b Abs. 2 S. 2 SGG im Wege der einstweiligen Anordnung zu erreichenden Verpflichtung der Antragsgegnerin zur Erteilung einer neuen Erlaubnis bedürfte es ggf. zur Fortführung der Geschäftstätigkeit nicht (so z.B. LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 10.11.2017 - L 2 AL 75/17 B ER Rn. 44; a.A. Keller in Meyer-Ladewig u.a., SGG, 12. Auflage 2017, § 86a Rn. 31, der bei Verlängerung der Erlaubnis nur eine einstweilige Anordnung für möglich hält). Vorliegend wären aber, wenn man der gegenteiligen Auffassung folgte, auch die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 86b Abs. 2 S. 2 SGG erfüllt (dazu weiter unten).

1.) Gemäß § 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag in den Fällen, in denen Widerspruch oder Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung haben, die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise anordnen. Weitere Kriterien für das Gebrauchmachen von dieser gerichtlichen Anordnungsbefugnis, insbesondere materiell-rechtlicher Art, sind gesetzlich nicht geregelt. Sie sind durch Auslegung zu gewinnen. Diese ergibt, dass die Anordnung der aufschiebenden Wirkung eines Widerspruchs oder einer Anfechtungsklage Ergebnis einer bestimmten Interessenabwägung ist. Die aufschiebende Wirkung eines solchen Rechtsbehelfs ist anzuordnen, wenn im Rahmen der Interessenabwägung dem privaten Aufschubinteresse gegenüber dem öffentlichen Interesse an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsaktes Vorrang gebührt. Bei dieser Interessenabwägung ist insbesondere die - nach summarischer Prüfung der Rechtslage zu bewertende - Erfolgsaussicht des Rechtsbehelfs in der Hauptsache zu berücksichtigen (Keller in Meyer-Ladewig u.a., SGG, 12. Auflage 2017, § 86b Rdnr. 12c m.w.N.). Ferner ist zu beachten, dass der Gesetzgeber in Fällen des § 86a Abs. 4 SGG das Entfallen der aufschiebenden Wirkung angeordnet und damit grundsätzlich ein überwiegendes Interesse an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsaktes geregelt hat. Davon abzuweichen besteht nur Anlass, wenn im konkreten Fall ein überwiegendes privates Aufschubinteresse feststellbar ist. Die Anordnung der aufschiebenden Wirkung muss eine mit gewichtigen Argumenten zu begründende Ausnahme sein (vgl. Keller, a.a.O.). Eine solche Ausnahme liegt vor, wenn der Verwaltungsakt offensichtlich rechtswidrig ist. Ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Vollziehung offensichtlich rechtswidriger Verwaltungsakte ist nicht erkennbar. Ist der Verwaltungsakt offensichtlich rechtmäßig, ist die aufschiebende Wirkung regelmäßig nicht anzuordnen. Sind die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs nicht abschätzbar, ist eine allgemeine Interessenabwägung durchzuführen. Die grundrechtlichen Belange des Antragstellers sind in die Abwägung einzustellen (vgl. Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 12.05.2005 - 1 BVR 569/05).

Die aufschiebende Wirkung der Klage war unter Berücksichtigung der ausgeführten Grundsätze vorliegend anzuordnen, weil nach der im einstweiligen Rechtsschutzverfahren gebotenen summarischen Prüfung die Rechtswidrigkeit der Verwaltungsentscheidung der Antragsgegnerin zur Ablehnung der Verlängerung der Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung nicht feststeht und daher durchaus Erfolgsaussichten der Klage gegen die Entscheidung der Antragsgegnerin bestehen. Die danach vorzunehmende Interessenabwägung geht zu Gunsten des Antragstellers aus.

a) Rechtsgrundlage für die Versagung der Verlängerung der Erlaubnis zur gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung ist § 3 Abs. 1 AÜG. Danach ist die Erlaubnis oder ihre Verlängerung zu versagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller

- 1.) die für die Ausübung der Tätigkeit nach § 1 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 oder über die Ausländerbeschäftigung, über die Überlassungshöchstdauer nach § 1 Absatz 1b, 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 zustehenden Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts nicht gewährt.

Die Zuverlässigkeit i.S.v. § 3 Abs. 1 AÜG ist nach dem klaren Wortlaut der Vorschrift nicht nur bei der Neuerteilung, sondern auch bei jeder Verlängerung der Erlaubnis zu prüfen (LSG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 19. Dezember 2012 - L 1 AL 4/01 Rn. 50). Wann die Voraussetzungen des Versagungsgrundes der Unzuverlässigkeit, der einen gerichtlich nachprüfbaren unbestimmten Rechtsbegriff darstellt (BSG, Urteil vom 6. Februar 1992 - 7 RAR 140/90 Rn. 26), verwirklicht sind, ergibt sich nicht abschließend aus dem AÜG. § 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG begnügt sich, wie dem Wort "insbesondere" zu entnehmen ist, mit der Aufzählung von Beispielsfällen. Zur Auslegung herangezogen werden kann aber auch der Zweck der Vorschrift. Dieser besteht darin, im Interesse der Sicherheit des sozialen Schutzes der Leiharbeiter unzuverlässige Verleiher aus dem Bereich der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung auszuschalten (BT-Drs. VI/2303, S. 11). Unter Berücksichtigung der Beispielsfälle des § 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG und des Schutzzweckes des AÜG muss ein Antragsteller als unzuverlässig angesehen werden, wenn in seiner Person Tatsachen vorliegen, denen zufolge zu besorgen ist, dass er sein Gewerbe nicht in Einklang mit den bestehenden rechtlichen Vorschriften ausüben wird (BSG, Urteil vom 6. Februar 1992 - 7 RAR 140/90 Rn. 26). Dabei muss es sich um arbeitsrechtliche Verstöße im Kernbereich handeln. Zum Kernbereich zählen die Vergütung, Ansprüche auf Erholungsurlaub und sonstige Ansprüche auf geldwerte Leistungen (LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 10. November 2017 - L 2 AL 75/17 B ER). Maßgebend ist hierbei eine Prognose für die Zukunft, d.h. ein aus den vorhandenen tatsächlichen Umständen der Vergangenheit und der Gegenwart gezogener Schluss auf ein wahrscheinliches zukünftiges Verhalten der Antragstellerin, für die - vorbehaltlich einer abschließenden Prüfung im Hauptsacheverfahren - der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Tatsachengericht maßgebend sein dürfte (so jedenfalls BSG, Urteil vom 6. Februar 1992 - 7 RAR 140/90 Rn. 26; LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 27. Juni 2018 - L 7 AL 22/18 B ER Rn. 21). Dabei kann sich die Unzuverlässigkeit auch aus einer Summierung von Umständen ergeben, die für sich allein keinen Versagungsgrund rechtfertigen könnten (LSG Niedersachsen-Bremen, a.a.O.). Führt die Prognose zu keinem klaren Ergebnis, geht dies zu Lasten der Erlaubnisbehörde (BSG, Urteil vom 06. Februar 1992 - 7 RAR 140/90 a.a.O.).

b) Ausgehend hiervon steht nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand nach summarischer Prüfung im Zeitpunkt der Entscheidung des Senats jedenfalls nicht fest, dass der Antragsteller die nach § 3 Abs. 1 AÜG erforderliche Zuverlässigkeit für die Ausübung einer Tätigkeit der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung nicht besitzt.

aa) Soweit die Antragsgegnerin dem Antragsteller Verstöße gegen die Pflicht zur ordnungsgemäßen Zahlung des Garantielohnes, der

Urlaubsabgeltung, des Urlaubsentgeltes, der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall und der gesetzlichen Feiertagsvergütung vorwirft, hat der Antragsteller diese zwar selbst eingeräumt. Derartige Verstöße sind auch grundsätzlich geeignet, eine Unzuverlässigkeit i.S.d. [§ 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG](#) zu begründen. Der Antragsteller hat allerdings zumindest im Rahmen des Beschwerdeverfahrens korrigierte Entgeltabrechnungen für sämtliche Arbeitnehmer vorgelegt, in denen die Verstöße behoben worden sein sollen. Ob sie tatsächlich vollständig behoben wurden, kann im derzeitigen Stand des Verfahrens nicht beurteilt werden. Denn die Antragsgegnerin hat es im Rahmen der am 13.03.2018 durchgeführten Überprüfung unterlassen, die einzelnen Verstöße exakt und unter Nennung der Namen des jeweiligen Mitarbeiters zu dokumentieren. Fehlt es aber an einer hinreichenden Dokumentation und kann auch die Antragsgegnerin die einzelnen Verstöße ausweislich ihrer Stellungnahmen vom 14.11.2018 und 21.12.2018 offenbar nicht mehr im Einzelnen benennen, so können im Rahmen der summarischen Prüfung die umfangreichen Korrekturen nur als zumindest ernsthaftes Bemühen des Antragstellers gewertet werden, seinen rechtlichen Verpflichtungen nachzukommen und den Vorgaben der Antragsgegnerin zu entsprechen. Dass die Korrektur nur zögerlich und erst im Rahmen des Beschwerdeverfahrens auf Nachfrage des Gerichts und der Antragsgegnerin erfolgte, steht dieser Einschätzung nicht entgegen. Denn es ist zumindest nicht ausgeschlossen, dass eine Korrektur erst deshalb verspätet erfolgte, weil - wie der Antragsteller vorträgt - wesentliche Unterlagen durch das Hauptzollamt beschlagnahmt waren. Die zeitliche Verifizierung dieses Vortrags muss dabei dem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben. Zum jetzigen Zeitpunkt ist im Rahmen der summarischen Prüfung jedenfalls von einem einsichtigen Verhalten des Antragstellers auszugehen, das eine negative Prognose für die Zukunft nicht zulässt.

bb) Gleiches gilt für das den Arbeitnehmern zunächst nicht ausgehändigte Merkblatt. Der Antragsteller hat mitgeteilt, dieses seinen Mitarbeitern inzwischen ausgehändigt zu haben.

cc) Auch der Vorwurf des Verstoßes gegen [§ 1b AÜG](#) durch Überlassung von Arbeitnehmern in Betriebe des Baugewerbes vermag eine Unzuverlässigkeit des Antragstellers nicht zu begründen. Denn der Verdacht einer rechtswidrigen Überlassung hat sich im Rahmen der Ermittlungen des Hauptzollamtes offensichtlich nicht belegen lassen, wie der durch den Antragsteller übersandte E-Mail-Verkehr zwischen der Antragsgegnerin und dem Hauptzollamt belegt. Offensichtlich hat die Antragsgegnerin daher von diesem Vorwurf selbst Abstand genommen.

dd) Der dann verbleibende Vorwurf der nicht hinreichenden Konkretisierung nach [§ 1 Abs. 1 S. 6 AÜG](#) ist an Hand der Verwaltungsakten ebenfalls nicht nachvollziehbar, weil insoweit wiederum eine ausreichende Dokumentation, etwa durch das Anfertigen von Kopien im Rahmen der Überprüfung am 13.03.2018, nicht erfolgt ist. Soweit der Antragsteller selbst einräumt, dass eine Konkretisierung jeweils erst kurzfristig telefonisch erfolgt sei, erweist sich dies jedenfalls als nicht offensichtlich rechtswidrig. Die Frage, ob die Konkretisierungspflicht des [§ 1 Abs. 1 S. 6 AÜG](#) dem Schriftformerfordernis ([§ 12 Abs. 1 AÜG](#), [§§ 126, 126a BGB](#)) unterliegt, ist - soweit ersichtlich - höchstrichterlich noch nicht geklärt und in der Literatur umstritten (bejahend etwa Zimmermann, BB 2016, 53, 55; verneinend Ulrici, AÜG, 1. Auflage 2017, § 1 Rn. 134; zweifelnd Bissels in Urban-Crell, Germakowski, Bissels, Hurst, AÜG, 3. Auflage 2017, § 1 Rn. 292 sowie Waas in Thüsing, AÜG, 4. Auflage 2018, § 1 Rn. 123). Die Antragsgegnerin selbst vertritt in ihren Fachlichen Weisungen zum AÜG (zu [§ 1 AÜG](#), Nr. 1.1.6.7 (2)) eine differenzierte Auffassung zum Schriftformerfordernis. Dort heißt es:

"Das Schriftformerfordernis des [§ 12 Absatz 1 Satz 1 AÜG](#), [§§ 126, 126a BGB](#) umfasst den gesamten Überlassungsvertrag einschließlich aller Nebenabreden. Je nachdem, wie Ver- und Entleiher den Überlassungsvertrag im Rahmen der Privatautonomie ausgestalten, kann auch die namentliche Benennung der zu überlassenden Leiharbeitnehmer und damit die Konkretisierung der Schriftform unterliegen. Dies gilt zum Beispiel dann, wenn die Überlassung bestimmter Arbeitnehmer wesentlicher Inhalt der vertraglichen Abrede ist. Die Konkretisierung unterliegt hingegen dann nicht der Schriftform des Überlassungsvertrages, wenn der Leiharbeitnehmer erst im Zuge der Erfüllung des Überlassungsvertrages durch den Verleiher unter Bezugnahme auf den Überlassungsvertrag namentlich benannt wird. Dies kann etwa der Fall sein, wenn der Überlassungsvertrag als Rahmenvertrag über ein Arbeitskräftekontingent ausgestaltet ist (vgl. [Bundestagsdrucksache 18/9232 Seite 20](#)). In jedem Fall ist ein geeigneter Nachweis über die Konkretisierung z. B. in Textform zu den Geschäftsunterlagen zu nehmen und aufzubewahren (vgl. [§ 7 Absatz 2 AÜG](#))."

Damit sind für die Frage, ob die Personen der zu überlassenden Arbeitnehmer schriftlich zu vereinbaren sind, die konkrete Ausgestaltung der Verträge und die Dokumentation der Vertragspartner entscheidend, die ggf. im Rahmen des Hauptsacheverfahrens näher zu ermitteln wären. Auf der Grundlage der von der Antragsgegnerin vorgenommenen Dokumentation lässt sich jedenfalls im Rahmen eines einstweiligen Rechtschutzverfahrens eine abschließende Beurteilung nicht vornehmen.

c) Ist damit der angegriffene Verwaltungsakt nicht offensichtlich rechtswidrig, so muss die vorzunehmende Interessenabwägung zu Gunsten des Antragstellers ausgehen. Auch wenn grundsätzlich zu beachten ist, dass der Gesetzgeber das Entfallen der aufschiebenden Wirkung in Fällen der Versagung der Verlängerung einer Erlaubnis zur gewerblichen Überlassung von Arbeitnehmern in [§ 86a Abs. 4 SGG](#) grundsätzlich als den Regelfall angesehen hat, kann dies vorliegend nicht dazu führen, dem Vollzugsinteresse den Vorzug zu geben. Dabei war zu berücksichtigen, dass der Antragsteller nach eigenen Angaben  $\frac{3}{4}$  seines Umsatzes aus der Arbeitnehmerüberlassung erzielt, so dass bei einer Ablehnung seines Antrags auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Fortbestand seines Betriebes konkret gefährdet wäre. Angesichts eines damit im Raum stehenden schweren Eingriffs in die durch [Art. 12 GG](#) gewährleistete Berufsfreiheit kann zudem nicht unberücksichtigt bleiben, dass der gebotene und notwendige Schutz der Arbeitnehmerrechte jedenfalls - soweit erkennbar - zumindest teilweise nachträglich realisiert wurde und fortdauernde Verstöße nicht nachgewiesen sind. Da die hier in Streit stehende, auf ein Jahr zu befristende Verlängerung ohnehin nur bis zum 06.05.2019 zu erteilen gewesen wäre, hat die Antragsgegnerin im Rahmen der ggf. durchzuführenden neuerlichen Überprüfung die Gelegenheit, die dauerhafte Einhaltung der gesetzeskonformen Verdienstabrechnungen zu überprüfen und etwaige Pflichtverletzungen des Antragstellers nachvollziehbar zu dokumentieren.

d) Die Anordnung der aufschiebenden Wirkung war bis zum 06.05.2019 zu befristen, weil die begehrte Erlaubnis längstens bis zu diesem Zeitpunkt zu erteilen war, [§ 2 Abs. 4 S. 1 AÜG](#). Insbesondere hat der Antragsteller in der Hauptsache lediglich eine befristete Erlaubnis beantragt, so dass die Erteilung einer unbefristeten Erlaubnis nach [§ 2 Abs. 5 S. 1 AÜG](#) durch die Antragsgegnerin nicht zu prüfen war.

2.) Zu einem anderen Ergebnis gelangte man schließlich nicht, wenn vorliegend ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach [§ 86b Abs. 2 S. 2 SGG](#) statthafte Antragsart (so etwa Keller in Meyer-Ladewig u.a., SGG, 12. Auflage 2017, § 86a Rn. 31). Einstweilige Anordnungen sind nach [§ 86b Abs. 2 S. 2 SGG](#) zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint (Regelungsanordnung). Der Erlass einer einstweiligen



Anordnung verlangt grundsätzlich Erfolgsaussichten in der Hauptsache sowie die Erforderlichkeit einer vorläufigen gerichtlichen Entscheidung. Die Erfolgsaussichten in der Hauptsache (Anordnungsanspruch) und die Eilbedürftigkeit der erstrebten einstweiligen Regelung (Anordnungsgrund) sind glaubhaft zu machen (§ 86b Abs. 2 S. 4 SGG i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO). Ob ein Anordnungsanspruch vorliegt, ist in der Regel durch summarische Prüfung zu ermitteln. Können ohne Eilrechtsschutz jedoch schwere und unzumutbare Nachteile entstehen, die durch das Hauptsacheverfahren nicht mehr zu beseitigen wären, ist eine abschließende Prüfung erforderlich (BVerfG Beschluss vom 12.05.2005 - [1 BvR 569/05](#) Rn. 24f.). Bei offenem Ausgang muss das Gericht anhand einer Folgenabwägung entscheiden, die die grundrechtlichen Belange der Antragsteller umfassend zu berücksichtigen hat (BVerfG Beschluss vom 12.05.2005 - [1 BvR 569/05](#) Rn. 26).

a) Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe wäre nach den obigen Ausführungen der Ausgang des Verfahrens als offen anzusehen, weil an Hand der bislang vorliegenden Unterlagen die monierten Verstöße sowie die vorgenommenen Nachbesserungen des Antragstellers im Einzelnen nicht überprüfbar sind (s.o.). Die sodann ebenfalls durchzuführende Interessenabwägung ginge gleichermaßen in dem tenorierten zeitlichen Umfang zu Gunsten des Antragstellers aus. Insofern wird auf die Ausführungen unter 1.) c) verwiesen.

b) Im Hinblick auf die unter 1.) c) dargestellte, mit einer Ablehnung des Eilantrags verbundene Gefährdung seines Betriebs ist es dem Antragsteller auch nicht zumutbar, den Ausgang des Hauptsacheverfahrens abzuwarten (= Eilbedürftigkeit i.S.V. [§ 86 Abs. 2 S. 2 SGG](#)).

3.) Die Kostenentscheidung folgt aus einer entsprechenden Anwendung des [§ 193 SGG](#). Von einer Kostenquotellung hat der Senat im Hinblick darauf, dass der Eilantrag im Wesentlichen Erfolg hat, abgesehen.

4.) Die Entscheidung hinsichtlich des Streitwertes beruht auf [§ 197a Abs. 1 S. 1 SGG](#) i.V.m. [§§ 63 Abs. 2 S. 1, 52 Abs. 1](#), 2 GKG. Das Sozialgericht hat den Streitwert zutreffend ermittelt. Bei einem vom Antragsteller angegebenen Jahresgewinn von 100.000,00 EUR, von dem  $\frac{3}{4}$  durch Arbeitnehmerüberlassung erzielt werden, waren 75.000,00 EUR als Streitwert berücksichtigungsfähig. Wegen der vorläufigen Bedeutung des Verfahrens im einstweiligen Rechtsschutz war ein Abschlag i.H.v.  $\frac{1}{2}$  des Jahresumsatzes gerechtfertigt, so dass der Streitwert auf 37.500,00 EUR festzusetzen war.

5.) Dieser Beschluss ist nicht mit der Beschwerde an das Bundessozialgericht anfechtbar ([§ 177 SGG](#) bzw. § 68 Abs. 1 S. 5 i.V.m. § 66 Abs. 3 S. 3 GKG).

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2019-03-06