

---

## S 5 AL 694/97

### Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht	Bundessozialgericht
Sachgebiet	Arbeitslosenversicherung
Abteilung	11
Kategorie	Urteil
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	-
Leitsätze	-
Normenkette	-

#### 1. Instanz

Aktenzeichen	S 5 AL 694/97
Datum	27.10.1998

#### 2. Instanz

Aktenzeichen	L 11 AL 397/98
Datum	26.07.2000

#### 3. Instanz

Datum	29.04.2004
-------	------------

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Bayerischen Landessozialgerichts vom 26. Juli 2000 [L 11 AL 397/98](#) aufgehoben, soweit die Berufung zurückgewiesen worden ist. Der Rechtsstreit wird insoweit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen.

Gründe:

I

Die Kläger sind Arbeitnehmer des türkischen Unternehmens B. Ltd. Sti (B. Ltd), das im grenzüberschreitenden Verkehr zwischen Deutschland und der Türkei tätig ist. Bei dem türkischen Unternehmen handelt es sich um einen Zweigbetrieb der B. GmbH mit Sitz in Stuttgart. Die Kläger sind türkische Staatsangehörige mit Wohnsitz in der Türkei. Auf Grund ihrer Beschäftigung wurden für die Kläger Sozialversicherungsbeiträge in der Türkei abgeführt. Für ihre Tätigkeit waren ihnen jeweils Arbeitserlaubnisse im grenzüberschreitenden Verkehr erteilt worden. Eine Verlängerung der Arbeitserlaubnisse über den 30. September 1996 hinaus lehnte die Beklagte ab (Bescheide vom 30. Oktober 1996; Widerspruchsbescheide vom 17. Juli 1997).

---

Lediglich für diejenigen Fahrer, die sich gerade auf Tour befanden, wurden kurzfristige Verlängerungen erteilt (Bescheide vom 4. und 11. November 1996).

Das Sozialgericht (SG) Nürnberg hat mit Urteilen vom 27. Oktober 1998 festgestellt, dass die Kläger keiner Arbeitserlaubnis bedurften, weil sie im grenzüberschreitenden Verkehr in Deutschland auf LKW der B. GmbH eingesetzt seien.

Das Landessozialgericht (LSG) hat die Berufungssachen zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden. Mit dem Urteil vom 26. Juli 2000 hat das LSG die Berufungen der Beklagten verworfen, soweit sie die Vergangenheit betreffen und zurückgewiesen, soweit sie die Zukunft betreffen. Das LSG hat zur Begründung ausgeführt, der Streit um eine entsprechende Feststellung der Arbeitserlaubnisfreiheit für Zeiträume, die zum Zeitpunkt der Entscheidung in der Vergangenheit gelegen hätten, seien nicht berufungsfähig. Die Berufung sei insoweit mangels Beschwer zu verwerfen. Im Übrigen sei die Berufung nicht begründet. Die Kläger könnten sich als türkische Arbeitnehmer auf die zwischenstaatlichen Vereinbarungen berufen, die die Europäische Gemeinschaft mit der Türkei abgeschlossen habe. Diese Vereinbarungen konservierten den Rechtszustand, der zu Beginn der Beschäftigung der Kläger in Deutschland bestanden habe. Die Stillhalteklausele des 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) erfasse auch die streitrelevante Beschäftigung der türkischen Fahrer auf den deutschen Teilstrecken seiner grenzüberschreitenden Tätigkeit. Durch die Neuregelung des Arbeitserlaubnisrechts ab 10. Oktober 1996 sei eine wesentliche Beschränkung des Zugangs von ausländischen LKW-Fahrern zum deutschen Arbeitsmarkt ab 10. Oktober 1996 eingetreten. Diese generelle Einschränkung verstöße gegen das Assoziationsrecht und sei deshalb unbeachtlich. Dahingestellt bleibe, ob, wie die Beklagte geltend mache, die Kläger und ihre Arbeitgeberin oder deren deutsche Auftraggeber gegen das deutsche Güterkraftverkehrsrecht verstießen. 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 Arbeitgeberin der Kläger erbringe die von ihr der deutschen Auftraggeberin geschuldete Leistung, die LKW an die vereinbarten Ziele zu fahren.

Die Beklagte hat die vom LSG zugelassene Revision eingelegt. Der Senat hat dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) mit Beschluss vom 20. Juni 2001 Fragen 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 vorgelegt. Nach dem Urteil des EuGH vom 21. Oktober 2003 ([C-317/01](#) sowie [C-369/01](#)) ist das Verfahren fortgeführt worden.

Mit der Revision rügt die Beklagte eine Verletzung des Â§ 9 Nr 2 Arbeitserlaubnisverordnung (AEVO) bzw des Â§ 9 Nr 3a

---

Arbeitsgenehmigungsverordnung (ArGV). In den vorgenommenen Änderungen des Arbeitsgenehmigungsrechts liege keine neue Beschränkung für die Dienstleistungserbringung durch Unternehmen mit Sitz in der Türkei. Die Änderung des Arbeitsgenehmigungsrechts stellen lediglich eine Anpassung an die ohnehin geltenden Regelungen des Verkehrsrechts dar. Der grenzüberschreitende Straßenverkehr 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 Gesetzssystematik 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, weil eine Verlegung des Fahrzeuges durch ein deutsches Unternehmen ins Ausland ohne Wechsel des Kennzeichens gegen § 27 Straßenverkehrszulassungsordnung (StVZO) verstöße. Die "Fahrzeug-Vermietung" stelle in Verbindung mit der Beschäftigung von türkischen Arbeitnehmern 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,  
die Urteile des Sozialgerichts Nürnberg vom 27. Oktober 1998 [â S 5 AL 694/97](#) -, [â S 5 AL 702/97](#) -, [â S 5 AL 704/97](#) â und [â S 5 AL 712/97](#) â sowie das Urteil des Bayerischen Landessozialgerichts vom 26. Juli 2000 [L 11 AL 397/98](#) â aufzuheben, soweit die Berufung zurückgewiesen worden ist, und die Klagen abzuweisen.

Die Kläger beantragen,  
die Revision mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass die Kläger kraftig berechtigt sind, als von der B. Ltd. Sti, M. /Türkei, beschäftigte Kraftfahrer auf in Deutschland zugelassenen Lastkraftwagen des Güterkraftverkehrsunternehmens B. GmbH, Stuttgart, im grenzüberschreitenden Güterverkehr in Deutschland ohne Arbeitsgenehmigung tätig zu werden.

Sie sind der Auffassung, dass nach dem Urteil des EuGH vom 21. Oktober 2003 [C 317/01](#) und [C-369/01](#) allein fraglich sei, ob die Regelung des § 9 Nr 2 AEVO, wonach die Tätigkeit in der Türkei angestellten Kraftfahrern im grenzüberschreitenden Güterverkehr nur noch dann arbeitserlaubnisfrei sei, wenn das Fahrzeug im Sitzstaat des Arbeitgebers zugelassen sei, die Situation türkischer Fahrer gegenüber jener Situation erschwere, die sich aus den in Deutschland für sie zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Zusatzprotokolls geltenden Vorschriften ergebe. Zum 1. Januar 1973 sei die Tätigkeit der türkischen Kraftfahrer arbeitserlaubnisfrei gewesen. Die nachfolgenden

---

Änderungen der AEVO stellen fraglos eine Verschlechterung der Rechtsposition der türkischen Arbeitnehmer sowie der türkischen Unternehmer dar. Wenn die Beklagte behauptete, es sei keine neue Einschränkung, die ursprünglich genehmigungsfreie Tätigkeit der türkischen Kraftfahrer von der Benutzung von im Sitzstaat des Arbeitgebers zugelassenen Fahrzeugen abhängig zu machen, sei dies vorliegend nicht relevant. Zum einen seien die Fahrzeuge im Inland zugelassen, sodass der Unternehmer in Deutschland eine Genehmigung nach dem Güterkraftverkehrsgesetz benötige. Zum anderen seien Unternehmer mit Sitz im Ausland gerade nach dem Güterkraftverkehrsgesetz von der Erlaubnispflicht befreit, sofern überstaatliche Erlaubnisse vorliegen. Es liege auch keine unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung vor.

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 Kläger begehren die Feststellung, dass sie kraftig berechtigt sind, als Beschäftigte der türkischen B. Ltd auf in Deutschland zugelassenen LKW eines bestimmten deutschen Güterkraftverkehrsunternehmers – nämlich der B. GmbH – im grenzüberschreitenden Güterverkehr arbeitsgenehmigungsfrei tätig werden zu können. Die Feststellungsklagen sind zulässig (vgl. [BSGE 74, 90, 91 f](#) = [SozR 3-4210 Â§ 9 Nr 1](#)). Etwaigen Bedenken hinsichtlich des Feststellungsinteresses angesichts der weiteren Fassung der Feststellungsanträge in den Vorinstanzen haben die Kläger dadurch Rechnung getragen, dass sie ihr Feststellungsbegehren auf die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit beschränkt haben. Insoweit handelt es sich nicht um eine im Revisionsverfahren nach [Â§ 168 Satz 1](#) Sozialgerichtsgesetz unzulässige Klageänderung, sondern um eine Klarstellung dessen, was die Kläger bereits in den Vorinstanzen begehrt haben (s dazu BSG [SozR 3-1500 Â§ 55 Nr 34](#); vgl auch [BSGE 88, 231, 233](#) = [SozR 3-4210 Â§ 9 Nr 2](#)).

2. Die Begründetheit des Feststellungsbegehrens der Kläger hängt davon ab, ob hinsichtlich der beabsichtigten Beschäftigung Arbeitsgenehmigungsfreiheit besteht. Nach dem anzuwendenden deutschen Recht sind die Kläger als Arbeitnehmer eines türkischen Arbeitgebers nicht berechtigt, im grenzüberschreitenden Güterverkehr auf in Deutschland zugelassenen Fahrzeugen in Deutschland arbeitsgenehmigungsfrei tätig zu werden. Die von den Klägern beehrte 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 Â§ 9 Nr 1](#)), also die derzeit geltenden Bestimmungen. Nach [Â§ 9 Nr 3a ArGV](#) – erlassen auf Grund des [Â§ 288 Abs 1](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch – bedarf keiner Arbeitsgenehmigung das fahrende Personal im grenzüberschreitenden

---

GÃ¼terverkehr bei Arbeitgebern mit Sitz im Ausland, wenn das Fahrzeug im Sitzstaat des Arbeitgebers zugelassen ist. Nach den AusfÃ¼hrungen im Urteil des LSG sind die KlÃ¤ger bei der Baqir Ltd, einem tÃ¼rkischen Unternehmen, angestellt. Zu Gunsten der KlÃ¤ger kommt deshalb in Betracht, dass sie derzeit bzw in Zukunft als Fernfahrer fÃ¼r einen Arbeitgeber mit Sitz im Ausland tÃ¤tig werden wollen. Es fehlt aber jedenfalls an der fÃ¼r die Arbeitserlaubnisfreiheit gemÃ¤Ã§ [Â§ 9 Nr 3a ArGV](#) weiter erforderlichen Voraussetzung der Zulassung des jeweiligen Fahrzeugs im Sitzstaat des Arbeitgebers; denn die von den KlÃ¤gern gelenkten bzw in Zukunft zu lenkenden Fahrzeuge sind in Deutschland, nicht in der TÃ¼rkei zugelassen.

b) Die KlÃ¤ger kÃ¶nnen sich nicht darauf berufen, die Ã¤nderung der Arbeitserlaubnisverordnung (ArbErlaubV) vom 10. Oktober 1996 sei eine nach Art 13 ARB 1/80 unzulÃ¤ssige neue BeschrÃ¤nkung des Zugangs zum Arbeitsmarkt. Diese Vorschrift ist nicht auf Arbeitnehmer anzuwenden, die bei einem Unternehmen mit Sitz in der TÃ¼rkei beschÃ¤ftigt sind, von diesem entlohnt werden und nur wegen ihrer TÃ¤tigkeit als Kraftfahrer im grenzÃ¼berschreitenden GÃ¼terverkehr immer wieder kurzfristig in Deutschland arbeiten, wie der EuGH in dem auf Vorabentscheidungsersuchen des Bundessozialgerichts ergangenen Urteil vom 21. Oktober 2003 [C-317/01](#) und [C-369/01](#) entschieden hat (aaO RdNr 87 bis 91). Die Situation der KlÃ¤ger bei der im Feststellungsantrag umschriebenen TÃ¤tigkeit entspricht der vom EuGH zu Grunde gelegten Situation.

c) Die KlÃ¤ger kÃ¶nnen sich jedoch darauf berufen, dass die bereits genannte Ã¤nderung der ArbErlaubV zum 10. Oktober 1996 zu einer unzulÃ¤ssigen BeschrÃ¤nkung 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](#)) gefÃ¼hrt hat. In dieser Vorschrift verpflichteten sich die Vertragsparteien, untereinander keine neuen BeschrÃ¤nkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs einzufÃ¼hren. Der Dienstleistungsverkehr in diesem Sinne umfasst auch den Einsatz von ArbeitskrÃ¤ften des Dienstleisters (EuGH, Urteil vom 21. Oktober 2003 RdNr 111). Auf die Inanspruchnahme dieser Bestimmung kÃ¶nnen sich nicht nur das Unternehmen in der TÃ¼rkei, das rechtmÃ¤Ãig Dienstleistungen in einem Mitgliedstaat erbringt, sondern auch tÃ¼rkische Fernfahrer, die von einem derartigen Unternehmen mit Sitz in der TÃ¼rkei beschÃ¤ftigt werden, berufen (EuGH aaO RdNr 105 und 106).

d) Der EuGH hat unter Hinweis auf seine Rechtsprechung zur Dienstleistungsfreiheit nach Art 59 EG-Vertrag (Art 49 EG-Vertrag neu) dargelegt, dass eine BeschrÃ¤nkung 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 behÃ¶rdlichen Erlaubnis wie einer Arbeitserlaubnis abhÃ¤ngig macht (EuGH, Urteil vom 21. Oktober 2003 RdNr 111). Im Hinblick darauf ist es nicht zweifelhaft, dass es sich bei der EinfÃ¼hrung einer Arbeitserlaubnispflicht fÃ¼r den grenzÃ¼berschreitenden Verkehr bei Zulassung des Fahrzeuges im Inland um eine EinschrÃ¤nkung des freien Dienstleistungsverkehrs handelt (vgl EuGH aaO RdNr 112 bis 115).



---

Zulässigkeit der von den türkischen Arbeitnehmern im Inland ausübten Tätigkeiten betrifft und an diese anknüpft. Insoweit steht auch die in Art 41 Abs 1 des Zusatzprotokolls enthaltene Stillhalteklausele nicht entgegen, denn die grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung war jedenfalls auch zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Zusatzprotokolls genehmigungspflichtig (vgl. zur Frage der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung im Einzelnen Feuerborn in Scharen, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG), 2. Aufl. 2003, Einleitung RdNr 572 ff). Im übrigen schätzt Art 41 Abs 1 des Zusatzprotokolls nur diejenigen Unternehmen in der Türkei, die rechtmäßig Dienstleistungen im Inland erbringen.

Da die Baqir Ltd 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 Baqir GmbH überlassene Arbeitnehmer tätig werden. Zwar hat das LSG ausgeführt, es liege keine unzulässige Arbeitnehmerüberlassung vor, ohne allerdings die nach der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) erforderlichen Feststellungen zu treffen. Der Hinweis des LSG, [Â§ 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, Urteil vom 6. August 2003 [â§ 7 AZR 180/03 = BB 2004, 669](#); vgl. auch [BAGE 94, 144 = AP Nr 8 zu Â§ 14 AÜG](#)). Jedoch rechtfertigt nicht allein die Erwägung, das türkische Unternehmen erbringe mit seinen Arbeitnehmern die von ihm 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 andererseits (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 [Â§ 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.

Erstellt am: 23.08.2004

Zuletzt verändert am: 20.12.2024