

Nachholung der notwendigen Beiladung im Revisionsverfahren
- gewillkürte Prozessstandschaft;

hier: BSG-Urteil vom 2.8.2001 - B 7 AL 18/00 R - mit Anmerkung
von Dr. Paul-Arthur Zeihe, Hattingen, in "DIE SOZIALGERICHTSBARKEIT"
13/2002, 738-741

Das BSG hat mit Urteil vom 2.8.2001 - B 7 AL 18/00 R -

(s. Anlage) Folgendes entschieden:

Leitsatz

1. Die Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Drittrechtsverhältnisses setzt eine Betroffenheit in eigenen Rechten voraus.
2. Im Revisionsverfahren muß eine notwendige Beiladung nach § 75 Abs 2 SGG nicht nachgeholt werden, wenn die zu treffende Entscheidung den Beizuladenden weder verfahrensrechtlich noch materiell-rechtlich benachteiligen kann.

Orientierungssatz

1. Es bleibt offen, ob § 54 Abs 1 S 2 SGG der Annahme einer gewillkürten Prozessstandschaft im Rahmen des § 55 Abs 1 Nr 1 SGG entgegensteht. Diese Regelung über die Klagebefugnis bei bestimmten Klagen (Behauptung und Möglichkeit eigener rechtlicher Betroffenheit) soll möglicherweise in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nicht nur die Popularklage, sondern gerade auch die gewillkürte Prozessstandschaft ausschließen, weil es grundsätzlich kein Recht eines Privatrechtssubjekts gibt, gegenüber der Verwaltung die Beachtung öffentlich-rechtlicher Vorschriften gerichtlich durchzusetzen, die nicht dazu bestimmt sind, gerade den Rechtskreis des jeweiligen Klägers zu schützen (vgl BSG vom 29.4.1997 - 4 RA 98/95 = SozR 3-8120 Kap VIII H III Nr 6 Nr 2).
2. Eine gewillkürte Prozessstandschaft liegt nicht vor, wenn der Kläger weder erst- noch zweitinstanzlich offengelegt hat, dass er mit seiner Klage kein eigenes, sondern ein fremdes Recht geltend macht; ob dies eine Klage in eigenem Namen oder in fremdem Namen darstellt, ist ohne Bedeutung. Eine derartige Offenlegung ist erforderlich, weil im Prozess klar sein muss, wessen Recht verfolgt wird (vgl BGH vom 24.2.1994 - VII ZR 34/93 = BGHZ 125, 196).
3. Die fehlende Offenlegung einer Klage aus fremdem Recht kann im Revisionsverfahren nicht mehr nachgeholt werden. Bei der zusätzlichen Geltendmachung fremder Rechte handelt es sich um eine unzulässige Klageänderung iS des § 168 SGG (vgl BSG vom 1.7. 1992 - 14a/6 RKA 22/91 = SozR 3-2500 § 88 Nr 1).

Anlage

BSG-Urteil vom 2.8.2001 - B 7 AL 18/00 R -

Gründe:

Zwischen den Beteiligten ist die Arbeiterlaubnisfreiheit von 14 namentlich benannten polnischen Arbeitnehmern streitig.

Der Kläger ist Inhaber der Firma Decker mit Sitz in der Bundesrepublik Deutschland; er überlässt seine Lkw der am 17. 12. 1992 ins Handelsregister in Poznan (Polen) eingetragenen GmbH Decker-Polen sp.z o.o., die Transporte und Speditionen im In- und Ausland durchführt. Bei dieser GmbH sind gegenwärtig noch elf - ursprünglich waren es 14 - in Polen wohnende, polnische Staatsangehörige als Fahrer im grenzüberschreitenden Verkehr zwischen Polen und Deutschland auf den in Deutschland zugelassenen Lkw des Klägers tätig. Alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der GmbH war und ist der Kläger. Bis zum Jahre 1996 waren die polnischen Arbeitnehmer im Besitz einer von der Beklagten ausgestellten Bescheinigung, wonach die Arbeitnehmer nach § 9 Nr. 2 Arbeiterlaubnisverordnung (ArbErlaubV) für ihre Tätigkeit im grenzüberschreitenden Verkehr keine Arbeiterlaubnis benötigten. Nachdem mit Wirkung ab 10. 10. 1996 § 9 Nr. 2 ArbErlaubV geändert worden war, vertrat die Beklagte die Ansicht, dass die polnischen Arbeitnehmer der GmbH entsprechend der ausdrücklichen Regelung in § 9 Nr. 2 ArbErlaubV nunmehr einer Arbeiterlaubnis bedürften.

Auf seine Klage, in der der Kläger darauf verwies, dass die 14 polnischen Arbeitnehmer Arbeitsverträge mit der „Tochterfirma“ mit Sitz in Poznan hätten, seine eigene Existenz jedoch wegen der ausschließlichen Überlassung der Lkw an diese GmbH von der arbeitserlaubnisrechtlichen Situation abhängig sei, hat das SG festgestellt, dass „die Beschäftigten“ der 14 namentlich benannten polnischen Kraftfahrer „über den 30. 4. 1997 hinaus als arbeitserlaubnisfrei anzusehen“ seien (Urt. vom 14. 4. 1999). Das LSG hat die Berufung der Beklagten hiergegen zurückgewiesen (Urt. vom 22. 2. 2000). Zur Begründung seiner Entscheidung hat das LSG ausgeführt, der Kläger sei zur Führung des Prozesses im eigenen Namen befugt. Zwar sei Arbeitgeberin der 14 betroffenen Arbeitnehmer die in Polen ansässige GmbH; jedoch ergebe sich die Prozessführungsbefugnis aus einer zulässigen gewillkürten Prozessstandschaft. Es könne unterstellt werden, dass die GmbH, vertreten durch den Kläger als alleinigen Geschäftsführer und Gesellschafter, die Ermächtigung zur Prozessführung erteilt habe. Der Kläger habe außerdem ein eigenes Rechtsschutzbedürfnis an der Geltendmachung des Rechts, weil in der Sache die Fortdauer seines eigenen Unternehmens auf dem Prüfstand stehe. Die Feststellungsklage sei auch begründet. Der Befreiungstatbestand des § 9 Nr. 2 ArbErlaubV gelte zwar entgegen der früheren Regelung nur für das fahrende Personal von Arbeitgebern mit Sitz im Ausland, sofern das Fahrzeug im Sitzstaat des Arbeitgebers zugelassen sei; nach der Entscheidung des BSG vom 10. 3. 1994 - 7 RA 44/93 -

(BSGE 74, 90 ff. = SozR 3-4210 § 9 Nr. 1) benötigten die 14 polnischen Arbeitnehmer jedoch weiterhin keine Arbeitserlaubnis, weil sie vor dem 1. 1. 1993 eingestellt worden seien. Mit dem bezeichneten Urteil habe das BSG nämlich entschieden, dass das fahrende Personal im grenzüberschreitenden Verkehr, das von einem Arbeitgeber mit Sitz im Inland bereits vor dem 1. 9. 1993 beschäftigt worden sei, bei unveränderter Beschäftigung aus verfassungsrechtlichen Gründen (Art. 14 GG Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) weiterhin arbeitserlaubnisfrei geblieben sei. Diese Rechtsprechung betreffe zwar nicht unmittelbar den vorliegenden Fall, weil „formal“ Arbeitgeberin der polnischen Arbeitnehmer die GmbH sei. Jedoch sei der Kläger alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer dieser GmbH und bestimme deshalb deren Geschicke nach den Interessen seines in Deutschland ansässigen Speditionsunternehmens. Mithin sei er „tatsächlich“ der Arbeitgeber der polnischen Arbeitnehmer.

Mit der Revision rügt die Beklagte eine Verletzung des § 55 SGG und des § 9 Nr. 2 ArbErlaubV. Sie ist der Ansicht, die Klage sei bereits unzulässig, weil überhaupt kein Fall einer gewillkürten Prozessstandschaft vorgelegen habe. Diese setze ein rechtliches Interesse des mit der Prozessführung Ermächtigten an der Prozessführung sowie die Erteilung der Prozessführungsermächtigung voraus. An beidem habe es hier gefehlt und fehle es weiterhin. Die Klage sei jedoch auch unbegründet. Die zum 10. 10. 1996 erfolgte Änderung des § 9 Nr. 2 ArbErlaubV habe lediglich deklaratorische Wirkung, weil schon die frühere Fassung der Norm keine Umgehungstatbestände habe privilegieren wollen. Gerade darum handele es sich jedoch, wenn die Arbeitnehmer eines Arbeitgebers mit Sitz im Ausland in Deutschland auf Lkw eingesetzt würden, die in Deutschland zugelassen seien. Aus der Entscheidung des BSG vom 10. 3. 1994 könne der Kläger keine ihm günstigen Rechtsfolgen ableiten, weil dieses Urteil die Arbeitserlaubnisfreiheit von Arbeitnehmern bei Arbeitgebern mit Sitz im Inland betroffen habe. Nach der zum 10. 10. 1996 erfolgten Änderung des § 9 Nr. 2 ArbErlaubV habe man in Übereinstimmung mit dem Verordnungsgeber ohnedies etwaigen Vertrauensschutzgesichtspunkten der Betroffenen Rechnung getragen und im Erlasswege bestimmt, in Fällen wie dem vorliegenden zur Vermeidung unbilliger Härten vorübergehend nach § 8 Anwerbestopp-Ausnahmeverordnung Arbeitserlaubnisse zu erteilen und bereits erteilte Arbeitserlaubnisse generell bis 31. 10. 1996 und darüber hinaus, unter bestimmten Voraussetzungen bis 30. 4. 1997, zu verlängern. Durch diese Übergangsregelung sei dem Vertrauensschutz der Betroffenen in ausreichender Weise Rechnung getragen worden; verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf eine Verletzung des Art. 14 GG (Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, Verhältnismäßigkeit) seien nicht begründet.

Die Beklagte beantragt, die Urteile des LSG und des SG aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Er ist der Ansicht, die Klage sei zulässig; die Klage auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses setze nicht zwingend voraus, dass dieses zwischen den Beteiligten des Rechtsstreits bestehe. Ausreichend sei auch eine Rechtsbeziehung der Beklagten zu einem Dritten, wenn der eigene Rechtsbereich (des Klägers) durch das Bestehen oder das Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses wenigstens mittelbar berührt sei. Da die streitgegenständliche Frage der Arbeitserlaubnisfreiheit eine wenigstens mittelbare Auswirkung auf ihn (den Kläger) als alleinigen Geschäftsführer und Gesellschafter der GmbH sowie als Inhaber der Firma Decker in Deutschland habe, sei das Feststellungsinteresse zu bejahen. Im Übrigen seien die Voraussetzungen einer gewillkürten Prozessstandschaft gegeben. Ein Rechtsschutzinteresse sei entgegen der Ansicht der Beklagten zu bejahen. In Übereinstimmung mit dem Berufungsurteil

sei außerdem von einer stillschweigenden Prozessführungsermächtigung auszugehen, weil er (der Kläger) auch Geschäftsführer der GmbH sei. Die Revision sei darüber hinaus unbegründet. Denn die Beklagte sehe zu Unrecht in § 9 Nr. 2 ArbErlaubV i. d. F. vom 30. 9. 1996 und in der gleichlautenden Regelung der aufgrund des SGB III erlassenen Arbeitsgenehmigungsverordnung eine gegenüber dem früheren Rechtszustand nur deklaratorische Regelung. Durch die Änderung des § 9 ArbErlaubV im Jahre 1996 seien vielmehr neue Tatbestände bzgl. der arbeitserlaubnisfreien Beschäftigung konstituiert worden. Bei Anwendung dieser Neuregelung auf die bereits bestehenden Arbeitsverhältnisse werde das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (Art. 14 GG) in verfassungswidriger Weise beeinträchtigt.

II.

Die Revision der Beklagten ist begründet (§ 170 Abs. 2 Satz 1 SGG). Das Urteil des LSG verletzt § 55 Abs. 1 Nr. 1 SGG bzw. § 54 Abs. 1 Satz 2 SGG. Entgegen der Ansicht des LSG ist die Klage nämlich sowohl in ihrem Hauptantrag auf Feststellung der Arbeitserlaubnisfreiheit der namentlich benannten 14 Arbeitnehmer als auch in ihrem Hilfsantrag, die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger eine über den 30. 4. 1997 hinausgehende „Genehmigung für die im Hauptantrag genannten Kraftfahrer zur arbeitserlaubnisfreien Beschäftigung“ zu erteilen, unzulässig; über den erstinstanzlich gestellten Hilfsantrag ist insoweit in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu befinden (vgl. nur BSG SozR 3-2200 § 1232 Nr. 2 S. 12 f.). Ohne Bedeutung ist wegen der Unzulässigkeit der Klageanträge, dass sich die Klage möglicherweise hinsichtlich dreier Arbeitnehmer aus anderen Gründen erledigt hat, weil sie nicht mehr als Fahrer tätig sind. Ebenso wenig ist streiterheblich, ob der Kläger im Rahmen seines Hauptantrags ein Feststellungsinteresse für die Vergangenheit geltend gemacht hat bzw. besitzt.

Nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 SGG kann die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses begehrt werden, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung hat. Vorliegend bezieht sich der Hauptantrag des Klägers nicht auf ein Rechtsverhältnis zwischen ihm und der Beklagten, sondern zwischen 14 polnischen Arbeitnehmern und der Beklagten (Drittverhältnis); im Ergebnis erstrebt er damit eine Statusfeststellung zugunsten der 14 Arbeitnehmer. Denn die Feststellung, dass ein Arbeitnehmer arbeitserlaubnisfrei ist, gewährt diesem eine Position, die sogar über jene hinausgeht, die aus einer Arbeitserlaubnis folgt. Zwar kann mit der Feststellungsklage auch das Bestehen eines Drittverhältnisses geltend gemacht werden, wenn Rechte des Klägers durch das Nichtbestehen oder Bestehen dieses Rechtsverhältnisses mittelbar berührt werden (vgl. nur: BSGE 63, 14, 15 = SozR 2200 § 539 Nr. 125; BSG, Urt. vom 26. 9. 1984 – 6 RKA 46/82 –, USK 84262; BVerwG Buchholz 451.74 § 18 KHG Nr. 6; Buchholz 310 § 43 VwGO Nr. 109); auch ist das in § 55 Abs. 1 SGG für die Nr. 1 bis 4 zusätzlich geforderte „berechtigtes Interesse“ an der erstrebten Feststellung nicht gleichbedeutend mit einem „rechtlichen Interesse“, sondern schließt über ein solches Interesse hinaus jedes als schutzwürdig anzuerkennende Interesse wirtschaftlicher oder ideeller Art ein. Daraus folgt aber nicht schon, dass jeder in diesem Sinne Interessierte auch ohne eigene Rechtsbetroffenheit die Feststellungsklage nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 SGG erheben kann. Vielmehr ist insoweit zur Vermeidung der dem Sozialgerichtsprozess wie dem Verwaltungsprozess allgemein fremden Popularklage der Rechtsgedanke des § 54 Abs. 1 Satz 2 SGG über die erforderliche Klagebefugnis heranzuziehen. Dies bedeutet, dass der Kläger für die Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses zwischen der Beklagten und einem Dritten eine eigene Rechtsbetroffenheit behaupten (so auch das BVerwG zu §§ 43, 42 Abs. 2 VwGO in Buchholz

310 § 43 VwGO Nr. 109 m. w. N.) und diese auch möglich sein muss. Eine solche Rechtsbetroffenheit setzt rechtlich geschützte Interessen voraus, die vom Schutzzweck der zugrunde liegenden Norm erfasst sein müssen (vgl. nur BSGE 67, 30, 31 f. = SozR 3-2200 § 368n Nr. 1).

Eine rechtliche Betroffenheit hinsichtlich der Frage der Arbeitserlaubnisfreiheit ist vom Senat in einer früheren Entscheidung zwar für den Arbeitgeber angenommen worden (BSGE 74, 90, 91 f. = SozR 3-4210 § 9 Nr. 1; vgl. auch Urt. vom 4. 12. 1997 – 7 RAR 24/96 –, unveröffentlicht); vorliegend wäre dies nach dem Vortrag des Klägers die Person im Rechtssinne, mit der die 14 Arbeitnehmer als Vertragspartner einen Arbeitsvertrag geschlossen haben. Ob jene Entscheidung aufrecht erhalten bleiben kann, ist zweifelhaft, weil die gesetzlichen Ausnahmen (Arbeitserlaubnis, Erlaubnisfreiheit) vom Verbot der Beschäftigung eines Ausländers (§ 19 Abs. 1 Satz 6 AFG; § 284 Abs. 1 Satz 1 SGB III), das als allgemeines Beschäftigungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt ausgestaltet ist (BSGE 67, 238, 241 = SozR 3-7833 § 1 Nr. 1; BSG SozR 3-4100 § 19 Nr. 4 S. 8), vorrangig an den Interessen des Arbeitsmarktes insgesamt und den Interessen des Arbeitnehmers ausgerichtet sind; die Individualinteressen des Arbeitgebers selbst finden nämlich nicht per se, sondern nur im Rahmen dieser Allgemeininteressen Berücksichtigung (vgl. BSGE 47, 93, 99 = SozR 4100 § 19 Nr. 8; BSG SozR 4100 § 19 Nr. 17 S. 67 f.). Den rechtlichen Interessen des Arbeitgebers kann zudem durch eine andere Feststellungsklage, nämlich die Feststellung, dass er berechtigt ist, bestimmte Arbeitnehmer zu beschäftigen, Rechnung getragen werden (vgl. Urt. des Senats vom 2. 8. 2001 – B 7 AL 86/00 R –, zur Veröffentlichung vorgesehen). Selbst wenn man jedoch dem Arbeitgeber ein eigenes Feststellungsinteresse betreffend die Arbeitserlaubnisfreiheit/Arbeitsgenehmigungsfreiheit, u. U. gestützt auf Grundrechtsverletzungen, zugestehen wollte, erscheint es doch zweifelhaft, ob der Arbeitgeber im Rahmen des § 55 SGG die Wahl zwischen der Feststellung eines Drittverhältnisses und der Feststellung des eigenen Rechtsverhältnisses hat. Dies gilt vor allem deshalb, weil sich bei der Feststellung eines Drittverhältnisses regelmäßig das prozessuale Problem einer notwendigen Beiladung (§ 75 Abs. 2 SGG) des Drittbetroffenen ergibt, während bei der Feststellung der Berechtigung, bestimmte Arbeitnehmer beschäftigen zu dürfen, die Frage der Arbeitserlaubnisfreiheit bzw. Arbeitsgenehmigungsfreiheit lediglich die Bedeutung einer Vorfrage gewinnt, die eine notwendige Beiladung nicht erforderlich macht (vgl. Urt. des Senats vom 2. 8. 2001 – B 7 AL 86/00 R –, zur Veröffentlichung vorgesehen; insoweit auch zur Rechtmäßigkeit der Änderung des § 9 Nr. 2 ArbErlaubV). Die für den Arbeitgeber zentrale Frage der Beschäftigungsberechtigung wird damit in einem einfacheren Verfahren geklärt, und die Statusfeststellung selbst kann wie in den Verfahren über die Erteilung einer Arbeitserlaubnis den unmittelbar Betroffenen, nämlich den Arbeitnehmern, vorbehalten bleiben.

Vorliegend kann die Beantwortung dieser Frage jedoch letztlich dahinstehen, weil es sich nach dem eigenen Vortrag des Klägers, und hierauf ist für die Frage der Zulässigkeit zunächst abzustellen, bei ihm nicht um den Arbeitgeber der 14 polnischen Arbeitnehmer handelt. Vielmehr hat der Kläger im gesamten Verfahren geltend gemacht, die Arbeitsverträge seien nicht mit ihm, sondern mit der GmbH abgeschlossen worden; diese sei die Arbeitgeberin. Bei der in Poznan im Handelsregister eingetragenen GmbH handelt es sich nach dem wegen des in Polen liegenden Sitzes der GmbH anwendbaren polnischen Recht (vgl. Palandt, BGB, 59. Aufl. 2000, RdNr. 2 zum Anhang zu Art. 12 EGBGB m. w. N.) um eine juristische Person (vgl. Gromotke, Die neuere Entwicklung und Ausgestaltung des GmbH-Rechts in den ostmitteleuropäischen Staaten vor dem Hintergrund ihrer EU-Integration, 1994, S. 161 f.).

Mithin kann sich der Kläger nicht in der Funktion als Arbeitgeber auf eine rechtliche Betroffenheit berufen, und zwar auch nicht unter Berücksichtigung des Umstandes, dass er alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der GmbH ist und somit möglicherweise die Geschicke der GmbH selbst bestimmt. Die GmbH ist als juristische Person die Vertragspartnerin und Arbeitgeberin der Arbeitnehmer im Rahmen des Arbeitsverhältnisses (vgl. in anderem Zusammenhang BSGE 66, 168, 170 = SozR 2400 § 7 Nr. 1). Dies würde selbst dann gelten, wenn man der nicht näher untermauerten Überlegung des LSG nahe treten wollte, zwischen dem Kläger und der GmbH sei eine unzulässige Arbeitnehmerüberlassung erfolgt. Dass die GmbH die Arbeitnehmer an den Kläger überlassen hat, ist vom Kläger nicht vorgetragen und muss deshalb bei der Prüfung der Zulässigkeit der Klage ohnedies unberücksichtigt bleiben. Sollte das LSG mit seinen Ausführungen im Urteil allerdings gemeint haben, der Kläger habe die 14 polnischen Arbeitnehmer an die GmbH überlassen, so könnte sich eine Arbeitgebergemeinschaft des Klägers nicht einmal über § 10 AÜG – unabhängig davon, ob das AÜG überhaupt anwendbar ist – ergeben, weil nach § 10 AÜG die GmbH dann gleichwohl Arbeitgeber wäre. Dem steht nicht die Rechtsprechung des BSG zur Durchgriffshaftung entgegen (vgl. nur BSGE 56, 76 ff. = SozR 7685 § 13 Nr. 1; BSGE 75, 82 ff. = SozR 3-7685 § 13 Nr. 1; BSGE 85, 192 ff. = SozR 3-2400 § 28e Nr. 1), weil deren Zielrichtung der Gläubigerschutz ist.

Eine eigene Rechtsbetroffenheit des Klägers ergibt sich auch nicht aus seiner Stellung als Vertragspartner der GmbH, an die der Kläger nach seinem eigenen Vortrag seinen gesamten Lkw-Bestand vermietet hat. Damit mag er zwar von der GmbH wirtschaftlich abhängig sein. § 9 Nr. 2 ArbErlaubV mit seiner Regelung über die Arbeitserlaubnisfreiheit dient jedoch keinesfalls dem wirtschaftlichen Schutz der Vertragspartner des Arbeitgebers, der ausländische Arbeitnehmer beschäftigt. Die Anwendung dieser Norm hat für den Kläger nur die Wirkung eines Rechtsreflexes, nicht aber Rechtswirkungen in dem Sinne, dass sein Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb betroffen bzw. beeinträchtigt wäre. Er ist nicht gehindert, weiterhin seine Lkw gegen Entgelt der GmbH oder anderen zu überlassen. Nichts anderes gilt schließlich für die Frage der Rechtsbetroffenheit des Klägers aufgrund seiner Stellung als Gesellschafter der GmbH.

Entgegen der Ansicht des LSG lässt sich die Klagebefugnis auch nicht über das Institut der gewillkürten Prozessstandschaft bejahen. Rechte der GmbH geltend zu machen würde voraussetzen, dass der Kläger zum einen von der GmbH wirksam ermächtigt worden ist und zum anderen ein eigenes Rechtsschutzbedürfnis an der Geltendmachung der Rechte besitzt (vgl. nur BSGE 37, 33, 35 m. w. N. = SozR Nr. 4 zu § 69 SGG). Ob wegen der Personenidentität zwischen dem Kläger und dem alleinigen Geschäftsführer der GmbH ein solcher Ermächtigungsakt unterstellt oder fingiert werden kann, kann ebenso offen bleiben, wie die Frage, ob eine solche Ermächtigung zulässig wäre und nach welchem Recht (polnischem oder deutschem) sich dies beurteilt; unerheblich ist auch, dass der Bundesgerichtshof (BGH) im Rahmen der gewillkürten Prozessstandschaft ein eigenes Rechtsschutzbedürfnis des Gesellschafters einer GmbH regelmäßig bejaht, wenn er an der GmbH in einem die Geschicke der GmbH bestimmendem Maße beteiligt ist (vgl. nur: BGH, Urteil vom 2. 6. 1986 – II ZR 300/85 –, NJW-RR 1987, 57 f.; BGH, Urt. vom 13. 10. 1994 – I ZR 99/92 –, DB 1994, 2440 f.; zur Rechtsprechung des BGH auch BSGE 37, 33, 35 = SozR Nr. 4 zu § 69 SGG). Schließlich kann auch offen bleiben, ob § 54 Abs. 1 Satz 2 SGG, dessen Rechtsgedanke vorliegend – wie oben ausgeführt – Anwendung findet, der Annahme einer gewillkürten Prozessstandschaft im Rahmen des § 55 Abs. 1 Nr. 1 SGG entgegensteht. Diese Regelung über die Klagebefugnis bei bestimmten Klagen (Behauptung und Möglichkeit eigener recht-

licher Betroffenheit) soll möglicherweise in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nicht nur die Popularklage, sondern gerade auch die gewillkürte Prozessstandschaft ausschließen, weil es grundsätzlich kein Recht eines Privatrechtssubjektes gibt, gegenüber der Verwaltung die Beachtung öffentlich-rechtlicher Vorschriften gerichtlich durchzusetzen, die nicht dazu bestimmt sind, gerade den Rechtskreis des jeweiligen Klägers zu schützen (so zumindest der 4. Senat in BSG SozR 3-8120 Kap VIII H III Nr. 6 Nr. 2 S. 24). Bei privatrechtlichen Streitigkeiten kommen – jedenfalls nach Ansicht des 4. Senats – derartige Einschränkungen mit der gerichtlichen Durchsetzbarkeit von vermeintlichen Rechtspositionen gegenüber dem Staat nicht in Betracht (BSG a. a. O.). Eine gewillkürte Prozessstandschaft könnte demnach im Rahmen des § 55 Abs. 1 Nr. 1 SGG wegen der dort erforderlichen entsprechenden Anwendung des § 54 Abs. 1 Satz 2 SGG ausgeschlossen sein (vgl. zum gleichen Gedanken im Hinblick auf § 42 Abs. 2 VwGO auch BVerwG Buchholz 451.74 § 18 KHG Nr. 6).

Das LSG hat – hiervon unabhängig – schon deshalb zu Unrecht eine gewillkürte Prozessstandschaft angenommen, weil der Kläger weder erst- noch zweitinstanzlich offengelegt hat, dass er mit seiner Klage kein eigenes, sondern ein fremdes Recht geltend macht; ob dies eine Klage in eigenem oder in fremdem Namen darstellt, ist ohne Bedeutung. Eine derartige Offenlegung ist erforderlich, weil im Prozess klar sein muss, wessen Recht verfolgt wird (BGHZ 94, 117, 122; 96, 151, 155; 108, 52, 58; 125, 196, 201). Dieser Rechtsprechung des BGH folgt der Senat im Hinblick auf die prozessualen Wirkungen der gewillkürten Prozessstandschaft (Rechtskrafterstreckung, Rechtshängigkeit). Der Kläger konnte im Revisionsverfahren auch nicht mehr die fehlende Offenlegung einer Klage aus fremdem Recht nachholen. Dabei kann dahinstehen, ob dies ohnedies nur im Wege der Anschlussrevision (§ 202 SGG i. V. m. § 556 ZPO möglich gewesen wäre; denn in jedem Fall handelt es sich bei der zusätzlichen Geltendmachung fremder Rechte um eine unzulässige Klageänderung i. S. des § 168 SGG (vgl. BSG SozR 3-2500 § 88 Nr. 1 S. 7). Die Vorinstanzen hatten nach dem früheren Vorbringen des Klägers unter Berücksichtigung ihrer Rechtsauffassung zur Zulässigkeit der Klage keine Veranlassung, sich mit dem rechtlichen Gesichtspunkt auseinander zu setzen, ob die GmbH oder der Kläger selbst Arbeitgeber der 14 Arbeitnehmer ist; gerade dies müsste jedoch – ggf. nach einer Änderung des Klageantrages im Sinne einer Feststellung, zur Beschäftigung der Arbeitnehmer berechtigt zu sein – im Rahmen der Begründetheit der Klage geklärt werden, wenn in der Revisionsinstanz die erstmalige Berufung auf eine gewillkürte Prozessstandschaft noch möglich wäre. Denn nur der Arbeitgeber hat den entsprechenden prozessualen Feststellungsanspruch. Die Rechtskontrolle würde sich dann aber nicht mehr auf die Entscheidung der Vorinstanz beschränken (BSG a. a. O. m. w. N.; ebenso BFHE 123, 225, 229 f.). Aufgabe der Revisionsinstanz ist es nämlich, nach § 162 SGG zu prüfen, ob das angefochtene Urteil auf der Nichtanwendung oder der unrichtigen Anwendung gesetzlicher Vorschriften beruht. Das Verbot der Klageänderung in der Revisionsinstanz soll verhindern, dass das Revisionsgericht einen Sachverhalt würdigen muss, der durch die Tatsachengerichte noch nicht beurteilt worden ist und ohne Verstoß gegen die Sachaufklärungspflicht auch nicht beurteilt zu werden brauchte.

Der Hilfsantrag des Klägers, die Beklagte zu verpflichten, ihm eine über den 30. 4. 1997 hinausgehende Genehmigung für die im Hauptantrag genannten Kraftfahrer zur arbeitserlaubnisfreien Beschäftigung zu erteilen, ist – unabhängig davon, dass für ein derartiges Begehren eine Anspruchsgrundlage nicht ersichtlich ist – bereits deshalb unzulässig, weil der Kläger damit den Erlass eines Verwaltungsaktes begehrt und die Ablehnung eines entsprechenden Antrags nicht ersichtlich ist. Dabei ergäbe sich eine Klagebefugnis des Klägers in Anwendung des § 54 Abs. 1 Satz 2 SGG

ohnedies nur, wenn die entsprechende Ablehnung ihm gegenüber ergangen wäre; nur dann wäre er zumindest formal beschwert, ohne dass hieraus indes auch eine Aktivlegitimation des Klägers, also ein eigenes Recht auf Erteilung der begehrten Genehmigung resultieren müsste. Denn auch eine solche Ablehnung kann dem Kläger keinen Anspruch verleihen, den ihm die Rechtsordnung ohnedies nicht zuordnet (vgl. zu diesem Gedanken BSG, Beschluss vom 27. 7. 2001 – B 11 AL 43/01 B –, unveröffentlicht).

Die Entscheidung des Senats konnte ohne Beiladung der Arbeitnehmer bzw. der GmbH nach § 168 Satz 2 SGG i. V. m. § 75 Abs. 2 SGG ergehen, wobei offen bleiben kann, ob überhaupt die Voraussetzungen für eine notwendige Beiladung vorgelegen haben. Zwar ist durch das Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege vom 11. 1. 1993 (BGBl. I 50) in § 168 SGG erstmals die Möglichkeit vorgesehen worden, in der Revisionsinstanz selbst eine notwendige Beiladung gemäß § 75 Abs. 2 SGG nachzuholen. Jedoch war es vor Inkrafttreten dieser Neuregelung in der Rechtsprechung des BSG (und des BVerwG) anerkannt, dass trotz fehlender Beiladung eine Zurückverweisung der Sache nicht erforderlich war, wenn die zu treffende Entscheidung weder verfahrensrechtlich noch materiellrechtlich den bzw. die Beizuladenden benachteiligen kann (vgl. BSGE 66, 144, 146 f. = SozR 3-5795 § 6 Nr. 1; SozR 3-2500 § 106 Nr. 6 S. 23; BSG, Urt. vom 29. 10. 1991 – 13/5 RJ 22/89 –, unveröffentlicht; BSG SozR 3-2200 § 368n Nr. 6 S. 12). Dient aber die Regelung des § 168 Satz 2 SGG nach der Begründung des Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege (BT-Drucks 12/1217 S. 54 zu Art. 7 Nr. 13) nur der Verfahrenskonzentration, weil sie Aufhebung und Zurückverweisung unnötig machen sollte, muss auch weiterhin in der Revisionsinstanz eine Entscheidung ohne Beiladung möglich bleiben, wenn die Rechte des nicht Beigeladenen wegen des Ausgangs des gerichtlichen Verfahrens – wie vorliegend bei Unzulässigkeit der Klage – schlechthin nicht berührt werden können (BSG SozR 3-2200 § 368n Nr. 6 S. 12; vgl. zu einer ähnlichen Überlegung zu § 12 Abs. 2 SGB X BSG, Urt. vom 12. 6. 2001 – B 4 RA 37/00 R –, zur Veröffentlichung vorgesehen).

Anmerkung:

Das ausführlich begründete Urteil lässt das sachliche Begehren an einer Reihe verfahrensrechtlicher Überlegungen scheitern, denen bei näherer Betrachtung nicht gefolgt werden kann. Sie machen eingehende Betrachtung nötig.

1. *Zum Rubrum.* Im Rubrum des Urteils werden Vorname und Name des Klägers (natürliche Person) angegeben. Die Gründe beginnen im zweiten Absatz „Der Kläger ist Inhaber der Firma Jumbo-Transporte D. ...“ Hier muss daran erinnert werden, dass Firma nicht das Unternehmen (Geschäft) ist, sondern der Handelsname des Kaufmanns (§ 17 Abs. 1 HGB). Richtig wäre gewesen: „Der unter der Firma Jumbo-Transporte D. handelnde Kaufmann Alfons D. ...“ Die hier ausgesprochene Mahnung richtet sich nicht nur an das BSG. Selbst der BGH setzt – wie der juristische Laie – Firma und Unternehmen gleich.

2.1 *Feststellungsklage.* In dem dem hier besprochenen Urteil zugrundeliegenden Verfahren hat der Kläger eine Feststellungsklage erhoben. Damit ist zu prüfen, ob deren verfahrensrechtliche Voraussetzungen vorliegen.

Das BSG lässt ein seinem Erkenntnis Erörterungen zu § 55 Abs. 1 Nr. 1 SGG und zur gewillkürten Prozessstandschaft aufeinander folgen, ohne erkennbar zu machen, dass es hier um zwei streng voneinander zu trennende Rechtskreise geht. Bei der Prozessstandschaft werden im eigenen Namen und im eigenen Interesse des Beteiligten fremde Rechte geschützt. Bezweckt wird also primär der Schutz des Dritten. Der Kläger muss dartun, dass er an diesem Schutz Interesse hat. – Dagegen zielt eine Feststellungsklage über Drittrechtsbeziehungen auf den Schutz des Klägers durch

Feststellung dieser Beziehung ab (vgl. hierzu: Schumann in Stein/ Jonas, ZPO, 21. Aufl., Rn. 41 und 63 zu § 256).

Der Kläger hat vorgetragen, dass seine Existenz von den Arbeitserlaubnissen für die polnischen Arbeitnehmer der (polnischen) GmbH abhängig sei, weil er seine LKW's ausschließlich dieser GmbH überlasse. Das verdeutlicht, dass der Kläger keineswegs eine Statusfeststellung zugunsten der polnischen Arbeitnehmer begehrt, wie das BSG meint, sondern im eigenen Interesse Klarheit über ein Rechtsverhältnis haben will, das zwischen den Arbeitnehmern und der beklagten BA besteht. Ausgangspunkt ist § 284 SGB III, wonach Ausländer eine Beschäftigung nur mit Genehmigung des Arbeitsamtes ausüben dürfen. Hiervon gibt es Ausnahmen, die auch in der auf Grund von § 288 SGB III erlassenen Verordnung geregelt sein können.

Es geht um die Feststellung eines Drittrechtsverhältnisses nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 SGG, an dem die Beklagte und die polnischen Arbeitnehmer der polnischen GmbH beteiligt sind.

2.2 Im Gegensatz zu § 256 ZPO, der nur auf das rechtliche Interesse abstellt, lässt § 55 SGG ein *berechtigtes Interesse* genügen. Das kann nach allgemeiner Ansicht auch ein wirtschaftliches Interesse sein. Das wirtschaftliche Interesse des Klägers ist – jedenfalls für die Zeit der Klageerhebung – zu bejahen. Es besteht darin, die lohnünstigen polnischen Kraftfahrer auf seinen in Deutschland zugelassenen LKW's einzusetzen. Damit erhöht sich der an ihn von der GmbH auszukehrende Gewinn. Im Extremfall wird seine Unternehmensführung dadurch überhaupt erst möglich. Dieses Interesse ist nicht einmal nur mittelbar, was ausreichen würde, vielmehr geht es insofern um die unmittelbare Auswirkung der Frage nach dem Fortbestehen der Arbeitserlaubnisse auf ihn als Einzelkaufmann (zum wirtschaftlichen Interesse vgl. auch Urt. des BSG vom 26. 1. 1988 – 2 RU 2/87 – BSGE 63 S. 14). Dazu kommt noch sein – hiermit verbundenes – Interesse daran, entsprechend den rechtlichen Erfordernisse disponieren zu können.

Dass es dabei um das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 SGG) geht, an dem der Kläger nicht beteiligt ist, ist unerheblich, denn die Vorschrift gestattet, wie das BSG selbst sagt, auch solche Klagebegehren. Es genügen die Rechtsbeziehungen eines Beteiligten zu Dritten (Pietzker in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzker, VwGO, Rn. 22 ff. zu § 43; Meyer-Ladewig, SGG, 7. Aufl., Rn. 7 zu § 55; Zeiher, SGG, 8. Aufl., Anm. 8b bb zu § 55). Der Rechtsbereich des Klägers muss wenigstens mittelbar berührt sein (BSG Urteile vom 27. 9. 1961 – 3 RK 74/59-E 15 S. 118, 126; 20. 12. 1962 – 3 RK 51/58 – E 18 S. 190, 193; Urt. vom 26. 1. 1988 a. a. O.). Im Einzelfall kann sogar ein Rechtsverhältnis nur zwischen Dritten ausreichen (Lüke in Münchener Kommentar, Rn. 33 zu § 256 ZPO).

Das BSG geht zutreffend davon aus, dass das berechtigte Interesse an der erstrebten Feststellung nicht gleichbedeutend sei mit einem rechtlichen Interesse wie in § 256 ZPO; es schließe auch jedes als schutzwürdig anzuerkennendes Interesse wirtschaftlicher und ideeller Art ein (zum berechtigten Interesse vgl. auch Kopp/Schenke, VwGO, 12. Aufl., Rn. 24 zu § 43). Jetzt aber folgt eine eigenartige Einschränkung: Daraus folge nicht schon, dass jeder in diesem Sinn Interessierte ohne eigene Rechtsbetroffenheit die Feststellungsklage nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 SGG erheben dürfe. Der Kläger müsse vielmehr eine eigene Rechtsbetroffenheit behaupten (eine solche hat es selbst in dem Urt. vom 10. 3. 1997 – 7 RAf 44/93 – E 74 S. 91 ff. angenommen, doch in dem jetzigen Urteil bezweifelt). – Die so gekennzeichnete Einschränkung bedeutet letztlich, dass – ebenso wie nach § 256 ZPO – ein rechtliches Interesse des Klägers erforderlich sein soll, wenn sie auch auf § 54 Abs. 1 Satz 2 SGG und § 42 Abs. 2 VwGO gestützt wird. Dabei würde es sich nicht um ein Rechtsverhältnis zwischen Dritten handeln, sondern – wegen der geforderten eigenen Rechtsbetroffenheit des Klägers – um eine

rechtliche Dreiecksbeziehung. Der Beschluss des BVerwG vom 30. 7. 1990 – 7 B 71/90 – (Buchholz 310 § 43 Nr. 109) enthält dieselbe Fehlinterpretation des berechtigten Interesses für den Fall eines Drittrechtsverhältnisses, bei dem es auf wirtschaftliche Betroffenheit ankommt.

Die von dem BSG angeführten Stellen stützen zudem die Forderung nach eigener Rechtsbetroffenheit des Klägers nicht. Der Beschluss des BVerwG vom 30. 7. 1990 – BVerwG 7 B 71.90 – (Buchholz 310 § 43 Nr. 109) betrifft neben einer Anfechtungsklage nur eine Feststellungsklage über Rechtsbeziehungen der Kläger zu dem beklagten Freistaat Bayern, also kein Drittrechtsverhältnis. Ebenso wenig ist das in dem Urteil vom 26. 10. 1995 – 3 C 27/94 (Buchholz 451.74 § 18 KHG Nr. 6) – der Fall. Das Urteil vom 9. 5. 1990 – 6 RKa 27/88 – (BSGE 67 S. 30 ff. = SozR 3-2200 § 368n Nr. 1) behandelt wiederum eine Anfechtungsklage sowie eine Feststellungsklage unmittelbar zwischen den Klägern und der beklagten KÄV, also ebenfalls kein Drittrechtsverhältnis. Zudem hat der 6. Senat mit näherer Begründung ausgesprochen, dass die Anforderungen an die prozessuale Klagebefugnis nicht überspannt werden dürfen. Die Möglichkeit einer Verletzung von Rechten dürfe nicht ausgeschlossen sein (a. a. O. S. 31).

Dass bei einer Feststellungsklage hinsichtlich einer unmittelbaren Rechtsbeziehung zwischen Kläger und Beklagtem der Rechtsgedanke von § 54 Abs. 1 Satz 2, SGG (bzw. von § 42 Abs. 2 VwGO) herangezogen werden müsse (vgl. BVerwG Beschl. vom 30. 7. 1990 – 7 B 71/90 – Buchholz 310 § 43 Nr. 109), ist im Übrigen zu verneinen (vgl. auch Schumann, a. a. O., Rn 102, wonach neben dem Feststellungsinteresse dem Rechtsschutzbedürfnis keine eigene Bedeutung zukommt). Dementsprechend fordert Bork bei fremden Rechten auch nur, dass sich das Interesse des Klägers darauf erstreckt, dass er in eigenem Namen die Feststellung des fremden Rechts erwirkt (in Stein/Jonas, a. a. O., Rn. 47 vor § 50). Ergebnis ist: Eine Feststellungsklage über ein Drittrechtsverhältnis, von dem der Kläger selbst rechtlich betroffen ist, ist ein Widerspruch in sich. Der Ausschluss von Popularklagen und Klagen, mit denen politische, kulturelle oder religiöse Interessen verfolgt werden, ist nach beiden Verfahrensordnungen durch das Erfordernis des berechtigten Interesses an der baldigen Feststellung gesichert. Es fehlt dem, der irgendwelche Feststellungen in den genannten Bereichen begehrt.

2.3 Geht es um die Feststellung eines *Drittrechtsverhältnisses*, dann muss der Kläger selbstverständlich ein berechtigtes Interesse an der Geltendmachung im eigenen Namen haben, dieses ist aber nach § 55 SGG nicht zwingend ein rechtliches, kann vielmehr – wie gesagt, auch ein wirtschaftliches (oder ideelles) sein. Dieses Interesse muss bei Drittrechtsbeziehungen gegenüber dem Beklagten bestehen (Schumann in Stein/Jonas, ZPO, a. a. O. Rn. 38 zu § 256). Verfahrensrechtlich ist der hier besprochene Rechtsstreit vergleichbar mit dem des Urteils vom 22. 6. 1983 – 12 RK 35/82 – (SozR 1500 § 55 Nr. 22 = Breithaupt 1984 S. 166). Darin ist die geschiedene Ehefrau als befugt angesehen worden, in eigenem Namen Klage auf Feststellung der Versicherungspflicht ihres früheren Ehemannes zu erheben.

Da der Kläger ein berechtigtes Interesse in der Form der wirtschaftlichen Betroffenheit geltend macht, ist die Klage zulässig. Weil er sogar unmittelbar betroffen ist, hätte auf den Antrag des Klägers – so wie er gestellt war – (ggf. nach Beiladung der Arbeitnehmer) in der Sache entschieden werden müssen (zur sachlich-rechtlichen Problematik vgl. das Urt. vom 2. 8. 2001 – B 7 AL 86/00 R – SozR 3-4210 § 9 Nr. 2; ergänzend mag darauf hingewiesen sein, dass hier kaum das Nutzen rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten bejaht werden kann, es sich vielmehr um einen Umgehungstatbestand handelt).

Ausgehend von der Annahme, es komme auf eine rechtliche Betroffenheit an, hat das BSG nur geprüft, ob der Kläger Arbeitgeber der polnischen Kraftfahrer war. Das ist selbstverständlich zu verneinen.

Da er aber selbst – als Einzelkaufmann – betroffen war, wie oben gezeigt worden ist, wäre die sachliche Begründetheit der Klage zu prüfen gewesen. Sofern sich dann die Frage nach der notwendigen Beiladung der Arbeitnehmer (§ 75 Abs. 2 SGG) stellte, hätte das BSG nach § 168 Satz 2 zweite Alternative SGG verfahren müssen.

2.4 Der Formel des erstinstanzlichen Urteils ist zu entnehmen, dass der *Antrag* des Klägers dahin ging, dass „die Beschäftigten“ der vierzehn namentlich benannten polnischen Kraftfahrer „über den 30. 4. 1997 hinaus als arbeitserlaubnisfrei anzusehen“ seien. Im Zusammenhang mit den Erörterungen zum Feststellungsinteresse sagt das BSG, dass ein Arbeitgeber seine rechtlichen Interessen durch eine andere Feststellungsklage, „nämlich die Feststellung, dass er berechtigt ist, bestimmte Arbeitnehmer zu beschäftigen“, wahren könne.

Aber handelte es sich dabei wirklich um eine *andere* Feststellungsklage? – Nach § 123 SGG entscheidet das Gericht über die von dem Kläger erhobenen Ansprüche, ohne an die Fassung der Anträge gebunden zu sein. Wenn ein Arbeitgeber sein Begehren in den Tatsacheninstanzen dahin fasst, dass es für die Beschäftigung bestimmter Arbeitnehmer keiner Arbeitserlaubnisse bedürfe, dann will er in der Sache doch nichts anderes als die Feststellung, dass er berechtigt sei, bestimmte Arbeitnehmer zu beschäftigen. Es geht damit nur um die richtige Fassung des Antrags aus der Sicht des erkennenden Gerichts. Diese wäre in der mündlichen Verhandlung am 2. 8. 2001 zu erzielen gewesen, denn der (die) Vorsitzende hatte u. a. auf sachdienliche Anträge hinzuwirken (§ 112 Abs. 2 Satz 2 SGG). Wie hier hat das derselbe Senat in einer am 2. 8. 2001, also am selben Tag (!) entschiedenen vom Sachverhalt her vergleichbaren Sache erkannt (B 7 AL 86/00 R – SozR 3-4210 § 9 Nr. 2). Darin wird ausdrücklich gesagt, dass es sich bei der im Revisionsverfahren gewählten Fassung des Antrags nicht um eine nach § 168 Satz 1 SGG unzulässige Klageänderung, sondern nur um eine Klarstellung handle.

Aber auch wenn der Senat ohne mündliche Verhandlung entschieden hätte und nach §§ 106 Abs. 1, 155 Abs. 1 und 165 SGG vor der Entscheidung in der Sache kein sachdienlicher Antrag angeregt worden wäre, hätte der Antrag im Sinne des Senats ausgelegt werden müssen. Abgesehen von § 123 SGG wäre dies der richterlichen Fürsorgepflicht geschuldet gewesen, die sich aus dem verfassungsrechtlichen Anspruch auf effektiven Rechtsschutz ergibt. Es kommt darauf an, den allgemeinen Rechtsgrundsatz zu verwirklichen (vgl. § 133 BGB), dass durch Auslegung der wirkliche Wille zu erforschen und nicht am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften ist (im einzelnen: Leipold in Stein/Jonas, a. a. O., Rn. 192 ff. vor § 128).

2.5 Der Kläger war zu keiner *Zeit Arbeitgeber* der polnischen Arbeitnehmer. In dem Erkenntnis des BSG wird zutreffend dargestellt, dass unmittelbar rechtlich betroffen nur die polnischen Arbeitnehmer sind, weil die Regelungen über die Arbeitserlaubnis neben den Interessen des Arbeitsmarktes an denen der Arbeitnehmer ausgerichtet werden. Hier geht es darum, ob die bei der polnischen GmbH beschäftigten Arbeitnehmer, die die (allfälligen) Erlaubnisinhaber sind, weiter ohne neue Arbeitserlaubnis in Deutschland tätig werden dürfen.

Dem juristischen Laien wird es schwer zu vermitteln sein, weshalb Kläger und GmbH von den Gerichten nicht gleichgesetzt werden, ist der Kläger doch deren alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer. Wer aber von Gestaltungsmöglichkeiten des Handelsrechts Gebrauch macht (Haftungsbeschränkung), muss selbst konsequent sein, hier also nicht selbst (als natürliche Person) kla-

gen, sondern für die GmbH als deren alleiniger Geschäftsführer handeln. Wie wichtig der deutsche Gesetzgeber diese Unterscheidung nimmt, zeigt sich an § 35 Abs. 4 GmbH, wonach auch der alleinige Gesellschafter/Geschäftsführer an die Regeln des § 181 BGB gebunden ist, also nicht ohne weiteres mit der Gesellschaft kontrahieren darf; nötig ist eine gestattende Bestimmung im Gesellschaftsvertrag (im Einzelnen: Fuhrmann in GmbH-Handbuch, 15. Aufl., Rn. I 2040; zur strengen Trennung zwischen Gesellschaftern und Gesellschaft vgl. auch BSG-Urteile vom 26. 1. 1978 – 2 RU 90/77 – E 45 S. 279 und vom 30. 1. 1990 – 11 RA 47/88 – E 66 S. 168).

Die Frage nach der Arbeitgebereigenschaft ist hier für die sachlich-rechtliche Entscheidung aber nicht erheblich, eben weil es sich – vom Kläger her gesehen – um eine Drittrechtsbeziehung handelt.

2.6 Das Urteil auf die Klage zur Feststellung eines Drittrechtsverhältnisses hat keine *Rechtskraftwirkung* (§ 141 SGG) für die an diesem Beteiligten, selbst wenn einer der Beteiligten den Kläger zur Prozessführung ermächtigt hat. Das BSG hat in dem Urteil vom 22. 6. 1983 – 12 RK 35/82 – (SozR 1500 § 55 Nr. 22) anderes gesagt. Die zum Beleg u. a. angeführte Stelle bei Rosenberg/Schwab, Zivilprozessrecht, 13. Aufl., S. 527, richtig: 528 oben = 15. Aufl., S. 520 f. sagt das Gegenteil.

Auch mit Ermächtigung gibt es keine Rechtskraftwirkung für oder gegen den Dritten. Die angeführten Entscheidungen des BGH betreffen die Ermächtigung bei der gewillkürten Prozessstandschaft.

2.7 Kann aber der Kläger, wie oben gezeigt worden ist, schon aus eigenem Recht auf Grund ausdrücklicher gesetzlicher Regelung (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 SGG) klagen, um den Inhalt des Drittrechtsverhältnisses zwischen der Bundesanstalt für Arbeit und den Arbeitnehmern oder der GmbH festzustellen, dann bedarf es keines Rückgriffs auf das richterrechtliche Institut der gewillkürten Prozessstandschaft. Das BSG hat sich von dem LSG auf dieses Gleis im wahrsten Sinne des Wortes verleiten lassen (Zur Zulässigkeit der gewillkürten Prozessstandschaft im sozialgerichtlichen Verfahren siehe den Aufsatz auf S. 714).

3.1 Zu untersuchen ist nunmehr, wie es mit der *Notwendigkeit der Beiladung* im Falle der Feststellungsklage (siehe 2) steht. Es ist oben gesagt worden, dass der Kläger an dem Drittrechtsverhältnis aus rechtslogischen Gründen nicht rechtlich beteiligt sein könne. Hier geht es aber um die Frage, ob einer der Dritten an dem streitigen Rechtsverhältnis derart beteiligt ist, dass die Entscheidung auch ihm gegenüber nur einheitlich ergehen kann (§ 75 Abs. 2 SGG). Dieses Rechtsverhältnis wird bestimmt von der Frage, ob die polnischen Arbeitnehmer eine Arbeitserlaubnis der Beklagten benötigen. Das ist die unmittelbare, nicht nur eine Vorfrage. Die Beiladung der polnischen Arbeitnehmer wäre also erforderlich gewesen.

3.2 Betrachtet man die von dem BSG erwogene weitere Fragestellung, nämlich ob die polnische GmbH bestimmte Arbeitnehmer ohne Arbeitserlaubnis beschäftigen dürfe, dann kommt es nur auf den „Ist“-Zustand an, der Vorfrage für die beantragte Feststellung ist. Dessen Gestaltung ist von dem Ergebnis des von dem Kläger angestrebten Verfahrens unabhängig. Es geht hier um ein eigenes Rechtsverhältnis der GmbH zur Beklagten, an dem die Arbeitnehmer nicht beteiligt sind (vgl. Urt. in der Sache B 7 AL 86/00 R, a. a. O. S. 9f.; BSG Urt. vom 12. 10. 1988 – 3/8 RK 19/86 – SozR 1500 § 75 Nr. 71).

Es handelt sich insofern nicht um eine notwendige Beiladung. Aber berechtigt interessiert im Sinne von § 75 Abs. 1 SGG dürften die Arbeitnehmer schon sein, weshalb das Unterbleiben der Beiladung in den Tatsacheninstanzen schon verwundert.

3.3 In der Regel bedarf es bei der gewillkürten Prozessstandschaft keiner Beiladung, weil der eigentlich Betroffene den Kläger ermächtigt hat, in eigenem Namen zu klagen (z. B. Leistungsklage) und das rechtskräftige Urteil für und gegen ihn wirkt (oben 3.5). Bei

der Feststellung eines Drittrechtsverhältnisses liegen die Dinge jedoch anders. Bejaht man die Möglichkeit der gewillkürten Prozessstandschaft für die GmbH, dann liegen die Verhältnisse wie bei einer unmittelbaren Feststellungsklage, weil auch in diesem Fall die Feststellung eines Drittrechtsverhältnisses mit den Varianten begehrt werden kann: brauchen die Arbeitnehmer eine Arbeitserlaubnis – darf die GmbH bestimmte Arbeitnehmer beschäftigen? Auf die Ergebnisse oben 3.1 und 3.2 kann daher verwiesen werden.

Hilfsantrag. Nach dem Hilfsantrag sollte die Beklagte verpflichtet werden, dem Kläger eine über den 30. April 1997 hinausgehende Genehmigung zur arbeitserlaubnisfreien Beschäftigung zu erteilen. Über diesen hat das BSG von Amts wegen unter Hinweis auf das Urteil vom 16. 8. 1990 – 4 RA 10/90 – (SozR 32200 § 1232 Nr. 2) befunden. Man muss sich aber vergegenwärtigen, dass es hier dogmatische Probleme gibt. Über den Hilfsantrag ist ja in den Fällen, in denen dem Hauptantrag stattgegeben worden ist, überhaupt nicht entschieden worden. Deswegen hat der BGH mit Urteil vom 1. 4. 1971 – VII ZR 297/69 – (BGHZ 56 S. 79 ff.) auch nicht beanstandet, dass das Landgericht über den Hauptantrag nur durch Teilurteil entschieden hatte, der Hilfsantrag also in erster Instanz anhängig geblieben war. Diese Rechtsüberzeugung wird auch in der Literatur vertreten (vgl. Lüke in Münchener Kommentar zur ZPO, 2. Aufl., Rn. 53 zu § 260). Die der herrschenden Meinung zugrundeliegende Erkenntnis des (RG) vom 13. 10. 1911 – Rep II 110/11 – (RGZ 77 S. 120) ist geworden begründet und – von der damaligen Praxis des RG her gesehen unverhältnismäßig lang (7 Seiten). Hierbei ist zu berücksichtigen, dass das RG nur darüber befunden hat, dass bei eventueller Klagenhäufung der Hilfsanspruch ohne weiteres in die *Berufungsinstanz* erwachse, wenn nach dem Hauptantrag erkannt worden ist. Dass es nicht um eine allgemeine Aussage auch für die Revisionsinstanz geht, zeigen die Hinweise auf §§ 537, 529 Abs. 2 a. F. und 268 Nrn. 2 und 3 ZPO (S. 126 f.). Für das Revisionsverfahren gab es schon seinerzeit keine § 537 ZPO a. F. entsprechende Regelung. Danach hatte das Berufungsgericht auch über Streitpunkte zu entscheiden, über die im ersten Rechtszug nicht verhandelt oder nicht entschieden worden ist. Das gilt auch für § 529 Abs. 2 ZPO a. F., wonach neue Ansprüche mit Einwilligung des Gegners erhoben werden konnten. Dass § 99 Abs. 3 SGG (= § 268 ZPO) im Revisionsverfahren anwendbar sei, wird vom BSG bejaht, ist aber umstritten. Die Frage kann hier dahinstehen, da sie auf den hier erörterten Fall nicht zutrifft (vgl. hierzu auch BGH Urteil vom 29. 1. 1964 – V ZR 23/63 – BGHZ 41 S. 38, 40 f.). – Auch Meyer-Ladewig, der in dem Urteil des BSG vom 16. 8. 1990 – 4 RA 10/90 – (SozR 3-2200 § 1232 Nr. 2 S. 12 f.) zitiert wird, hat sich nur zum Berufungsverfahren geäußert (vgl. jetzt: 7. Aufl., Rn. 7 zu § 56). Im Hinblick auf die Neufassung der Berufungsvorschriften durch das Zivilprozessreformgesetz vom 27. 7. 2001 (BGBl. I S. 1887), wonach neues Vorbringen im Berufungsverfahren nur in engem Rahmen zulässig ist, werden auch die Zivilgerichte zu prüfen haben, ob die bisherige Rechtsprechung aufrechterhalten werden kann.

Die Übertragung der Rechtsprechung des RG auf die Revisionsinstanz scheitert auch daran, dass das Revisionsgericht – wie das BSG an anderer Stelle selbst sagt – nur über die Richtigkeit der Entscheidung des Berufungsgerichts zu befinden hat (§ 162 SGG, § 202 SGG i. V. mit § 561 ZPO in der Fassung bis 31. 12. 2001 bzw. § 559 n. F.). Über den Hilfsantrag ist aber nicht entschieden worden. Wenn Hartmann (in Baumbach/Hartmann, ZPO, 60. Aufl., Rn. 22 zu § 260) meint, der Hilfsanspruch falle deswegen der Berufungsinstanz an, weil er aberkannt worden sei, wenn die erste Instanz den Hauptanspruch zuspreche, so trifft dies nicht zu. Der Hilfsanspruch müsste dann auch von der Rechtskraftwirkung erfasst werden, was jedoch nicht sein kann, weil insoweit gerade nicht über den Streitgegenstand entschieden worden ist (§ 322 ZPO; § 141

SGG). Deshalb wäre auch eine Anschlussrevision des Klägers nicht möglich gewesen.

Die einzige Rechtfertigung für die Rechtsprechung des BSG ist auch schon die vom RG angesprochene Praktikabilität (a. a. O., S. 127), zusätzlich gestützt auf richterliches Gewohnheitsrecht. Geht man hiervon aus, dann hat das BSG richtig entschieden; es fehlt schon an einem Verwaltungsakt.

Anzumerken ist jedoch, dass auch ein Erwaachsen des Hilfsantrags in die Revisionsinstanz den (die) Vorsitzende(n) nicht von der Pflicht entbindet, einen sachgerechten Antrag herbeizuführen (§§ 106 Abs. 1, 112 Abs. 2 SGG). Der Prüfung des Revisionsgerichts unterliegen nämlich nur die von den Beteiligten im Revisionsverfahren gestellten Anträge (§ 202 SGG i. V. mit § 559 Abs. 1 ZPO a. F. bzw. § 557 Abs. 1 ZPO n. F.). Der Kläger hätte also den Antrag auf Zurückweisung der Revision mit dem Hilfsantrag verbinden müssen.

*Dr. Paul-Arthur Zeibe,
Hattingen*