

## L 10 AL 170/04

Land  
Freistaat Bayern  
Sozialgericht  
Bayerisches LSG  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
10  
1. Instanz  
SG Nürnberg (FSB)  
Aktenzeichen  
S 8 AL 500/02  
Datum  
17.03.2004  
2. Instanz  
Bayerisches LSG  
Aktenzeichen  
L 10 AL 170/04  
Datum  
21.07.2005  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Urteil

I. Die Berufung gegen das Urteil des Sozialgerichts Nürnberg vom 17.03.2004 wird zurückgewiesen.  
II. Die Beklagte hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.  
III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist die Rechtmäßigkeit einer von der Beklagten gegen die Klägerin ausgesprochenen "Verwarnung" im Rahmen des Werkvertragsverfahrens.

Die Klägerin, eine polnische Firma, nimmt im Rahmen der Vereinbarung zwischen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Regierung der Republik Polen über die Entsendung von Arbeitnehmern polnischer Unternehmen zur Ausführung von Werkverträgen - Regierungsvereinbarung- vom 31.01.1990 ([BGBl II S 602](#), letzte Änderung vom 01.03./30.04.1993, [BGBl II S 1125](#)) am Werkvertragsverfahren teil. Die Beklagte erteilte die Zustimmung zur Erteilung von Arbeitserlaubnissen für den Einsatz ausländischer Arbeitnehmer im Rahmen verschiedener Werkverträge. Im Rahmen des Verfahrens zur Erteilung von Arbeitserlaubnissen wurde die Klägerin auch auf die einzuhaltende Lohnhöhe hingewiesen und erhielt die entsprechenden Merkblätter hierzu.

Bei Überprüfungen der Entlohnung der von der Klägerin beschäftigten Arbeitnehmer ermittelte die Beklagte eine Unterschreitung des Tariflohnes bei 8 Führungskräften in 11 Monaten in geringfügiger Höhe (( 5 %). Nach Anhörung hierzu und einer umfangreichen Stellungnahme der Klägerin stellte die Beklagte mit Schreiben vom 11.12.2001 fest, bei 6 Arbeitnehmern sei der zu zahlende Nettolohn in 9 Monaten (jeweils um weniger als 5 %) unterschritten worden. Bei weiteren Feststellungen untertariflicher Entlohnung werde die Klägerin zumindest für die Dauer von 6 Monaten vom Werkvertragsverfahren ausgeschlossen. Die polnische Vergabestelle erhalte eine Durchschrift dieses Schreiben. Es könne Widerspruch eingelegt werden.

Den Widerspruch hiergegen wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 14.05.2002 zurück. Der gegen die "Entscheidung" vom 11.12.2001 gerichtete Widerspruch sei nicht begründet worden und auch nicht begründet.

Mit der zum Sozialgericht Nürnberg (SG) am 17.06.2002 - und damit rechtzeitig - erhobenen Klage hat die Klägerin die Aufhebung dieser Bescheide begehrt. Sie werde von der Beklagten aufgrund der angegriffenen Bescheide als Kandidat für einen möglichen Ausschluss geführt. Der Vorwurf der Lohnunterschreitung sei zudem unzutreffend.

Das SG hat die angegriffenen Bescheide aufgehoben (Urteil vom 17.03.2004). Sie seien rechtswidrig. Das Schreiben vom 11.12.2001 enthalte eine Regelung für den Einzelfall: es sollte der Ausschluss für 6 Monate bei jeglicher weiteren Unterschreitung des tariflichen Nettolohnes erfolgen. Dies aber sei unverhältnismäßig. Ein Ausschluss komme nur bei erheblichen und nachhaltigen Verstößen in Betracht. Dies sei in der entsprechenden Dienstanweisung (DA) der Beklagten nicht berücksichtigt worden. Im Übrigen sei in Bagatellfällen nur eine Belehrung vorgesehen, nicht jedoch eine rechtsverbindliche Ausschlussandrohung, für die es keine Rechtsgrundlage gebe. Eine reine Belehrung bzw. Verwarnung hingegen sei jederzeit möglich.

Zur Begründung der hiergegen zum Bayer. Landessozialgericht (BayLSG) eingelegten Berufung hat die Beklagte vorgetragen: Die Verwarnung stelle eine Vorstufe zum Ausschluss dar. Entsprechende Sanktionsregelungen im Rahmen von Vereinbarungen mit der polnischen Seite bei bußgeldbewehrten Verstößen staffelten nach der Schwere des Falles und der Höhe des verlangten Bußgeldes und würden in ihrer Geltungsdauer beschränkt sein. Bei Lohnunterschreitungen - für die keine Staffelung vorgesehen sei - sei unter 5 % ein

Bagatellfall anzunehmen. Nach der Regierungsvereinbarung sei in diesem Fall ein Ausschluss vorgesehen; erst recht müsse jedoch die Anwendung eines mildereren Mittels, nämlich einer Verwarnung, möglich und zulässig sein. Im Übrigen komme als Rechtsgrundlage § 56 Ordnungswidrigkeiten-Gesetz (OWiG) i.V.m. dem Arbeitnehmerentendegesetz (AEntG) in Betracht. Zwischenzeitlich sei auch die Formulierung des Hinweises umgestellt worden.

Die Beklagte beantragt, das Urteil des SG Nürnberg vom 17.03.2004 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Ein Ausschluss bei einem weiteren Verstoß erfolge nach dem Wortlaut der angegriffenen Bescheide ohne weitere (Verhältnismäßigkeits-)Prüfung, somit bereits bei der geringsten Lohnunterschreitung. Der Ausspruch einer Verwarnung sei auch in späteren Regierungsvereinbarungen nicht berücksichtigt worden und daher unzulässig. Für eine Verwarnung i.S. des OWiG gebe es keine Rechtsgrundlage. Das AEntG sei für den vorliegenden Fall unerheblich. Im Übrigen sei die Zielrichtung des Bescheides vom 11.12.2001 eine andere gewesen, was sich bereits aus der erteilten Rechtsbehelfsbelehrung ergebe.

Zur Ergänzung des Tatbestandes wird auf die beigezogenen Verwaltungsakten sowie die Gerichtsakten erster und zweiter Instanz Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Beklagten ist zulässig (§§ 143, 144, 151 Sozialgerichtsgesetz -SGG-), aber nicht begründet. Zu Recht hat das SG den Bescheid vom 11.12.2001, der einen Verwaltungsakt enthält, in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 14.05.2002 aufgehoben. Für den in die Rechte der Klägerin eingreifenden "Hinweis", die Klägerin werde "bei weiteren Feststellungen bezüglich untertariflicher Entlohnung ... zumindest für die Dauer von 6 Monaten vom Werkvertragsverfahren" ausgeschlossen, fehlt es an einer Rechtsgrundlage.

Dieser Hinweis ist der eigentliche Verfügungssatz dieses Bescheides, er stellt den Verwaltungsakt dar. Gemäß § 31 Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) ist ein Verwaltungsakt jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. Eine solche Verfügung liegt hier vor. Die Beklagte als Behörde regelt mit ihrem "Hinweis" den Einzelfall betreffend die Klägerin. Wegen des festgestellten Verstoßes (Bescheidbegründung i.S. des § 35 Abs 1 SGB X) werde beim nächsten Verstoß ohne jegliche weitere Prüfung der Verhältnismäßigkeit, quasi automatisch, ein Ausschluss von mindestens 6 Monaten erfolgen. Eine erneute Ermessensentscheidung werde nicht mehr getroffen werden, die Schwere des erneuten Verstoßes, die Dauer der zwischen den Verstößen liegenden Zeit und die Auswirkungen des Ausschlusses für die Klägerin werde keine Rolle mehr spielen. Zur Begründung für die Ausschlussandrohung wird das Vorliegen eines Verstoßes gegen die einzuhaltende Lohnhöhe angegeben. Mit der von der Beklagten verwendeten Formulierung wird also bereits jetzt durch den Hinweis eine Sanktion festgelegt, die bei Eintritt einer Bedingung (erneuter Verstoß) ohne weitere Prüfung ausgesprochen werden wird. Dieser auch als "Verwarnung" bezeichnete Hinweis (vgl. DA 2.10.170 sowie Protokoll der Sitzung der deutsch-polnischen Arbeitsgruppe über Fragen der Beschäftigung polnischer Arbeitnehmer in der Bundesrepublik Deutschland vom 21. bis 23.10.1996 in Krakau) wird auch von der Beklagten selbst als Verwaltungsakt angesehen, denn anders ließe sich die dort erteilte Rechtsbehelfsbelehrung nicht erklären, auch wenn diese für die Qualifizierung als Verwaltungsakt keine entscheidende Rolle spielt. Selbst im Rubrum des Widerspruchsbescheides vom 14.05.2002 wird das Schreiben vom 11.12.2001 als Bescheid bezeichnet (im Ergebnis ebenso: BayLSG, Urteil vom 08.03.2005 - L 11 AL 6/04).

Bei dieser "Verwarnung" handelt es sich im Übrigen auch nicht um eine Verwarnung i.S. des § 56 OWiG. Davon geht auch die Beklagte aus, wenn sie über den Widerspruch und nach Widerspruchsbescheid über den Klageweg zu den Sozialgerichten belehrt. Auch in den von der Beklagten angewandten "Sanktionsregelungen" wird bei anderweitigen Verstößen vom Ausspruch einer "Verwarnung" erst gesprochen, nachdem hinsichtlich des Verstoßes selbst bereits ein Bußgeldbescheid erlassen worden ist. Bereits aufgrund dieser dort verwendeten Reihenfolge hat die Beklagte hier keine Verwarnung i.S. des OWiG aussprechen wollen, für die es zudem an einer Rechtsgrundlage und den entsprechenden Sachverhaltsfeststellungen fehlt, denn eine Unterschreitung des Mindestarbeitslohnes - vgl. hierzu das AEntG - ist gerade nicht festgestellt worden (vgl. Prüfbericht Geschäftsunterlagen vom 06.09.2000). Allein aber die Lohnhöhe - nicht jedoch der Zeitpunkt der Lohnzahlung - ist streitig (im Ergebnis ebenso BayLSG aaO).

Die im Streitgegenständlichen Fall erteilte Verwarnung (im untechnischen Sinne) bei einer festgestellten Lohnunterschreitung um weniger als 5 % findet hinsichtlich ihrer konkreten Formulierung keine Rechtsgrundlage, insbesondere nicht in Art 8 Abs 4 der Regierungsvereinbarung. Hiernach werden Werkverträge eines Unternehmens von der Bundesanstalt für Arbeit nicht mehr genehmigt, wenn das Unternehmen u.a. dem Arbeitnehmer den Lohn nicht zahlt, den deutsche Tarifverträge für vergleichbare Tätigkeiten vorsehen (Art 8 Abs 3 der Regierungsvereinbarung); der Ausschluss kann befristet werden.

Zwar ließe diese Regelung nach ihrem Wortlaut einen sofortigen Ausschluss der Klägerin zu, unabhängig von der Schwere des Verstoßes und weiteren Gesichtspunkten. Unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (Wahl des mildesten, aber auch geeigneten und erforderlichen Mittels) hat die Beklagte jedoch einen Sanktionskatalog aufgestellt, wozu sie gemäß Art 9 Abs 2 Satz 1 Regierungsvereinbarung befugt war. Diesen Katalog hat die Beklagte nach der Schwere des jeweiligen Verstoßes unter Berücksichtigung einer zeitlichen Komponente gestaffelt. So ist für Bagatellfälle (Bußgeldbescheide unter 5.000,00 DM) lediglich eine Verwarnung ohne weitere Sanktion für den Wiederholungsfall vorgesehen, wobei aber eine Kumulierung erfolgt. Erst bei bedeutend schwereren Verstößen (Bußgeld zwischen 5.001,00 DM und 50.000,00 DM) erfolgt beim ersten Wiederholungsfall ein Ausschluss von 6 Monaten. Bei Bußgeldern über 100.000,00 DM erfolgt sofort ein Ausschluss für ein Jahr. Für eine Unterschreitung des Tariflohnes ist - wohl mangels Ordnungswidrigkeitentatbestandes - lediglich eine "Verwarnung" bei einer Unterschreitung bis zu 5 % vorgesehen, in anderen Fällen soll gemäß der Regierungsvereinbarung ein Ausschluss erfolgen.

Hinsichtlich des "Ob" schreibt die Regierungsvereinbarung den Ausschluss vor, nur die Dauer des Ausschlusses kann befristet (§ 8 Abs 4 Satz 1 Hs 2 der Regierungsvereinbarung) und von daher im Rahmen einer Ermessensentscheidung von der Beklagten bestimmt werden, wobei eine Ausschlussdauer von 0 Monaten eben gerade bei leichten Verstößen bzw. Bagatellfällen als angemessen erscheint. In solchen

Fällen genügt somit zunächst das mildeste Mittel der "Verwarnung" bzw. des "Hinweises". Mit dieser Staffellung beabsichtigt die Beklagte unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, das ihr nach der Regierungsvereinbarung eingeräumte Ermessen bezüglich des "Wie", d.h. bezüglich der Dauer des Ausschlusses entsprechend der Schwere des Verstoßes auszuüben und sie bindet sich damit selbst in ihrer Entscheidung.

Nicht geregelt in der Dienstanweisung wie auch in dem o.g. Protokoll ist jedoch im Gegensatz zu bußgeldbewehrten Verstößen, welche Sanktionen bei wiederholter Unterschreitung des Tariflohnes unter 5 % eintreten soll und für welchen Zeitrahmen ein Wiederholungsfall angenommen werden soll. Der Gleichheitsgrundsatz des [Art 3 Grundgesetz \(GG\)](#) i.V.m. dem wegen Selbstbindung der Verwaltung anzuwendenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit machen es jedoch erforderlich, auch für diese Fälle eine gestaffelte Regelung aufzustellen, die einen Vergleich mit den bußgeldbewehrten Verstößen und den dort zur Regelung dieser Fragen getroffenen Vorgaben standhält. Solche Regelungen sind nicht vorhanden. Die Beklagte hat jedoch im Wiederholungsfall zumindest den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu berücksichtigen. Bei einem erneuten Verstoß ist erneut dessen Schwere und der Zeitraum, der zwischen den beiden Verstößen liegt, zu beachten und zu prüfen, ob ein - zeitlich befristeter - Ausschluss zu erfolgen hat oder ob nochmals eine Reduzierung der Ausschlussdauer auf Null, d.h. eine bloße Verwarnung, als möglich erscheint.

Die Beklagte hat hingegen durch die im konkreten Fall verwendete Formulierung ihres Hinweises deutlich zum Ausdruck gebracht, dass eine solche Prüfung nicht mehr erfolgen wird; der nächste Verstoß wird automatisch zu einem Ausschluss von mindestens 6 Monaten führen. Bereits diese genaue Festlegung der Mindestdauer des Ausschlusses, die weder in der Regierungsvereinbarung - nach dieser ist eine Ermessensentscheidung hinsichtlich der Dauer des Ausschlusses zu treffen - noch im Protokoll erwähnt ist, entbehrt der Rechtsgrundlage. Die Beklagte erklärt mit diesem Hinweis, sie werde beim nächsten Verstoß keine Ermessensentscheidung mehr treffen, sondern es werde ein Ausschluss von mindestens 6 Monaten erfolgen. Durch diese konkrete Androhung wird in die Rechte der Klägerin (z.B. [Art 3 GG](#)) eingegriffen. Ob eine andere Formulierung des Hinweises, der eine zu treffende Ermessensentscheidung nicht vorwegnimmt, eine Rechtsgrundlage findet, erscheint als begründbar, ist jedoch vorliegend ebenso wenig zu entscheiden wie die Frage, ob es sich bei einer solchen Formulierung ebenfalls um einen Verwaltungsakt handelt.

Nach alledem hat die Beklagte bei einer erneuten Lohnunterschreitung (um weniger als 5 %) im Wiederholungsfall ein erneutes Ermessen dahingehend auszuüben, in welchem Umfang ein Ausschluss erfolgen bzw. ob ein erneuter Hinweis genügen soll. Die Ausübung dieses Ermessens hat die Beklagte durch die Formulierung ihres Hinweises aber ausgeschlossen. Damit ist dieser Verwaltungsakt rechtswidrig und vom SG zu Recht aufgehoben worden (im Ergebnis ebenso: BayLSG aaO).

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a SGG](#) i.V.m. den Vorschriften des Gerichtskostengesetzes und [§§ 154](#) bis [162](#) Verwaltungsgerichtsordnung.

Gründe, die Revision gemäß [§ 160 Abs 2 Nrn 1 und 2 SGG](#) zuzulassen, liegen nicht vor. Das Urteil weicht nicht von einer Entscheidung des BSG ab. Die Rechtssache hat auch keine grundsätzliche Bedeutung. Allein streitig ist eine konkrete Formulierung der Beklagten, wobei andere Regionaldirektionen der Beklagten andere Formulierungen verwenden, und auch die hier betroffene Regionaldirektion zwischenzeitlich die Formulierung umgestellt hat.

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2005-09-05