

## L 10 AL 111/05

Land  
Freistaat Bayern  
Sozialgericht  
Bayerisches LSG  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
10  
1. Instanz  
SG Nürnberg (FSB)  
Aktenzeichen  
S 15 AL 291/03  
Datum  
22.02.2005  
2. Instanz  
Bayerisches LSG  
Aktenzeichen  
L 10 AL 111/05  
Datum  
21.07.2005  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Urteil

I. Die Berufung gegen das Urteil des Sozialgerichts Nürnberg vom 22.02.2005 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 gegenüber der Klägerin ausgesprochenen Verwarnung im Rahmen des Werkvertragsverfahrens.

Die Klägerin, eine polnische Firma, nimmt am Werkvertragsverfahren 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](#)) teil. Die Beklagte erteilte die Zustimmung zur Erteilung von Arbeiterlaubnissen für den Einsatz ausländischer Arbeitnehmer im Rahmen verschiedener Werkverträge. Im Rahmen dieses Verfahrens wurde die Klägerin auch auf die einzuhaltende Lohnhöhe hingewiesen und erhielt entsprechende Merkblätter hierzu.

Bei Überprüfungen der Entlohnung der von der Klägerin beschäftigten Arbeitnehmer und nach Anhörung der Klägerin ermittelte die Beklagte aufgrund der Aussagen verschiedener Arbeitnehmer Lohnunterschreitungen. Dieses Erkenntnis habe die Klägerin durch die Vorlage der von den Arbeitnehmern ausgefüllten und zur Abrechnung vorgelegten Stundenzettel nicht entkräften können. Die Beklagte stellte daher mit Schreiben vom 14.11.2002 diese Lohnunterschreitungen fest. 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 Schreibens. Es könne Widerspruch eingelegt werden.

Den Widerspruch hiergegen wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 10.03.2003 zurück. Der gegen den "Bescheid" vom 14.11.2002 gerichtete Widerspruch sei nicht begründet. Die Angaben der vernommenen Arbeitnehmer bei der Prüfung seien glaubhaft. Die Verstöße lägen vor. Von einem Ausschluss von einem Jahr werde wegen Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes abgesehen.

Mit der zum Sozialgericht Nürnberg (SG) 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. Die Verwarnung finde keine Rechtsgrundlage, insbesondere stelle der Sanktionskatalog der Beklagten keine solche dar. Der Vorwurf der Lohnunterschreitung sei auch unzutreffend.

Das SG hat den Bescheid vom 14.11.2002 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 10.03.2003 aufgehoben (Urteil vom 22.02.2005). Diese Bescheide seien rechtswidrig. Das Schreiben vom 14.11.2002 enthalte einen Verwaltungsakt, der über eine eventuell zulässige bloße Verwarnung hinausgehe; es solle im Wiederholungsfall automatisch ein Ausschluss von 6 Monaten erfolgen. Dies sei unverhältnismäßig. Der Verwaltungsakt sei auch nicht ausreichend bestimmt, denn er sei weder sachlich noch zeitlich begrenzt. Er verstoße damit gegen das Rechtsstaatsgebot und sei mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht vereinbar. Eine bloße Belehrung / Verwarnung hingegen sei evtl. möglich. Um eine Verwarnung i.S. des Ordnungswidrigkeitenrechts (OWiG) handle es sich aber nicht.

Zur Begründung der hiergegen zum Bayer. Landessozialgericht (BayLSG) eingelegten Berufung hat die Beklagte vorgetragen: Die Verwarnung, deren Verwaltungsaktqualität fraglich sei, stelle eine Vorstufe zum Ausschluss dar und sei damit erst recht von der

Rechtsgrundlage für einen Ausschluss gedeckt. Zur Verwaltungsvereinfachung und aus Gleichbehandlungsgründen würde nach Ablauf von 2 Jahren ab Bestandskraft bzw. Rechtskraft der Verwarnung bzw. Belehrung ein "Verbrauch" der Verwarnung angenommen werden. Im Übrigen habe die Beklagte die Formulierung des Hinweises zwischenzeitlich geändert.

Die Beklagte beantragt, das Urteil des SG Nürnberg vom 22.02.2005 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt, die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Sie beruft sich auf die Entscheidung des BayLSG vom 08.03.2005 - [L 11 AL 6/04](#).

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 14.11.2002, der einen Verwaltungsakt enthält, in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 10.03.2003 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 (Bescheidebegründung 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 10.03.2003 wird das Schreiben vom 14.11.2002 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 Staffelung 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 Zeitraum 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 Mindstdauer 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.

Der von der Beklagten im Rahmen des Berufungsverfahrens angegebene "Verbrauch" der Verwarnung nach Ablauf von 2 Jahren seit Eintritt der Bestands- bzw. Rechtskraft der Belehrung bzw. Verwarnung kann die Entscheidung bezüglich der Rechtmäßigkeit der erteilten Verwarnung nicht beeinflussen. Zum einen ist ein Hinweis auf diese zeitliche Grenze in der ausgesprochenen Verwarnung nicht enthalten, so dass sich die Klägerin hiernach nicht richten kann. Zum anderen aber bedeutet das Abstellen auf die Bestands- bzw. Rechtskraft der erteilten Verwarnung eine Ungleichbehandlung gegenüber anderen Verstößen, die bußgeldbewehrt sind und bei denen im Rahmen des Sanktionskataloges auf die Rechtskraft des Bußgeldbescheides abgestellt wird, die i.d.R. wesentlich früher eintritt. Die angenommene zeitliche Grenze von 2 Jahren ist zudem als willkürlich gewählt anzusehen, wenn bezüglich der übrigen Verstöße von einem Verbrauch nach 12 Monaten ausgegangen wird. Unabhängig von der nunmehr von der Beklagten angenommenen Möglichkeit eines Verbrauchs der Verwarnung bleibt der von der Beklagten erlassene Bescheid rechtswidrig, da er jegliche Ermessensentscheidung auch innerhalb dieser Zweijahresgrenze ausschließt.

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 die hier betroffene Regionaldirektion zwischenzeitlich die Formulierung umgestellt hat.

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2005-09-06