L 3 AL 41/20 B ER

Land
Freistaat Sachsen
Sozialgericht
Sächsisches LSG
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
1. Instanz
SG Dresden (FSS)
Aktenzeichen
S 8 AL 57/20 ER
Datum
18.03.2020
2. Instanz
Sächsisches LSG
Aktenzeichen
L 3 AL 41/20 B ER
Datum
14.09.2023
3. Instanz
-
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Beschluss
Leitsätze

1. Unter Aufhebung einer Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung im Sinne von § 86a Abs. 4 Satz 1 Alt. 1 SGG wird die Rücknahme im Sinne von § 4 AÜG und der Widerruf im Sinne von § 5 AÜG verstanden.

2. § 2 Abs. 4 Satz 4 AÜG, der nach § 5 Abs. 2 Satz 2 AÜG für den Fall des Widerrufs der Erlaubnis entsprechend gilt, ist keine Ausnahmeregelung im Sinne von § 86a Abs. 2 Nr. 4 SGG.

3. Zu Bedenken, ob für den Zeitpunkt im Sinne von § 5 Abs. 4 AÜG, in dem die Erlaubnisbehörde von den Tatsachen Kenntnis erhalten hat, die den Widerruf der Erlaubnis rechtfertigen, auf den Zeitpunkt abgestellt werden kann, zu dem die Bußgeldbehörde die für den Erlass eines Bußgeldbescheides erforderlichen Kenntnisse hatte und die Anhörung zum beabsichtigten Erlass eines Bußgeldbescheides abgeschlossen war.

4. Die Entscheidung, ob die maßgebenden Widerrufsgründe korrekt festgestellt worden sind, wirkt sich auch auf die Frage, ob die Ermessensausübung fehlerfrei erfolgt ist, aus. Denn im Rahmen der Ermessensentscheidung sind unter anderem auch Schwere und Häufigkeit der Verstöße zu gewichten und mildere Mittel, zum Beispiel der Erlass einer Auflage, in Erwägung zu ziehen.

I. Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Sozialgerichts Dresden vom 18. März 2020 aufgehoben. Die aufschiebende Wirkung der Klage der Antragstellerin gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 27. November 2019 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 29. Januar 2020 wird angeordnet.

II. Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Verfahrens in beiden Instanzen zu tragen.

III. Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 5.000,00 EUR festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin wendet sich gegen einen Beschluss des Sozialgerichtes, mit dem ihr Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihrer Klage gegen einen Bescheid, mit dem die ihr erteilte Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung widerrufen wurde, abgelehnt wurde.

Gegenstand des Unternehmens der Antragstellerin sind Dienstleistungen des Hauswirtschaftsservice, Hausmeisterdienste, Außen- und Grünanlagenpflege, des Winterdienstes, Industrieanlagenreinigung und Gebäudereinigung sowie gewerbsmäßige

Arbeitsnehmerüberlassung. Nach dem Ermittlungsbericht des Hauptzollamtes Z.... vom 2. November 2018 beschäftigte die Antragstellerin im Zeitraum vom 1. Januar 2015 bis zum 5. Dezember 2017 bis zu 200 Personen.

Die Antragsgegnerin erteilte der Antragstellerin am 23. Juni 2008 eine ab 26. Juni 2008 für die Dauer eines Jahres geltende Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung nach dem Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – AÜG). Nach zwei Verlängerungen der Erlaubnis um jeweils ein weiteres Jahr erteilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin am 15. April 2011 eine ab dem 26. April 2011 geltende unbefristete Erlaubnis.

Die Antragsgegnerin wandte sich mit Schreiben vom 25. Januar 2017 in einer Ordnungswidrigkeitenangelegenheit an das Hauptzollamt Z..... In Bezug auf drei Arbeitnehmer bestehe der Verdacht des Verleihens ins Baugewerbe (vgl. § 16 Abs. 1 Nr. 1f i. V. m. § 1b Satz 1 AÜG). Eigentlich handle es sich tatsächlich nicht um Arbeitnehmerüberlassung, sondern um Leistungen zur Erstellung eines Werkes. In Bezug auf die Arbeitnehmerüberlassung an ein Entsorgungsunternehmen werde nicht in jedem Fall der Mindestlohn gezahlt (vgl. § 8 Abs. 3 i. V. m. § 23 Abs. 1 Nr. 1 des Gesetzes über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen [Arbeitnehmer-Entsendegesetz – AEntG]).

In einem Prüfbericht eines Prüfteams der Antragsgegnerin anlässlich der Stichprobenprüfung am 12. April 2017 wurde festgehalten, dass es sich bei der Antragstellerin um einen Mischbetrieb handle. Die Arbeitnehmer seien im Hausmeisterdienst und in der Reinigung ("nicht überwiegend") tätig. Es wurden Verstöße gegen den Nachweis der wesentlichen Vergleichsbedingungen/Gleichstellungsgrundsatz (da das Haupttätigkeitsfeld nicht in der Reinigung liege), gegen die Verpflichtung zur Aushändigung von Arbeitsverträgen, gegen die Vorschriften in Bezug auf die Arbeitnehmerüberlassungsverträge, gegen die Befristungen nach dem Teilzeit- und Befristungsgesetz, gegen die Entgeltfortzahlung bei Nichtbeschäftigung, gegen den Mindestlohn/Lohnuntergrenze und gegen die erforderliche Betriebsorganisation festgestellt. In seinem Entscheidungsvorschlag stimmte das Prüfteam "vorerst" dem weiteren Besitz der Erlaubnis zu. Der Antragstellerin sollten die Beanstandungen per Bescheid mitgeteilt werden. Eine erneute Prüfung sei in 12 Monaten angezeigt. Zu der nächsten Prüfung müssten unbedingt die Themen Entgeltfortzahlung bei Krankheit und an Feiertagen sowie der Komplex Urlaub/Urlaubsentgelt geprüft werden.

Mit Schreiben vom 13. Juli 2017 unterrichtete die Antragsgegnerin die Antragstellerin über die festgestellten Verstöße. Am Ende des Schreibens ist in Fettdruck ausgeführt, dass die Antragsgegnerin davon ausgehe, dass die gesetzlichen Vorschriften beachtet beziehungsweise umgesetzt würden, um den Bestand der Erlaubnis für die Zukunft nicht zu gefährden.

In einer E-Mail vom 27. September 2018 teilte ein Mitarbeiter des Hauptzollamt Z.... (Finanzkontrolle Schwarzarbeit Hauptzollamt Y....) der Antragsgegnerin auf Anfrage mit, dass die Ermittlungen noch nicht abgeschlossen seien. Von der Grundtendenz werde das Hauptzollamt einen unzulässigen Verleih bestätigen. Momentan würden recht aufwendig Lohndifferenzen beziffert, die durch die nunmehr festgestellten Lohnanspruchsgrundlagen maßgebend seien. Mit einem abschließenden Ermittlungsbericht sei nicht vor der 44. Kalenderwoche zu rechnen.

Daraufhin hörte die Antragsgegnerin die Antragstellerin mit Schreiben vom 27. September 2018 zum beabsichtigten Widerruf der Erlaubnis an. Im Rahmen des Ermittlungsverfahrens habe das Hauptzollamt Y.... den Verdacht des unrechtmäßigen Verleihs in das Baugewerbe bestätigt.

Die Antragstellerin antwortete am 8. Oktober 2018, dass die Ermittlungen noch nicht abgeschlossen seien und deshalb gegenwärtig noch kein fehlerhaftes Verhalten gesehen werde.

Das Hauptzollamt Y.... kam im Ermittlungsbericht vom 2. November 2018 zu dem Ergebnis, dass die Vertragsbeziehungen zwischen der Antragstellerin und den vielen Geschäftspartnern als Dienstleistung zu beschreiben sei. Allerdings würden die gewonnenen Erkenntnisse über die tatsächliche Ausgestaltung der Geschäftsbeziehungen zwischen der Antragstellerin und den sechs Betrieben des Baugewerbes bei einigen der erbrachten Tätigkeiten gegen das Bestehen einer eigenständigen Dienstleistung sprechen. Die engen Voraussetzungen nach Maßgabe von § 1b AÜG für eine gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung in Betriebe des Baugewerbes für Arbeiten, die üblicherweise von Arbeitern verrichtet werden, seien bei der Antragstellerin nicht gegeben. Für den Ermittlungszeitraum vom 1. Januar 2015 bis zum 5. Dezember 2017 sei festgestellt worden, dass 18 Arbeitnehmer in unterschiedlichem Umfang in Betriebe des Baugewerbes verliehen worden seien. Weiter hätten die Ermittlungen ergeben, dass das von der Antragstellerin gezahlte Entgelt bei 10 Arbeitnehmern nicht ausgereicht habe, um den Lohnanspruch auf Grund der Tätigkeit in den Betrieben des Baugewerbes, wo der Tarifvertrag Mindestlohn Bau beziehungsweise der Tarifvertrag Mindestlohn Dachdeckerhandwerk gegolten habe, zu erfüllen. Die Mindestlohndifferenz werde in Höhe von 5.039,07 EUR beziffert.

Nachdem die Entscheidung über den Erlass eines Bußgeldbescheides im Ordnungswidrigkeitenverfahren weitere Zeit in Anspruch nahm, erließ die Antragsgegnerin unter dem 12. November 2019 ein weiteres Anhörungsschreiben zum beabsichtigten Widerruf der Erlaubnis zur

gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung. Sie stützte sich hierbei auf die Feststellungen im Ermittlungsbericht, dass im Ermittlungszeitraum in mindestens 18 Fällen das Verbot der Überlassung in das Bauhauptgewerbe missachtet worden sei und das von der Antragstellerin gezahlte Arbeitsentgelt bei 10 Arbeitnehmern nicht ausgereicht habe, um den Lohnanspruch auf Grund der Tätigkeit in den Betrieben des Baugewerbes zu erfüllen.

In ihrer Antwort vom 18. September 2019 äußerte die Antragstellerin, dass die Ermittlungen des Hauptzollamtes noch nicht abgeschlossen seien und damit zum jetzigen Zeitpunkt kein fehlerhaftes Verhalten ihrerseits festzustellen sei. Es bestehe nur der Verdacht.

Die Antragsgegnerin widerrief mit Bescheid vom 27. November 2019 die unbefristet verlängerte Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung mit Wirkung für die Zukunft. Zur Begründung bezog sie sich auf das Anhörungsschreiben vom 12. November 2019 und die Feststellungen im Ermittlungsbericht des Hauptzollamtes Z..... In Anwendung der aktuellen fachlichen Weisung der Bundesagentur für Arbeit zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (Punkt 3.1.3 Abs. 7) erfolge nunmehr der Widerruf.

Die Antragstellerin legte mit Schreiben vom 6. Dezember 2019 Widerspruch ein und beantragte zugleich, die sofortige Vollziehung auszusetzen. In der mit Schreiben vom 7. Januar 2020 nachgereichten Begründung machte sie geltend, dass der Widerruf wegen des Ablaufs der Jahresfrist verfristet sei. Die Antragsgegnerin könne sich nicht darauf berufen, dass sie erst im Rahmen des Ermittlungsberichtes des Hauptzollamtes Kenntnis von Tatsachen erhalten habe, die den Widerruf der Erlaubnis rechtfertigen würden. Die maßgebenden Tatsachen seien spätestens seit der Durchsuchung der Geschäftsräume am 5. Dezember 2017 und den Zeugenvernehmungen im Juli 2018 bekannt. In der Sache macht die Antragstellerin geltend, dass sich der mit Abstand größte Teil der angeblich unzulässigen Arbeitnehmerüberlassung auf eine bestimmte Firma beziehe. Diese sei jedoch kein Betrieb des Baugewerbes. Deren Mitgliedschaft in der Soka-Bau sei keine Statusfeststellung, sondern allenfalls ein Indiz für den Betrieb eines Baugewerbes. Die weiteren Feststellungen des Hauptzollamtes beträfen zwar Einsätze von Mitarbeitern in klassischen Betrieben des Baugewerbes. Jedoch liege keine unzulässige Arbeitnehmerüberlassung vor, da die Mitarbeiter im Rahmen von Dienstverträgen ausschließlich mit Arbeiten beschäftigt worden seien, die nach Art und Umfang des vertraglichen Auftrages klar, eindeutig und abschließend von den Bauarbeiten abgegrenzt gewesen seien und als solche keiner Weisungen seitens der Baubetriebe bedurft hätten. In Bezug auf die angebliche Nichtgewährung vorgeschriebener Arbeitsentgelte habe sie, die Antragstellerin, ihren Mitarbeitern aus betriebsinternen Erwägungen heraus für die Dauer ihres Einsatzes auf Baustellen ihrer Geschäftspartner Zulagen in einer Höhe zugesagt und gewährt, dass sie den Kollegen in den Baubetrieben mit dem jeweils geltenden Mindestlohn gleichgestellt gewesen seien. Der sie im Ermittlungsverfahren des Hauptzollamtes vertretende Rechtsanwalt [der Prozessbevollmächtigte im vorliegenden Verfahren] habe diese Einwände gegen die Tatvorwürfe erhoben, was Anlass zu nach Ermittlungen des Hauptzollamtes gewesen sei. Das Ergebnis der Ermittlungen sei bislang nicht bekannt.

Die Antragsgegnerin wies den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 29. Januar 2020 zurück und lehnte den Antrag auf aufschiebende Wirkung ab. Der Widerruf sei nicht verfristet, weil die Jahresfrist für einen Widerruf erst mit dem Ablauf der Anhörungsfrist des Hauptzollamtes vor dem beabsichtigten Erlass des Bußgeldbescheides beginne. Der Widerruf der Erlaubnis sei rechtmäßig. Zum einen habe die Antragstellerin unzulässigerweise 18 Arbeitnehmer in mindestens sechs Baubetriebe verliehen. Nach dem Urteil des Landessozialgerichts Sachsen-Anhalt vom 21. März 2019 (Az.: L 2 AL 52/15) liege bei einem systematischen Verstoß gegen das Verbot der Arbeitnehmerüberlassung in das Baugewerbe eine Ermessensreduzierung auf Null vor und die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung sei zu widerrufen. Zum anderen rechtfertigten die im angefochtenen Bescheid angeführten Verstöße gegen die Mindestlohnbestimmungen auf Grund ihrer Anzahl und Art den Erlaubnisentzug als einzige wirkungsvolle Maßnahme. Bei der im Ermittlungszeitraum festgestellten Mindestlohndifferenz in erheblichem Umfang von 5.039,07 EUR bei 10 Arbeitnehmern handle es sich um einen groben Verstoß. Der Zweck des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes bestehe darin, im Interesse der Sicherstellung des sozialen Schutzes der Leiharbeitnehmer unzuverlässige Verleiher aus dem Bereich der Arbeitnehmerüberlassung herauszuhalten. Das Gesetz sei zur arbeits- und sozialrechtlichen Absicherung der Leiharbeitnehmer geschaffen worden. In den gesetzlich zur Verfügung gestellten Instrumentarien liege weder eine Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit noch ein Eingriff in die verfassungsrechtlich garantierte Berufsfreiheit. Auch unter Ermessenserwägungen sei der Widerruf der Erlaubnis gerechtfertigt. Eine Auflagenerteilung oder ein Widerrufsvorbehalt als milderes Mittel habe abgelehnt werden dürfen, weil die missachteten Vorschriften bereits seit Beginn der Erlaubniserteilung Gegenstand von rechtlichen Hinweisen und Beanstandungen durch die Erlaubnisbehörde gewesen sei. Da sich die Antragstellerin konsequent bei den benannten Arbeitnehmern nicht an die Bestimmungen gehalten habe und ihre Geschäftspraktiken immer noch als rechtmäßig ansehen, sei mit einer Änderung ihres Verhaltens nicht zu rechnen.

Das Hauptzollamt Y.... teilte gegenüber dem Prozessbevollmächtigten der Antragstellerin mit Schreiben vom 2. Februar 2020 mit, dass das Ermittlungsverfahren eingestellt worden sei. Auf Nachfrage erklärte es mit Schreiben vom 14. Februar 2020, dass das Verfahren wegen Verdachts des Verstoßes gegen § 1b Satz 1 AÜG aus Ermessensgründen eingestellt worden sei. Aus Opportunitätsgründen sei von weiteren Zeugenvernehmungen abgesehen worden. Zudem sei berücksichtigt worden, dass die in Rede stehenden Taten bereits mehrere Jahre zurückgelegen hätten. Da das Verfahren wegen des Verdachts der unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung in das Baugewerbe eingestellt worden sei, folge auch eine Verfahrenseinstellung wegen des Verdachts der Nichtzahlung von Mindestlohn im Baugewerbe.

Die nunmehr anwaltlich vertretene Antragstellerin hat am 25. Februar 2020 die Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen den Widerrufsbescheid beantragt. Sie hat ihre Einwände aus der Widerspruchsbegründung wiederholt. Ergänzend hat sie unter anderem vorgetragen, dass ihr Hauptgeschäft noch nie in der Arbeitnehmerüberlassung gelegen habe. In diesem Geschäftsfeld habe sie regelmäßig Aufträge gerade auch kommunaler Auftraggeber, die rechtlich gänzlich unverfänglich seien, die sie zur Abrundung ihrer

Dienstleistungsangebote seit langen Jahren unbeanstandet anbiete und ausführe. Diese möchte sie nicht dadurch verlieren, dass sie solche Aufträge wegen einer ersichtlich rechtswidrigen Verwaltungsentscheidung für die ungewisse, jedenfalls aber jahrelangen Dauer des gerichtlichen Hauptsacheverfahrens vorübergehend nicht mehr annehmen können.

Die Antragstellerin hat ferner am 25. Februar 2020 Klage (Az. S 19 AL 59/20) erhoben; dieses Verfahren ist noch anhängig.

Das Sozialgericht hat den Antrag mit Beschluss vom 18. März 2020 abgelehnt. Zwar hätten Widerspruch und Anfechtungsklage nach § 86a Abs. 1 SGG aufschiebende Wirkung. Nach § 86a Abs. 2 Nr. 4 SGG entfalle jedoch die aufschiebende Wirkung in anderen durch Bundesgesetz vorgeschriebenen Fällen. Ein solcher Ausnahmefall sei in § 2 Abs. 4 Satz 4 AÜG geregelt, wonach zum Zeitpunkt des Widerrufs der Erlaubnis der Arbeitnehmerüberlassung abgeschlossene Überlassungsverträge bis zu einem Jahr lang fortgeführt, jedoch keine neuen Verträge geschlossen werden dürften. Mit Beschluss vom 25. März 2020 hat das Sozialgericht die Kostenentscheidung dahingehend abgeändert, dass die Antragstellerin die Gerichtskosten des Verfahrens zu tragen hat, und hat den Streitwert auf 5.000,00 EUR festgesetzt.

Die Antragstellerin hat am 30. März 2020 Beschwerde eingelegt. § 2 Abs. 4 Satz 4 AÜG sei nicht einschlägig. Im Übrigen werde auf die Schriftsätze zur Antragsbegründung Bezug genommen.

Die Antragstellerin beantragt,

den Beschluss des Sozialgerichtes Dresden vom 20. März 2020 aufzuheben und gemäß Antrag vom 24. Februar 2020 zu entscheiden.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie folge der Auffassung des Sozialgerichtes zur Anwendbarkeit von § 2 Abs. 4 Satz 4 AÜG. Die Frage, ob die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Klage anzuordnen sei, sei anhand einer Interessenabwägung zu beurteilen. § 2 Abs. 4 Satz 4 AÜG trage schon per Gesetz den privaten Interessen von Erlaubnisinhabern im Falle des Widerrufs einer erteilten Erlaubnis Rechnung, indem ihnen die Abwicklung abgeschlossener Verträge erlaubt bleibe. Dadurch würden schwerwiegende Folgen für Verleiher, Entleiher und Arbeitnehmer vermieden. Das private Interesse der Antragstellerin am sofortigen Vollzug des Verwaltungsaktes beschränke sich damit auf neue Verträge.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakten aus beiden Instanzen sowie die beigezogene Verwaltungsakte der Antragsgegnerin verwiesen.

II.

1. Der Beschwerdeantrag der Antragstellerin bedarf in zwei Punkten der Auslegung (vgl. § 123 des Sozialgerichtsgesetzes [SGG]). Soweit sie die Aufhebung eines Beschlusses des Sozialgerichtes Dresden vom 20. März 2020 beantragt, ist der Beschluss vom 18. März 2020 gemeint. Der 20. März 2020 war lediglich der Tag, an dem dieser Beschluss ihrem Prozessbevollmächtigten zugestellt wurde. Zudem ist der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung dahingehend auszulegen, dass die aufschiebende Wirkung der Klage gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 27. November 2019 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 29. Januar 2020 angeordnet werden soll. Denn mit dem Erlass des Widerspruchsbescheides, den die Antragstellerin in ihrer Antragsschrift vom 24. Februar 2020 angegeben hat, ist das Widerspruchsverfahren beendet gewesen.

2. Die zulässige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Sozialgerichts vom 18. März 2020 ist begründet.

a) Die Anfechtungsklage gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 27. November 2019 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 29. Januar 2020 betreffend den Widerruf der der Antragstellerin erteilten Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitsnehmerüberlassung entfaltet entgegen der Auffassung des Sozialgerichtes keine aufschiebende Wirkung. Entsprechendes hat für den vorangegangenen Widerspruch gegen den Bescheid vom 27. November 2019 gegolten.

Nach § 86a Abs. 1 Satz 1 SGG haben Widerspruch und Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung. Nach § 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag in den Fällen, in denen Widerspruch oder Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung haben, die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise anordnen. Nach § 86a Abs. 2 Nr. 4 SGG entfällt die aufschiebende Wirkung über die in § 86a Abs. 2 Nr. 1 bis 3 SGG genannten – vorliegend nicht einschlägigen – Fälle hinaus in anderen durch Bundesgesetz vorgeschriebenen Fällen. Eine bundesgesetzliche Ausnahmeregelung im Sinne von § 86a Abs. 2 Nr. 4 SGG besteht für den Widerruf einer Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung nicht. Vielmehr ist in § 86a Abs. 4 Satz 1 Alt. 1 SGG ausdrücklich geregelt, dass die aufschiebende Wirkung entfällt, wenn eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung aufgehoben wird. Unter Aufhebung im Sinne dieser Regelung wird die Rücknahme im Sinne von § 4 AÜG und der Widerruf im Sinne von § 5 AÜG verstanden (vgl. Keller, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG [13. Aufl., 2020], § 86a Rdnr. 31; Richter, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG [2. Aufl., 2022], § 86a SGG Rdnr. 66; Jüttner/Wehrhahn, in: Fichte/Jüttner, SGG [3. Aufl., 2020], § 86a Rdnr. 29).

§ 2 Abs. 4 Satz 4 AÜG, der nach § 5 Abs. 2 Satz 2 AÜG für den Fall des Widerrufs der Erlaubnis entsprechend gilt, ist keine Ausnahmeregelung im Sinne von § 86a Abs. 2 Nr. 4 SGG. Nach § 2 Abs. 4 Satz 4 AÜG gilt im Fall der Ablehnung – hier in der Form des Widerrufs – die Erlaubnis für die Abwicklung der nach § 1 AÜG erlaubt abgeschlossenen Verträge als fortbestehend, jedoch nicht länger als zwölf Monate. Mit dieser Nachwirkungsregelung wird dem bisherigen Erlaubnisinhaber die eng begrenzte Möglichkeit zur Abwicklung bestehender Verträge eröffnet (vgl. Schüren, in: Schüren/Hamann, Arbeitsnehmerüberlassungsgesetz [6. Aufl., 2022], § 2 Rdnr. 74). Die Widerrufsentscheidung als solche wird aber auf Grund von § 2 Abs. 4 Satz 4 AÜG nicht außer Vollzug gesetzt. Auf der Grundlage der vom Sozialgericht vertretenen weitergehenden Auffassung wäre im Übrigen unklar, welchen Anwendungsbereich die Regelung in § 86a Abs. 4 Satz 1 Alt. 1 SGG in Bezug auf die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Klage gegen den Widerruf einer Erlaubnis zur gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung noch abdecken sollte.

b) Ein Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG ist begründet, wenn das private Interesse des Anfechtenden, den Vollzug des angefochtenen Bescheides bis zur Entscheidung in der Hauptsache auszusetzen (privates Aussetzungsinteresse), gegenüber dem öffentlichen Interesse an dessen Sofortvollzug (öffentliches Vollzugsinteresse) überwiegt. Dies ist im vorläufigen Rechtsschutzverfahren summarisch zu prüfen und dabei der Sachverhalt gemäß § 103 SGG von Amts wegen unter Heranziehung der Beteiligten zu ermitteln, soweit dies unter Berücksichtigung der Eilbedürftigkeit des Rechtsschutzbegehrens geboten ist. Die danach nötige Abwägung zwischen dem privaten Aussetzungsinteresse und dem öffentlichen Vollzugsinteresse hat sich an den Erfolgsaussichten in der Hauptsache zu orientieren, weil am Vollzug eines rechtswidrigen Bescheides in der Regel kein öffentliches Interesse besteht, während bei einem rechtmäßigen Bescheid das öffentliche Interesse angesichts der gesetzlich angeordneten, sofortigen Vollziehbarkeit in der Regel vorrangig ist. Daneben sind aber auch alle sonstigen Umstände des Einzelfalles, die für und gegen die sofortige Vollziehbarkeit sprechen, gegeneinander abzuwägen, insbesondere das besondere Vollzugsinteresse im Einzelfall, der Umfang der drohenden Rechtsbeeinträchtigung und die Folgen, die der Sofortvollzug eines rechtswidrigen Bescheides einerseits und das Aussetzen des Sofortvollzugs eines rechtmäßigen Bescheides andererseits mit sich bringen würde. Je geringer die Erfolgsaussichten in der Hauptsache sind, ums so gewichtiger müssen die sonstigen, gegen den Sofortvollzug sprechenden Umstände sein. Bei einem gänzlich offenen Ausgang in der Hauptsache müssen die sonstigen, gegen den Sofortvollzug sprechenden Umstände in jedem Fall höher zu bewerten sein, als die für ihn sprechenden, sonstigen Umstände, da es andernfalls bei der bereits gesetzlich angeordneten sofortigen Vollziehbarkeit bleibt (vgl. zum Ganzen m. w. N.: Sächs. LSG, Beschluss vom 17. September 2019 – L 3 AL 19/19 B ER – juris Rdnr. 39, m. w. N.; LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 21. Dezember 2018 – L 7 AL 163/18 B ER – juris Rdnr. 20, m. w. N.; Schlesw.-Holst. LSG, Beschluss vom 28. Februar 2020 – L 3 AL 27/20 B ER – juris Rdnr. 15; Keller, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG [13. Aufl., 2020, § 86b Rdnr. 12a bis 12e).

c) Gemessen hieran ist die aufschiebende Wirkung der Klage anzuordnen, weil nicht unerhebliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Widerrufsbescheides bestehen.

(1) Die Rechtsgrundlagen für den Widerruf einer Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung findet sich in § 5 AÜG.

Verfahrensrechtlich ist unter anderem § 5 Abs. 4 AÜG zu beachten. Danach ist der Widerruf nur innerhalb eines Jahres seit dem Zeitpunkt zulässig, in dem die Erlaubnisbehörde von den Tatsachen Kenntnis erhalten hat, die den Widerruf der Erlaubnis rechtfertigen. Außerdem ist gemäß § 28 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG) (zur Anwendung der Vorschriften des VwVfG an Stelle der des SGB X: Schüren, a. a. O., § 2 Rdnr. 11; LSG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 21. März 2019 – L 2 AL 52/15 – juris Rdnr. 55; Schlesw.-Holst. LSG, Beschluss vom 28. Dezember 2021 – L 3 AL 10027/21 B ER – juris Rdnr. 11) vor dem Erlass des Widerrufsbescheides dem Erlaubnisinhaber Gelegenheit zu geben, sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern, weil mit dem Erlaubniswiderruf in seine Rechte eingegriffen wird. Einer der in § 28 Abs. 2 VwVfG genannten Fälle, in denen von einer Anhörung abgesehen werden kann, oder ein Fall des § 28 Abs. 3 VwVfG, in dem eine Anhörung unterbleibt, ist vorliegend nicht gegeben.

Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes zu § 45 Abs. 4 Satz 2 SGB X ist die den Beginn der Jahresfrist bestimmende Kenntnis anzunehmen, wenn die Behörde mangels vernünftiger objektiv gerechtfertigter Zweifel eine hinreichend sichere Informationsgrundlage bezüglich sämtlicher für die Rücknahmeentscheidung notwendiger Tatsachen hat (vgl. BSG, Urteil vom 24. Oktober 2018 – B 6 KA 34/17 R – BSGE 127, 33 ff. = SozR 4-2500 § 106d Nr. 2 = juris, jeweils Rdnr. 33, m. w. N.). Die Jahresfrist beginnt in jedem Fall schon dann, wenn die Behörde der Ansicht ist, dass die ihr vorliegenden Tatsachen für eine Rücknahme oder Aufhebung eines begünstigenden Verwaltungsaktes

genügen (vgl. BSG, Urteil vom 6. April 2006 – B 7a AL 64/05 R – juris Rdnr. 13, m. w. N.). Wenn eine Anhörung erforderlich ist, kann die Jahresfrist regelmäßig erst nach erfolgter Anhörung des Betroffenen beginnen (vgl. BSG, Urteil vom 8. Februar 1996 – 13 RJ 35/94 – BSGE 77, 295 ff. = SozR 3-1300 § 45 Nr. 27 = juris Rdnr. 33).

(1.1) Soweit die Antragsgegnerin im Widerspruchsbescheid zur Einhaltung der Jahresfrist ausgeführt hat, dass nach dem Urteil des Landessozialgerichtes Sachsen-Anhalt vom 21. März 2019 die Jahresfrist für einen Widerruf erst mit Ablauf der Anhörungsfrist des Hauptzollamtes vor dem beabsichtigten Erlass des Bußgeldbescheides beginne, hat es damit die Entscheidung des Landessozialgerichtes Sachsen-Anhalt nicht korrekt wiedergegeben.

Im dortigen Fall hatte das Hauptzollamt die Erlaubnisinhaberin mit Schreiben vom 2. Mai 2011 zum Erlass eines Bußgeldbescheides angehört und diesen dann am 31. Mai 2012 erlassen (vgl. LSG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 21. März 2019, a. a. O., Rdnr. 18 und 20). Am 1. August 2011 übersandte sodann das Hauptzollamt ihr Anhörungsschreiben vom 2. Mai 2011 an die dortige Beklagte, die Bundesagentur für Arbeit. Daraufhin hörte diese ihrerseits die Erlaubnisinhaberin, die dortige Klägerin, mit Schreiben vom 3. August 2012 zum beabsichtigten Widerruf der Erlaubnis an und erließ schließlich am 12. September 2012 den Widerrufsbescheid (vgl. LSG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 21. März 2019, a. a. O., Rdnr. 21 und 22). Das Landessozialgericht hat die Jahresfrist "unter Berücksichtigung des rechtlichen Gehörs, welches zu den relevanten Tatsachen schon vom Hauptzollamt gewährt werden musste," als gewahrt angesehen. Der Widerrufsbescheid vom 12. September 2012 sei "innerhalb der Jahresfrist seit Ablauf der Anhörungsfrist vor Erlass des Bußgeldbescheides" ergangen (vgl. LSG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 21. März 2019, a. a. O., Rdnr. 92).

Das Landessozialgericht Sachsen-Anhalt hat somit mitnichten in der von der Antragsgegnerin formulierten Allgemeinheit die Auffassung vertreten, dass die Jahresfrist nach § 5 Abs. 4 AÜG erst mit Ablauf der Anhörungsfrist des Hauptzollamtes vor dem beabsichtigten Erlass des Bußgeldbescheides beginne. Die Ausführungen des Landessozialgerichtes sind vielmehr vor dem Hintergrund des Ablaufes der dortigen Bußgeld- und Widerrufsverfahren zu sehen. Vor allem hat es aber nicht zum Ausdruck gebracht, dass das Widerrufsverfahren nach § 5 AÜG bis zu einem bestimmten Stadium des Bußgeldverfahrens zurückgestellt werden darf.

Unabhängig davon bestehen Zweifel, ob für den Zeitpunkt im Sinne von § 5 Abs. 4 AÜG, in dem die Erlaubnisbehörde von den Tatsachen Kenntnis erhalten hat, die den Widerruf der Erlaubnis rechtfertigen, auf den Zeitpunkt abgestellt werden kann, zu dem die Bußgeldbehörde die für den Erlass eines Bußgeldbescheides erforderlichen Kenntnisse hatte und die Anhörung zum beabsichtigten Erlass eines Bußgeldbescheides abgeschlossen war. Dies würde auf eine Zurechnung der Kenntnis der Bußgeldbehörde zur Agentur für Arbeit hinauslaufen. Damit würde überspielt, dass es sich bei dem Bußgeldrecht einerseits und dem Recht der Arbeitnehmerüberlassung andererseits um zwei verschiedene Rechtsgebiete handelt, mit dem Bußgeldbescheid einerseits und dem Widerruf der Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung andererseits unterschiedliche Schutzzwecke verfolgt werden, unterschiedliche Behörden mit den beiden Entscheidungen betraut sind und vor dem Erlass der jeweiligen Entscheidung auch unterschiedliche Verfahrensvorschriften zu beachten sind.

(1.2) Wenn für die Jahresfrist aus § 5 Abs. 4 AÜG ausschließlich auf das von der Antragsgegnerin betriebene Widerrufsverfahren abgestellt wird, ist die Frist gewahrt, wenn für den Beginn der Jahresfrist das Ende des mit Schreiben vom 12. November 2019 eingeleiteten Anhörungsverfahren als maßgebend angesehen wird. Denn die Antragsgegnerin erließ bereits am 27. November 2019, das heißt etwa zwei Wochen nach dem Anhörungsschreiben, den Widerrufsbescheid.

Allerdings hatte die Antragsgegnerin die Antragstellerin bereits zuvor mit Schreiben vom 27. September 2018 unter Fristsetzung bis zum 17. Oktober 2018 zu ihrer Absicht, die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung zu widerrufen, angehört. In dem Anhörungsschreiben war auch angekündigt, dass, sofern die Antragstellerin innerhalb der gesetzten Frist keine Stellungnahme abgeben sollte, nach Aktenlage entschieden werde. Auf Grund des Inhalts dieses ersten Anhörungsschreibens lässt sich die Auffassung vertreten, dass sich die Antragsgegnerin bereits zu diesem Zeitpunkt in der Lage sah, die Entscheidung über den beabsichtigten Erlaubniswiderruf treffen zu können. Diese Auffassung kann noch bekräftigt werden, wenn berücksichtigt wird, dass das Prüfteam im Prüfbericht zur Stichprobenprüfung am 12. April 2017 eine Reihe von Vorkommnissen festgestellt hatte, die aus seiner Sicht relevante Rechtsverstöße darstellten, und dass die Antragsgegnerin die Feststellungen in diesem Prüfbericht zum Anlass genommen hatte, die Antragstellerin mit Schreiben vom 13. Juli 2017 auf die festgestellten Mängel hinzuweisen sowie an die Einhaltung der einschlägigen Vorschriften zu ermahnen. Schließlich kann in Bezug auf die Frage, wann die Jahresfrist nach § 5 Abs. 4 AÜG vorliegend begonnen hat, eventuell auch von Belang sein, dass das Prüfteam "vorerst" einer Fortgeltung der Erlaubnis zugestimmt hatte, sich die Antragsgegnerin dann aber im September 2018, das heißt etwa 17 Monate später, veranlasst sah, wegen der Zwischenmitteilung des Hauptzollamtes Z.... nunmehr ein Widerrufsverfahren einzuleiten.

Wenn für den Beginn der nach § 5 Abs. 4 AÜG maßgebenden Jahresfrist nicht auf das Anhörungsschreiben vom 12. November 2019, sondern auf das vom 27. September 2018 abzustellen sein sollte, wofür sich zumindest gute Gründe anführen lassen, wäre der Widerrufsbescheid vom 27. November 2019 wegen des Ablaufs der Jahresfrist rechtswidrig.

(2) Nach § 5 AÜG kann die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung mit Wirkung für die Zukunft widerrufen werden, wenn einer der dort

genannten Widerrufsgründe vorliegt. Während die Frage, ob die Voraussetzungen für einen der Widerrufsgründe gegeben ist, der vollen gerichtlichen Kontrolle unterliegt, ist das der Antragsgegnerin eingeräumte Ermessen ("kann") nur eingeschränkt überprüfbar.

Maßgebend für die Beurteilung der gegen die Widerrufsentscheidung gerichteten reinen Anfechtungsklage ist der Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung (vgl. zu diesem Grundsatz: Schlesw.-Holst. LSG, Beschluss vom 28. Februar 2020, a. a. O., Rdnr. 17; Keller, a. a. O., § 54 Rdnr. 33, m. w. N.). Dieser Zeitpunkt ist im vorliegenden Zusammenhang auch deshalb maßgebend, weil eine Ermessensentscheidung der Antragsgegnerin zu überprüfen ist. Denn das Gericht darf seine eigenen Erwägungen und neuere Erkenntnisse nicht an die Stelle derjenigen der Verwaltung setzen, und eine Verpflichtung der Behörde zur Neubescheidung scheidet auf Grund des auf die Aufhebung des Verwaltungsakts gerichteten Streitgegenstandes aus (vgl. BSG, Urteil vom 23. Juni 2016 – B 14 AS 4/15 R – SozR 4-4200 § 60 Nr. 4 = juris, jeweils Rdnr. 13; vgl. auch LSG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 21. März 2019 – L 2 AL 52/15 – juris Rdnr. 59). Anderes gilt hingegen, wenn ein Antragsteller die Erteilung einer Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung erstrebt. Denn in diesem Fall ist die kombinierte Anfechtungs- und Verpflichtungsklage (vgl. § 54 Abs. 1 Satz 1 SGG) die statthafte Klageart (vgl. BSG, Urteil vom 6. Februar 1992 – 7 RAr 140/90 – SozR 3-7815 Art 1 § 3 Nr. 3 = juris Rdnr. 23) und dementsprechend für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Tatsachengericht maßgebend für (vgl. BSG, Urteil vom 6. Februar 1992, a. a. O., Rdnr. 26).

Eine rechtsfehlerfreie Ermessensentscheidung erfordert nach § 39 Abs. 1 Satz 1 des Sozialgesetzbuches Erstes Buch – Allgemeiner Teil – (SGB I), dass die Behörde ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung ausübt und dabei die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einhält. Der von der Ermessensentscheidung Betroffene hat dementsprechend einen Anspruch auf pflichtgemäße Ausübung fehlerfreien Ermessens (vgl. § 39 Abs. 1 Satz 2 SGB I). Ein Ermessensnichtgebrauch ist gegeben, wenn überhaupt keine Ermessenserwägungen angestellt werden und so gehandelt wird, als ob eine gebundene Entscheidung zu treffen ist. Eine Ermessensüberschreitung liegt vor, wenn eine Rechtsfolge gesetzt wird, die in der gesetzlichen Regelung nicht vorgesehen ist. Ein Ermessensfehlgebrauch zeichnet sich unter anderem dadurch aus, dass sachfremde Erwägungen angestellt werden. Sachfremde Erwägungen sind unter anderem dann gegeben, wenn Gesichtspunkte berücksichtigt werden, die den Zweck der Norm nicht beachten. Nur in diesem eingeschränkten Umfang unterliegt die Ermessensentscheidung, wie sich aus § 54 Abs. 2 Satz 2 SGG ergibt, der richterlichen Kontrolle (vgl. BSG, Urteil vom 29. April 2015 – B 14 AS 19/14 R – SozR 4-4200 § 31a Nr. 1 = juris Rdnr. 36 und 37; Sächs. LSG, Urteil vom 12. Juli 2018 – L 3 AS 1166/15 – juris Rdnr. 35).

Eine Ermessensausübung im Widerrufsbescheid vom 27. November 2019 ist nicht festzustellen. Erst im Widerspruchsbescheid vom 29. Januar 2020 finden sich Ausführungen zur Ermessensbetätigung. Diese Ausführungen erscheinen nach summarischer Prüfung plausibel unter der Voraussetzung, dass die den Ermessenserwägungen zugrunde gelegten Tatsachen zutreffen (hierzu [3]). Die Entscheidung, ob die maßgebenden Widerrufsgründe korrekt festgestellt worden sind, wirkt sich mithin auch auf die Frage, ob die Ermessensausübung fehlerfrei erfolgt ist, aus. Denn im Rahmen der Ermessensentscheidung sind unter anderem auch Schwere und Häufigkeit der Verstöße zu gewichten und mildere Mittel, zum Beispiel der Erlass einer Auflage, in Erwägung zu ziehen (vgl. Schlesw.-Holst. LSG, Beschluss vom 28. Februar 2020, a. a. O., Rdnr. 17; LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 21. Dezember 2018, a. a. O., Rdnr. 22; Schüren, a. a. O., § 5 Rdnr. 38, m. w. N.).

(3) Nach § 5 Abs. 1 Nr. 3 AÜG kann die Erlaubnis mit Wirkung für die Zukunft widerrufen werden, wenn die Erlaubnisbehörde aufgrund nachträglich eingetretener Tatsachen berechtigt wäre, die Erlaubnis zu versagen.

(3.1) Das Prüfteam stellte im Prüfbericht zur Stichprobenprüfung am 12. April 2017 eine Reihe von Vorkommnissen fest, die aus seiner Sicht Mängel und Rechtsverstöße darstellten, die zu einem Widerruf der Erlaubnis führen konnten. Diese sind gegenüber der Antragstellerin im Schreiben vom 13. Juli 2017 aufgelistet.

Für die Beurteilung der hier streitbefangenen Widerrufsentscheidung sind jedoch nur noch die Vorwürfe, die Antragstellerin habe (auch) eine unzulässige Arbeitnehmerüberlassung an Betriebe des Baugewerbes betrieben und habe gegen arbeitsrechtliche Bestimmungen verstoßen, weil sie ihren Arbeitnehmern nicht den in diesen Betrieben geltenden Tariflohn gezahlt habe. Denn auf andere Versagungsgründe hat die Antragsgegnerin ihre Widerrufsentscheidung, insbesondere auch ihre Ermessenserwägungen, nicht gestützt.

(3.2) Nach § 3 Abs. 1 Nr. AÜG ist die Erlaubnis oder ihre Verlängerung zu versagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die für die Ausübung der Tätigkeit nach § 1 AÜG erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt, insbesondere weil er die Vorschriften des Sozialversicherungsrechts, über die Einbehaltung und Abführung der Lohnsteuer, über die Arbeitsvermittlung, über die Anwerbung im Ausland oder über die Ausländerbeschäftigung, über die Überlassungshöchstdauer nach § 1 Abs. 1b AÜG, die Vorschriften des Arbeitsschutzrechts oder die arbeitsrechtlichen Pflichten nicht einhält. Die Zuverlässigkeit im Sinne dieser Regelung ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der der vollen gerichtlichen Prüfung unterliegt (vgl. BSG, Urteil vom 6. Februar 1992, a. a. O., Rdnr. 26, m. w. N.).

Unter Berücksichtigung dieser Beispielsfälle ("insbesondere") und des Schutzzweckes des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes muss ein

Antragsteller als unzuverlässig angesehen werden, wenn in seiner Person Tatsachen vorliegen, denen zufolge zu besorgen ist, dass er sein Gewerbe nicht in Einklang mit den bestehenden rechtlichen Vorschriften ausüben wird (vgl. BSG, Urteil vom 6. Februar 1992, a. a. O., m. w. N.). Die Unzuverlässigkeit kann sich auch aus einer Summierung von Umständen und kleinen Verstößen gegen arbeitsrechtliche Vorschriften ergeben, die für sich allein keinen Versagungsgrund rechtfertigen könnten (vgl. Schlesw.-Holst. LSG, Beschluss vom 28. Februar 2020, a. a. O., Rdnr. 17).

(3.2.1) Nach § 1b Satz 1 AÜG ist eine Arbeitnehmerüberlassung in Betriebe des Baugewerbes für Arbeiten, die üblicherweise von Arbeitern verrichtet werden, unzulässig. Dies bedeutet, dass eine Erlaubnis für eine solche Arbeitnehmerüberlassung nicht erteilt werden darf, und im Falle einer erteilten Erlaubnis ein Widerrufsgrund im Sinne von § 5 Abs. 1 Nr. 3 AÜG vorliegt, wenn eine unzulässige Arbeitnehmerüberlassung im Sinne von § 1b Satz 1 AÜG ausgeübt wird.

Ausnahmen von dem Verbot in § 1b Satz 1 AÜG sind in § 1b Satz 1 AÜG geregelt. Die Antragstellerin fällt nach Aktenlage nicht unter den Anwendungsbereich dieser Ausnahmeregelung; sie hat Entsprechendes auch nicht behauptet.

In Bezug auf den Vorwurf einer unzulässigen Arbeitnehmerüberlassung Betriebe des Baugewerbes hat das Hauptzollamt Y.... eingeschätzt, dass die gewonnenen Erkenntnisse über die tatsächliche Ausgestaltung der Geschäftsbeziehungen der Antragstellerin mit sechs dieser Betriebe „bei einigen der erbrachten Tätigkeiten" gegen das Bestehen einer eigenständigen Dienstleistung sprechen würden, und dass 18 Arbeitnehmer "in unterschiedlichem Umfang" in Betriebe des Baugewerbes ihren den Ausführungen im Widerspruch von "einem systematischen Verstoß gegen das Verbot der Arbeitnehmerüberlassung". Demgegenüber trägt die Antragstellerin weiterhin vor, dass es sich um Dienstleistungsverträge zwischen ihr und den Betrieben des Baugewerbes gehandelt habe. Auf Grund dieser auch im Bußgeldverfahren vorgebrachten Einwendungen hat sich das Hauptzollamt zu weiteren Ermittlungen veranlasst gesehen, von weiteren Zeugenvernehmungen jedoch aus Opportunitätsgründen abgesehen. Damit bestehen derzeit nach Aktenlage einerseits Anhaltspunkte dafür, dass eine unzulässige Arbeitnehmerüberlassung an Betriebe des Baugewerbes erfolgt sein könnte. Andererseits bestand und besteht Ermittlungsbedarf zu diesem Versagungsgrund.

(3.2.2) Nach § 3b Abs. 1 Nr. 1 AÜG ist die Erlaubnis oder ihre Verlängerung zu versagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller unter anderem die arbeitsrechtlichen Pflichten nicht einhält.

Nach § 8 Abs. 3 Halbsatz 1 AEntG hat der Verleiher, wenn ein Leiharbeitnehmer oder eine Leiharbeitnehmerin vom Entleiher mit Tätigkeiten beschäftigt wird, die in den Geltungsbereich eines Tarifvertrages nach § 3 Satz 1 Nr. 1 AEntG, soweit er Arbeitsbedingungen nach § 5 Satz 1 Nr. 2 bis 4 AEntG enthält, oder einer Rechtsverordnung nach § 7 oder § 7a AEntG fallen, zumindest die in diesem Tarifvertrag oder in dieser Rechtsverordnung vorgeschriebenen Arbeitsbedingungen zu gewähren sowie die der gemeinsamen Einrichtung nach diesem Tarifvertrag zustehenden Beiträge zu leisten. Dies gilt auch dann, wenn der Betrieb des Entleihers nicht in den fachlichen Geltungsbereich dieses Tarifvertrages oder dieser Rechtsverordnung fällt (vgl. § 8 Abs. 3 Halbsatz 2 AEntG).

Das Hauptzollamt Y.... hat in seinem Prüfbericht bei 10 Arbeitnehmern der Antragstellerin Verstöße gegen diese Regelungen festgestellt und die Mindestlohndifferenz auf 5.039,07 EUR beziffert. Hierauf hat sich auch die Antragsgegnerin gestützt. Diesbezüglich hat die Antragstellerin eingewandt, dass sie ihren Arbeitnehmern Zulagen zugesagt und gewehrt habe, die bewirkt hätten, dass diese mit ihren Kollegen in den Baubetrieben hinsichtlich des jeweils geltenden Mindestlohns gleichgestellt gewesen seien. Zu der Frage, ob dieser Einwand der Antragstellerin dem Grunde nach zutreffend ist und gegebenenfalls in welcher Form und in welcher Höhe Geldzahlungen zur Wahrung der Mindestlohnansprüche in Betrieben des Baugewerbes von ihr geleistet worden sind, enthalten die vorliegenden Akten keine Feststellungen. Dies muss im Hauptsacheverfahren noch nachgeholt werden.

(3.2.3) Der Umstand, dass das Hauptzollamt im Bußgeldverfahren keine weiteren Vermittlungstätigkeiten mehr unternommen und das Verfahren letztlich eingestellt hat, ist ohne relevante Auswirkung auf die Beurteilung der Erfolgsaussicht der Anfechtungsklage der Antragstellerin. Denn zum einen ist diese Verfahrensbehandlung nur für das Bußgeldverfahren erfolgt, hat aber keinerlei Bindungswirkung für das von der Antragsgegnerin betriebene Widerrufsverfahren und damit keinerlei unmittelbare positive Auswirkungen zugunsten der Antragstellerin im Widerrufsverfahren. Zum anderen kann die Verfahrensbehandlung durch das Hauptzollamt jedoch als Indiz dafür gewertet werden, dass die vom Hauptzollamt festgestellten und von der Antragsgegnerin im Widerrufsverfahren übernommenen, der Antragstellerin vorgehaltenen Mängel nicht als so gesichert angesehen werden können, dass auf die Einwände der Antragstellerin hin keine weiteren Ermittlungen erfolgen müssten.

(3.2.4) Abschließend ist anzumerken, dass nach dem Prüfbericht des Hauptzollamtes nicht gänzlich auszuschließen ist, dass die gegenüber der Antragstellerin erhobenen Vorwürfe zutreffen könnten. Eine abschließende Beurteilung ist allerdings erst nach den noch erforderlichen Ermittlungen im Hauptsacheverfahren möglich, sofern es auf solche Ermittlungen überhaupt erst bei einer unbegründeten Verjährungseinrede ankommen sollte.

Sofern sich im Hauptsacheverfahren nach Ausschöpfung aller Erkenntnismittel keine eindeutigen Feststellungen in Bezug auf das Vorliegen von Widerrufsgründen treffen lassen sollten, würde nach den allgemeinen Regeln der objektiven Beweislast die Nichterweislichkeit von Tatsachen für das Vorliegen von Widerrufsvoraussetzungen bei der Antragsgegnerin liegen, weil sie mit dem Widerruf eine für sie günstige Rechtsfolge herleiten will (vgl. Schüren, a. a. O., § 5 Rdnr. 36, m. w. N.; vgl. zu § 47 SGB X: Sächs. OVG, Urteil vom 3. November 2011 – 1 A 752/08 – LKV 2012, 175 ff. = juris Rdnr. 37; Merten, in: Hauck/Noftz, SGB X [August 2017, 2. Erg.-Lfg. 2023], § 47 SGB X Rdnr. 12).

3. Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung von § 197a Abs. 1 Satz 1 SGG in Verbindung mit § 154 Abs. 2 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO).

4. Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf § 63 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 52 Abs. 2 und § 53 Abs. 2 Nr. 4 des Gerichtskostengesetzes (GKG). Die Höhe des Streitwertes für das Verfahren des vorläufigen gerichtlichen Rechtsschutzes entspricht der obergerichtlichen Rechtsprechung (vgl. LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 21. Dezember 2018 – L 7 AL 163/18 B ER – juris Rdnr. 31; Schlesw.-Holst. LSG, Beschluss vom 28. Februar 2020 – L 3 AL 27/20 B ER – juris Rdnr. 22; LSG Hamburg, Beschluss vom 9. Oktober 2020 – L 2 AL 32/20 B ER – juris Rdnr. 12).

5. Der Beschluss ist unanfechtbar (vgl. § 177 SGG).

Rechtskraft
Aus
Saved
2024-01-16