

S 13 AL 5/99

Land
Hamburg
Sozialgericht
SG Hamburg (HAM)
Sachgebiet
Sonstige Angelegenheiten
Abteilung
13
1. Instanz
SG Hamburg (HAM)
Aktenzeichen
S 13 AL 5/99
Datum
23.11.2004
2. Instanz
LSG Hamburg
Aktenzeichen
-
Datum
-
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Urteil
Die Klage wird abgewiesen. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Die Klägerin wendet sich gegen die mit Zwangsgeldandrohung verbundene Untersagung der unerlaubten gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung durch die Beklagte. Nach ihrer Auffassung vermittelt sie selbstständig tätige Honorarkräfte.

Die früher als Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), später in der Rechtsform einer GmbH betriebene Klägerin vermittelte im Rahmen ihres Gewerbebetriebes seit 1990 berufsmäßig den Kontakt zwischen stationären Pflegeeinrichtungen und einer Vielzahl von Pflegekräften, die im Besitz einer Gewerbeerlaubnis waren. In den mit den Pflegekräften abgeschlossenen Verträgen für freiberufliche Pflegekräfte (Honorarkräfte) verpflichteten sich diese, gegen Zahlung eines Stundenhonorars zu bestimmten, von ihnen selbst vorgegebenen und von der Klägerin nach dem jeweiligen Bedarf der Pflegeeinrichtungen in Auftrag gegebenen Terminen für Pflegeeinsätze verfügbar zu sein, vorbehaltlich einer Verhinderung aus wichtigem Grund (z. B. Krankheit). Die Pflegekräfte, die einen Pflegeauftrag annahmen, erbrachten unter anderem bei Personalengpässen, z.B. wegen Krankheit oder Urlaubs, in den Einrichtungen in der Regel zeitlich begrenzte Pflegedienstleistungen als Pflegehilfen und examinierte Pflegerinnen und Pfleger. Soweit eine Einweisung erforderlich war, z.B. wenn ihnen die jeweilige Einrichtung noch nicht bekannt war oder Besonderheiten bei einzelnen Patienten bestanden, wurden die Pflegekräfte von der Pflegedienst- oder Stationsleitung eingewiesen, im Übrigen arbeiteten sie weitgehend eigenverantwortlich im Rahmen ihrer Qualifikation. Die eigentliche Pflege Tätigkeit erfolgte Hand in Hand mit den vor Ort beschäftigten Pflegekräften und wurde durch die Bedürfnisse der Pflegeeinrichtungen bestimmt. Das Arbeitsmaterial wurde gestellt, für die Arbeitskleidung waren die Pflegekräfte selbst verantwortlich. Für die erbrachten Arbeitsleistungen erhielt die Klägerin von diesen Einrichtungen ein von ihr nach den gesammelten Arbeitsstunden berechnetes Entgelt, von dem sie den überwiegenden Teil an die Pflegekräfte auszahlte und einen geringeren Anteil für ihre Bemühungen einbehielt.

Auf dieser Grundlage wurden von 3.6.1996 bis mindestens Juli 1998 die examinierte Krankenschwester R. W., von September 1992 bis mindestens Juli 1998 der examinierte Altenpfleger G. T1, von Juni 1997 bis mindestens Juli 1998 der examinierte Altenpfleger J. L. und vom 1.9.1991 bis mindestens 31.8.1998 die examinierte Altenpflegerin A. T. (PA 41) in verschiedenen Krankenhäusern und Altenheimen im Raum Hamburg eingesetzt. Zur Deckung ihrer Dienstleistungsbedarfe hatten sich im streitigen Zeitraum ab 12.1.1998 die Stiftung St. G., das M.-C.-Heim, die G. mbH & Cie. KG und die Seniorenheim R. GmbH, alle mit Sitz in Hamburg, an die Klägerin gewandt und ihren Dienstleistungsbedarf teilweise über diese gedeckt.

Seit Januar 1991 stellte die Beklagte durch ihre Bearbeitungsstelle zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung bei dem Arbeitsamt Hamburg Ermittlungen im Ordnungswidrigkeitsverfahren wegen des Verdachts der unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung gegen die Klägerin und zwei weitere Vermittler von Pflegekräften an. In ihrem Schlussvermerk vom 18.3.1993 kam sie zu dem Ergebnis, dass der Klägerin ordnungswidriges Handeln gem. [Art. 1 § 16 Abs. 1 Nr. 1](#) Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) vorzuwerfen sei. Sie erließ den Bußgeldbescheid vom 19.3.1993, mit dem gegen die Klägerin eine Geldbuße von insgesamt 37.610 DM festgesetzt wurde. Auf den hiergegen eingelegten Einspruch der Klägerin stellte das Amtsgericht Hamburg das Verfahren mit Beschluss vom 10.2.1994 – Aktenzeichen 132g-98/93 – gem. [§ 47 Abs. 2](#) des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) ein und legte der Staatskasse die Kosten des Verfahrens zur Last. Das Gericht vertrat im Verhandlungstermin am 10.2.1994 die Auffassung, dass die eingesetzten Pflegekräfte selbstständig und nicht weisungsabhängig als Arbeitnehmer tätig seien und die gegenteilige Auffassung des Arbeitsamtes nicht durch hinreichende Ermittlungsansätze gestützt sei. Die Klägerin zog daraufhin am 15.4.1994 die von ihr vor dem Sozialgericht Hamburg erhobene Feststellungsklage 7 AR 481/93 zurück, mit der sie die Feststellung hatte erreichen wollen, dass sie im Zeitraum von Juni 1990 bis Juni 1991

durch Tätigkeit selbstständiger Pflegekräfte in Alten - und Pflegeheimen nicht gegen die Bestimmungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes verstoßen habe. Sie sah durch die Einstellung des Verfahrens ihre Position als bestätigt an.

Die AOK Hamburg prüfte ab September 1991 das Vorliegen von Versicherungspflicht hinsichtlich der eingesetzten Pflegekräfte. Mit Bescheiden vom 27.11.1992 und 16.2.1995 machte sie gegen die Klägerin Beitragsforderungen für eine Vielzahl eingesetzter Pflegekräfte für die Zeit vom 1.6.1990 bis 30.6.1991 in Höhe von 105.359,06 DM geltend. Bezüglich ihrer Mitglieder P. E. und C. S. legte sie mit Bescheid vom 16.2.1995 Lohnsummen von 8266,25 DM (E.) und 19.710,- DM (S.) zu Grunde und errechnete hieraus Beitragsforderungen von insgesamt 3256,90 DM (E.) und 4365,66 DM (S.) für die Zeit vom 1.4. bis 30.6.1991. Die nach erfolglosem Widerspruchsverfahren (Widerspruchsbescheid vom 11.8.1995) erhobene Klage der Klägerin ist, nachdem das SG Hamburg das Verfahren wegen der Versicherten E. und S. abgetrennt hatte, insoweit bisher ohne Erfolg geblieben (Urteile des Sozialgerichts Hamburg vom 25.4.2001 - Aktenzeichen [S 23 KR 72/98](#) und 94/98 - ; Urteile des Landessozialgerichts Hamburg vom 18.5.2004 - Aktenzeichen [L 1 KR 65/04](#) und 80/04), die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision ist derzeit beim Bundessozialgericht (BSG) anhängig.

Nachdem die Beklagte gegenüber dem Seniorenheim R. und gegenüber dem M.-C.-Heim auf deren Anfragen im Jahre 1997 weiter die Auffassung vertreten hatte, die Vermittlungstätigkeit der Klägerin sei als unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung anzusehen, und hieran ändere auch die Einstellung des Ordnungswidrigkeitsverfahrens durch das Amtsgericht Hamburg nichts, suchte die Klägerin, deren Geschäftstätigkeit durch das Vorgehen der Beklagten beeinträchtigt wurde, beim Sozialgericht Hamburg um vorläufigen Rechtsschutz nach. Mit Beschluss vom 10.12.1997 - 2 AR 1313/97 - untersagte das Gericht der Beklagten unter Androhung eines Ordnungsgeldes für jeden Fall der Zuwiderhandlung, Dritten, insbesondere Pflegeeinrichtungen, Altenheimen und Krankenhäusern gegenüber zu behaupten, sie dürften ihren Personalbedarf nicht über die Klägerin decken, ihnen von der Inanspruchnahme der Dienste der Klägerin abzuraten und insbesondere die Einleitung eines Bußgeldverfahrens für einen solchen Fall in Aussicht zu stellen. Zur Begründung dieser Entscheidung führte das Gericht aus, mit ihrer Vorgehensweise greife die Beklagte unzulässig in das Recht der Klägerin am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ein. Es könne dahinstehen, ob die Klägerin tatsächlich unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung betreibe. Wenn die Beklagte dies meine, habe sie gem. [§ 6 AÜG](#) eine Untersagungsverfügung zu erlassen und diese nach den Vorschriften des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes durchzusetzen. Sie sei zum Einschreiten verpflichtet und habe kein Handlungsermessen. Diese Verpflichtung könne sie nicht dadurch umgehen, dass sie sich mit ihren Bedenken an die Kunden der Klägerin wende und diesen von einer Zusammenarbeit mit dieser ausdrücklich abrate. Etwaigen Anfragen von Pflegeeinrichtungen könne die Beklagte auch dadurch begegnen, dass sie die Kriterien für das Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung allgemein und abstrakt darlege und so die Pflegeeinrichtungen in den Stand versetze, den Sachverhalt selbst zu subsumieren.

Daraufhin erließ die Beklagte den mit Zwangsgeldandrohung verbundenen Untersagungsbescheid von 12.1.1998, mit dem sie der Klägerin untersagte, Pflegekräfte an Pflegeeinrichtungen zu verleihen, weil ihr die Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung nach [Art. 1 § 1 AÜG](#) fehle. Den hiergegen eingelegten Widerspruch wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 3.12.1998, der Klägerin zugestellt am 4.12.1998, zurück.

Die Klägerin hat am 10.3.1998 den Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs gegen den Bescheid vom 12.1.1998 gestellt und am 4.1.1999 Klage erhoben: Die von ihr vermittelten selbstständigen Pflegekräfte seien nicht als persönlich abhängige Arbeitnehmer anzusehen. Die Beklagte habe die Kriterien zur Abgrenzung von Arbeitnehmereigenschaft und selbstständiger Tätigkeit nicht hinreichend beachtet. Die jahrelangen Ermittlungen der Beklagten und ihr rufschädigendes Verhalten gegenüber den Kunden der Klägerin glichen einer "Hexenjagd" und seien, wie ihre Niederlagen vor verschiedenen Gerichten zeigten, nicht geeignet, auch nur den Anschein einer persönlichen Abhängigkeit der Pflegekräfte und eines Verstoßes gegen das AÜG zu begründen. Die Klägerin vermittele vielmehr ausschließlich selbstständige, z. T. examinierte Pflegekräfte mit einer eigenen Einkommensteuernummer, eigener Krankenversicherung und z. T. eigener Rentenversicherung. Sie wirke damit dem akuten Pflegenotstand entgegen und handele im wohlverstandenen Interesse pflegebedürftiger Personen, deren menschenwürdige Versorgung ohne die Tätigkeit der Klägerin nicht gewährleistet sei. Es treffe nicht zu, dass die Pflegekräfte vollständig in die Betriebsabläufe der Pflegeeinrichtungen integriert und den Weisungen des in den Heimen tätigen Personals unterstanden hätten. Dies ergebe sich aus den im Verfahren S 2 AL 372/98 eingeholten Auskünften verschiedener Pflegeeinrichtungen und Pflegekräfte (Anlagen K 5 und K 7 zur Klageschrift vom 30.12.1998). Die Pflegekräfte seien nicht gehindert, auch ohne Einschaltung der Klägerin Dienstleistungsverträge mit Pflegeeinrichtungen, Krankenhäusern oder Altenheimen zu schließen. Es könne auch nicht darauf abgestellt werden, dass die Pflegekräfte in gewissem Umfang Weisungen der Auftraggeber der Klägerin unterworfen seien. Einem Weisungsrecht der Auftraggeber unterlägen auch selbstständige Dienstnehmer und Werkunternehmer. Entscheidend sei, dass die Pflegekräfte in ihrer Entscheidung, einen Auftrag zu übernehmen und diesen auszuführen, völlig frei seien. Dies betreffe insbesondere Lage und Dauer ihrer Arbeitszeit. Der von den Pflegeeinrichtungen vorgegebene Rahmen der Auftragserteilung stelle einzig und allein ein Angebot dar, welches die Pflegekraft nur dann binde, wenn sie den Auftrag annehme. Auch seien die Pflegekräfte in keiner Weise in die betriebliche Organisation der Pflegeeinrichtungen oder der Klägerin eingebunden. Vielmehr stellten sie ihre Dienstleistungen stets nur vorübergehend und wechselnden Pflegeeinrichtungen zur Verfügung. Die klassischen Kriterien zur Einordnung der unselbstständigen Tätigkeit (auf Dauer angelegt, Arbeit nur für einen Auftraggeber, Arbeit in eigener Person, ohne Mitarbeiter, in wesentlichen ohne eigenes Kapital und eigene Organisation), bedürften zudem unter heutigen Gegebenheiten der Korrektur und könnten nicht schematisch angewandt werden. Anderenfalls sei die - gesetzlich in [§ 2 Nr. 2 SGB VI](#) anerkannte - Tätigkeit als selbstständiger Krankenpfleger im stationären Bereich überhaupt nicht möglich, und das anerkannte Berufsbild des selbstständigen Franchise - Nehmers zeige, dass trotz Abhängigkeit von den Vorgaben des Franchise - Gebers seine Selbstständigkeit allgemein angenommen werde. Schließlich müsse die Beklagte auch die Grundsätze des Bestandsschutzes gelten lassen, weil sie die Klägerin über 8 Jahre ohne eine Verbotsverfügung habe tätig werden lassen. Insbesondere nach dem 1994 eingestellten Ermittlungsverfahren habe die Klägerin darauf vertrauen dürfen, nicht mehr von der Beklagten behelligt zu werden. Ihr Rechtsstandpunkt werde im Übrigen durch das Ergebnis arbeitsgerichtlicher Verfahren bestätigt. Das Arbeitsgericht Hamburg habe mit Urteil vom 6.8.2003 - Aktenzeichen 13 Ca 575/02 - die Klage des früher für die Klägerin tätigen F. G1a abgewiesen, und ein weiteres arbeitsgerichtliches Verfahren einer ehemaligen Pflegekraft sei auf den Hinweis des Arbeitsgerichts, dass man dazu neige, der Entscheidung der 13. Kammer zu folgen, zurückgezogen worden. Einige bei der Klägerin tätige Kräfte seien von der Beklagten mit Überbrückungsgeld für eine selbstständige Tätigkeit gefördert worden; hierzu legt die Klägerin den Antrag und den Bewilligungsbescheid der Beklagten für A. G1 vor. In einem Statusfeststellungsverfahren habe die Bundesversicherungsanstalt für Angestellte mit Bescheid vom 31.5.2002 festgestellt, dass der Auftragnehmer W. Z. selbständig tätig sei, und ihre Disponenten K. und P. könnten bezeugen, dass dieser ebenso wie alle selbstständigen Pflegekräfte tätig gewesen sei, dass die Pflegekräfte mit den Einrichtungen regelmäßig Auftragsmodalitäten wie Honorierung, Dauer des

Auftrags etc. diskutierten und die Einzelheiten des selbstständigen Pflegeauftrags aushandelten. Die dem Gericht offenbar bekannten Urteile des Landessozialgerichts Hamburg vom 8.5.2004 überzeugten nicht.

Die Klägerin beantragt,

den Bescheid der Beklagten vom 12.1.1998 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 3.12.1998 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie verteidigt die angefochtenen Bescheide. Die Klägerin sei nicht in dem Besitz der nach [Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG](#) erforderlichen Erlaubnis, Dritten Arbeitnehmer gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung zu überlassen. Ihre Auffassung, sie betreibe keine Arbeitnehmerüberlassung, sondern stelle lediglich den Kontakt zwischen Pflegeeinrichtungen und selbstständigen Pflegekräften her, sei nicht haltbar. Vielmehr verschaffe sie den Einrichtungen die Möglichkeit, die Arbeitskraft der ihnen zur Verfügung gestellten Pflegekräfte nach eigenen Vorstellungen einzuplanen und einzusetzen und diese Kräfte auf Grund eines Direktionsrechts bedarfsgerecht in den eigenen Betrieb einzugliedern. Die Arbeitnehmer übten ihre Tätigkeit überwiegend zusammen mit den fest angestellten Kräften der Pflegeeinrichtungen aus und überbrückten auf diese Weise vorhandene Vakanzen. Sie seien im Rahmen ihrer Tätigkeit den Weisungen der jeweiligen Einrichtung unterworfen gewesen, vor Ort durch fest angestellte Mitarbeiter in die Tätigkeiten eingewiesen worden und hätten deren Instruktionen zu befolgen gehabt. Die Bezahlung sei aufgrund einer Sammelrechnung der Klägerin erfolgt, die wiederum auf den geleisteten Arbeitsstunden basierte.

Das Gericht hat die Verwaltungsvorgänge der Beklagten (1 Leitzordner der Bearbeitungsstelle zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung bei dem Arbeitsamt Hamburg über die 1990 bis 1993 durchgeführten Ermittlungen und 2 Schnellhefter der Beklagten über Schriftverkehr zwischen Juli 1997 und Juni 1998), 2 Bände Prozessakten zum Aktenzeichen S 2 AL 378/98 ER ([L 5 B 145/98](#)) sowie die den Beteiligten bekannten Urteile des Landessozialgerichts Hamburg vom 18.5.2004 (Aktenzeichen [L 1 KR 65/04](#) und 80/04) beigezogen und die Beteiligten in den Verhandlungsterminen am 11.5. und 23.11.2004 angehört.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Prozessakte [S 13 AL 5/99](#) sowie der genannten beigezogenen Unterlagen Bezug genommen, die vorgelegen haben und Gegenstand der mündlichen Verhandlung und Beratung der Kammer gewesen sind.

Entscheidungsgründe:

Die Klage ist zulässig, aber unbegründet.

Die angefochtenen Bescheide sind rechtmäßig.

Sie finden ihre Rechtsgrundlage in Art. 1, §§ 1 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 6 des Gesetzes zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz) (AÜG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. Februar 1995 ([BGBl. I S. 158](#) mit späteren Änderungen) und §§ 6 Abs. 1, 9 Abs. 1 b, 11 und 13 Verwaltungsvollstreckungsgesetz (VwVG). Danach bedürfen Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeiter) gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen wollen, der Erlaubnis. Fehlt es an dieser, hat die Erlaubnisbehörde dem Verleiher die Überlassung zu untersagen und das weitere Überlassen nach den Vorschriften des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes zu verhindern. Der mit Zwangsgeldandrohung verbundene Untersagungsbescheid vom 12.1.1998 entspricht diesen Anforderungen.

Die Klägerin ist im Sinne von [Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG](#) Arbeitgeberin der bei ihr als Arbeitnehmer beschäftigten Pflegekräfte und überlässt diese als Verleiherin den stationären Pflegeeinrichtungen als Entleiher zur Arbeitsleistung. Dies trifft jedenfalls für den Einsatz derjenigen Pflegekräfte zu, die seit 1990 bis heute so wie die examinierte Krankenschwester R. W. vom 3.6.1996 bis mindestens Juli 1998, der examinierte Altenpfleger G. T1 von September 1992 bis mindestens Juli 1998, der examinierte Altenpfleger J. L. von Juni 1997 bis mindestens Juli 1998 und die examinierte Altenpflegerin A. T. vom 1.9.1991 bis mindestens 31.8.1998 in verschiedenen Krankenhäusern und Altenheimen im Raum Hamburg Arbeitsleistungen nach den Bedürfnissen und Weisungen dieser Einrichtungen erbracht haben. Diese Pflegekräfte sind nach ihren Angaben im Verfahren S 2 AL 372/98 und den Angaben der sie einsetzenden stationären Pflegeeinrichtungen, auf die sich die Klägerin selbst bezieht (Anlagen K 5 und K 7), als Arbeitnehmer der Klägerin anzusehen und an stationäre Pflegeeinrichtungen wie die Stiftung St. G., das M.-C.-Heim, die G. mbH & Cie. KG und die Seniorenheim R. GmbH als Entleiher verliehen worden. Diese konkreten Fälle unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung sind typisch und auf alle vergleichbaren Fälle übertragbar. Dies schließt, wie weiter unten noch auszuführen ist, nicht aus, dass einzelne Pflegekräfte gleichwohl als selbstständig tätig anzusehen sind, ändert aber nichts an der Rechtmäßigkeit des Untersagungsbescheides vom 12.1.1998 für die typischen Fälle. Schließlich handelt es sich bei der Tätigkeit der Klägerin auch nicht um Arbeitsvermittlung.

Arbeitnehmerüberlassung im Sinne von [Art. 1 § 1 AÜG](#) liegt vor, wenn ein selbstständiger Unternehmer, der Verleiher, seine Arbeitnehmer zum Zwecke der Arbeitsleistung einem Dritten, dem Entleiher, aufgrund einer mit diesem zumindest konkludent geschlossenen Vereinbarung überlässt, und der Arbeitnehmer in den Betrieb des Entleihers eingegliedert ist und dessen arbeitsbezogenen Weisungen unterliegt (Röller in Küttner, Personalbuch 2004, 11. Auflage, Randnummer 2 zu Arbeitnehmerüberlassung; Niebler/Biebl/Ullrich, AÜG, Randnummern 11, 16). Wesentlich ist hierbei, dass dem Verleiher das Direktionsrecht hinsichtlich eines Tätigkeitsrahmens (Organisation der Einsätze in den Einsatzbetrieben, Einsatzdauer, Art der Tätigkeit) verbleibt, der Arbeitnehmer aber hinsichtlich der Arbeitsausführung und ihrer näheren Modalitäten, die der Verleiher nicht nach seinen betrieblichen Vorstellungen gestalten kann, einem Weisungsrecht des Entleihers unterstellt wird, die Arbeitsausführung also maßgeblich nach dessen betrieblichen Bedürfnissen erfolgt (BSG EzAÜG, [§ 1 AÜG](#) Arbeitsvermittlung Nr. 7). Dies erfordert Eingliederung in den Betrieb und Unterordnung unter das Weisungsrecht einerseits des Verleihers in Bezug auf den Rahmen der Tätigkeit, andererseits des Entleihers in Bezug auf Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsausführung im einzelnen (BSG EzAÜG a.a.O.). Hierbei sind die in der Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien zwischen einer

versicherungspflichtigen abhängigen Beschäftigung und einer versicherungsfreien selbstständigen Tätigkeit maßgeblich (Nachweise bei Seewald in Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, Stand 1.7.2004, [§ 7 SGB IV](#) Randnummern 45 ff mit Einzelfällen in Randnummern 84 ff, 125). Zwar kann das Weisungsrecht erheblich eingeschränkt sein, wie das insbesondere bei Diensten höherer Art der Fall ist, vollständig entfallen darf es jedoch nicht; es muss eine fremdbestimmte Dienstleistung verbleiben, die Dienstleistung also zumindest in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes aufgehen ([BSGE 16, 289](#), 293 f = SozR Nr 30 zu § 165 RVO; [BSGE 38, 53](#), 57 = SozR 4600 § 56 Nr 1). Hinweistatsachen für eine abhängige Beschäftigung sind die auf Dauer angelegte Arbeit nur für einen Auftraggeber, ohne Ausgewogenheit im Hinblick auf unternehmerische Chancen und Risiken, in eigener Person, ohne Mitarbeiter, im Wesentlichen ohne eigenes Kapital und im Wesentlichen ohne eigene Unternehmensorganisation (Wank, Arbeitnehmer und Selbstständige, 1988, S. 29 ff; Röller, a.a.O., Randnummer 14 zu Arbeitnehmer (Begriff)). Ist ein arbeitsbezogenes Weisungsrecht nicht vorhanden, kann der Betreffende seine Tätigkeit also wesentlich frei gestalten, insbesondere unter Nutzung seines Wagniskapitals und der eigenen Unternehmensorganisation über die eigene Arbeitskraft, über Arbeitsort und Arbeitszeit frei verfügen, liegt keine abhängige, sondern eine selbstständige Tätigkeit vor, die zusätzlich durch ein Unternehmerrisiko gekennzeichnet zu sein pflegt (gesetzliches Leitbild des selbstständigen Handelsvertreters gemäß [§ 84 Handelsgesetzbuch \(HGB\)](#), vgl. [BSGE 13, 196](#), 201 f = SozR Nr 5 zu § 1 AVG aF; BSG SozR Nr 68 zu § 165 RVO; [BSGE 38, 53](#), 57 = SozR 4600 § 56 Nr 1; Röller, a.a.O. mit weiteren Nachweisen). Die danach vorzunehmende und die weiter erforderliche Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung einerseits und anderen erlaubnisfreien Vertragsformen des Personaleinsatzes bei einem Dritten, insbesondere zum Dienst- oder Werkvertrag andererseits, beurteilt sich nach einer wertenden Betrachtung aller Gesamtumstände des Einzelfalls (BSG Die Beiträge 1993, 481; Niebler/Biebl/Ulrich, a.a.O., Randnummer 45; Röller, a.a.O., Randnummer 21 bis 23 zu Arbeitnehmerüberlassung; weitere umfangreiche Nachweise bei Wank, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 5. Auflage 2004, Randnummern 15 bis 31 zu [§ 1 AÜG](#)). Unter Berücksichtigung des objektiven Geschäftsinhalts, der zunächst aus den schriftlichen Vereinbarungen der Beteiligten, entscheidend aber aus den tatsächlichen Gegebenheiten zu ermitteln ist ([BSGE 45, 199](#), 201; BSG, Urteil vom 12.2.2004 – Aktenzeichen [B 12 KR 26/02 R](#) – nicht veröffentlicht; BAG, AP Nr. 37 zu § 5 ArbGG 1979 und BAG AP Nr 116 zu § 611 BGB Abhängigkeit), sprechen insbesondere folgende Anhaltspunkte für das Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung:

- Vorliegen einer Vereinbarung zwischen dem Verleiher und dem Dritten, wonach der Arbeitnehmer auf Grund der damit eingegangenen Verpflichtung seines Arbeitgebers bei dem Dritten gegen Zahlung einer Überlassungsvergütung zur Förderung von dessen Betriebszwecken tätig wird (BAG EZAÜG [§ 1 AÜG](#) Konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung Nr. 3; Sandmann/Marschall, AÜG, Stand Juni 2004, Anm. 13 zu Art. 1 § 1; Niebler/Biebl/Ulrich, a.a.O., Randnummer 70).
- Die Bestimmung der erforderlichen Qualifikation des einzusetzenden Arbeitnehmers durch den Dritten nach den bei ihm durchzuführenden Aufgaben und dem bei ihm, nicht dem Verleiher vorhandenen "know-how" (Sandmann/Marschall a.a.O., Anm. 16 zu Art. 1 § 1).
- Die arbeitsbezogene Weisungsbefugnis des Entleihers gegenüber den ihm zum Arbeitseinsatz überlassenen Arbeitnehmern, wie z.B. die Zuweisung bestimmter Aufgaben, die Bestimmung von Arbeitszeit, Arbeitstempo und Arbeitspausen nach seinen betrieblichen Bedürfnissen (BAG [NZA 1995, 572](#); Sandmann/Marschall, a.a.O., Anm.13 zu Art. 1 § 1; Niebler/Biebl/Ulrich, a.a.O., Randnummer 59).
- Die Zusammenarbeit der überlassenen Arbeitnehmer mit dem Stammpersonal, die Übernahme von Tätigkeiten, die sonst von Mitarbeitern des Dritten ausgeführt werden, die Koordination des Arbeitseinsatzes des überlassenen Arbeitnehmers mit den Arbeitsabläufen und der Arbeitsorganisation des Dritten und die Durchführung der Arbeit gemeinsam mit dem vom Beschäftigungsbetrieb gestellten Personal (LAG Köln, [BB 1987, 335](#); Niebler/Biebl/Ulrich, a.a.O., Randnummer 63).
- Die Abrechnung erbrachter Leistungen durch den Verleiher nach geleisteten Arbeitsstunden statt nach Mengen, Aufmaßen o.ä., wobei auch hier auf Scheinverträge zur Verdeckung unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung zu achten ist (BSG [NZA 1988, 263](#); Röller, a.a.O., Randnummer 21, 23 zu Arbeitnehmerüberlassung; Niebler/Biebl/Ulrich, a.a.O., Randnummer 73).

Nach diesen Grundsätzen ist die im Tatbestand beschriebene Tätigkeit der Klägerin in den als typisch bezeichneten Fällen der Pflegekräfte W., T1, L. und T. als unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung anzusehen.

Für eine selbstständige Tätigkeit der Pflegekräfte spricht allerdings, dass sie ihre Einsatztermine im Rahmen der Terminplanung selbst vorgaben, die Planungstermine zu den im Urteil des Arbeitsgerichts Hamburg vom 6.8.2002 – 13 Ca 575/02 – genannten Konditionen stornieren konnten (Anlage K 12 zum Schriftsatz vom 17.11.2004, Blatt 156 f der Prozessakte), im Besitz von Gewerbescheinen waren, für ihre Arbeitskleidung selbst sorgen mussten, sie nicht gehindert waren, und zum Teil, wie die Pflegekräfte W. und T1, von der Möglichkeit Gebrauch gemacht haben, auch unter Berücksichtigung der Wettbewerbsbeschränkung, die mit der Vereinbarung eines pauschalierten Schadensersatzes für den Fall der Vereinbarung von Aufträgen während der Laufzeit einer Honorarvereinbarung oder innerhalb von 6 Monaten danach mit einem von der Klägerin vermittelten Auftraggeber verbunden war (Urteil des Arbeitsgerichts Hamburg vom 6.8.2002, a.a.O., Blatt 163 der Prozessakte), von anderen Pflegeeinrichtungen Aufträge zu akquirieren und durchzuführen, und dass ihre zeitliche Bindung von der Annahme des Auftrags abhing. Auch kann das Gericht die Behauptung der Klägerin als richtig unterstellen, dass sie mit den Einrichtungen regelmäßig Auftragsmodalitäten wie Honorierung, Dauer des Auftrags etc. diskutierten und Einzelheiten des Pflegeauftrags aushandelten. Schließlich spricht auch die Gestaltung der Honorarkraft- und Überlassungsverträge dafür, dass den Pflegeeinrichtungen nur selbstständig tätige Honorarkräfte zur Verfügung gestellt werden sollten.

Gegenüber diesen, für eine selbstständige Beschäftigung sprechenden Gesichtspunkten überwiegen bei wertender Gesamtbetrachtung jedoch die Anhaltspunkte für eine in persönlicher Abhängigkeit ausgeübte Beschäftigung der Pflegekräfte und für eine Arbeitnehmerüberlassung. Zwischen der Klägerin und den Pflegeeinrichtungen bestand in diesen Fällen eine Vereinbarung, in der sich die Klägerin verpflichtet hatte, der jeweiligen Einrichtung die Pflegekräfte gegen Zahlung eines Entgelts zur Arbeitsleistung und damit zur Förderung ihrer betrieblichen Zwecke (Ausgleich fehlender Arbeitskraft im eigenen Betrieb) zur Verfügung zu stellen. Die Organisation der Einsätze in den Einsatzbetrieben lag wesentlich in den Händen der Klägerin, denn nur sie war in der Lage, den Einsatz- und Kräftebedarf nach der Nachfrage der Pflegeeinrichtungen zu übersehen und durch die von ihr vorgegebene Ordnung der Terminplanung sowie die Auswahl geeigneter Pflegekräfte diesen Bedarf zu decken. Zwar waren die Pflegekräfte in ihrer Entscheidung, einen Pflegeauftrag abzulehnen oder zu übernehmen und auszuführen, frei, und es mag auch sein, dass sie die Auftragsmodalitäten wie Honorierung, Dauer des Auftrags in einzelnen Fällen besprachen oder aushandelten. Sie hatten aber im Vorfeld den von der Klägerin vorgegebenen Ablauf der

Terminplanung, die Stornierungsbedingungen und die Verbindlichkeit angenommener Pflegeaufträge, d.h. die ihnen insoweit vorgegebene Ordnung der Klägerin zu beachten. Auf diese Weise wurden der Klägerin die für sie notwendige Planungssicherheit und ein flexibler Personaleinsatz erst ermöglicht. Die Dienstleistung der Pflegekräfte war damit bereits im Vorfeld der Einsatzplanung teilweise fremdbestimmt, denn sie ging in einer von der Klägerin vorgegebenen Ordnung ihres Betriebes auf. Vor allem aber waren die Pflegekräfte nach Annahme eines Auftrags in Bezug auf Ort, Zeit, Art und Dauer ihrer Einsätze dem Direktionsrecht der Klägerin unterworfen und konnten – bei sonst gleichen Einsatzbedingungen – auch in einer anderen als der ursprünglich geplanten Einsatzstelle verwendet werden. Dafür, dass es sich hier nicht nur um eine theoretisch mögliche, sondern bei Bedarf konkret in Anspruch genommene Weisungsbefugnis der Klägerin handelte, spricht der Vortrag des Klägers F. G1a im arbeitsgerichtlichen Verfahren 13 Ca 575/02. In dem von der Klägerin vorgelegten Urteil des Arbeitsgerichts Hamburg vom 6.8.2003 ist der Vortrag des Klägers G1a wiedergegeben, die Klägerin habe ihn im September 2002 angewiesen, in Hamburg - Bahrenfeld in der Klinik "B." einen Frühdienst zu verrichten, und sich über den Einwand hinweggesetzt, dass dies für 5 Stunden Arbeit 2 Stunden Wegezeit von Hamburg – Bergedorf bedeuten würde; er habe dort anzutreten, weil ein examinierter Altenpfleger gebraucht werde, und er sei dieser Anweisung gefolgt (Anlage K 12, Blatt 158 der Prozessakte). Für eine abhängige Beschäftigung spricht weiter, dass die Pflegekräfte ihre Tätigkeit in eigener Person ohne Mitarbeiter, ohne eigenes Kapital und ohne eine eigene Unternehmensorganisation ausübten. Soweit sie nicht nur für die Klägerin, sondern auch für andere Auftraggeber tätig wurden, war ihr Auftreten am Markt nicht durch ein ausgewogenes Verhältnis unternehmerischer Risiken und Chancen geprägt, sondern sie konnten im Wesentlichen nur ihre eigene Arbeitskraft mit den vorhandenen Kenntnissen und Fähigkeiten zur Verfügung stellen und hatten sich auch dabei in die betrieblichen Abläufe der stationären Pflegeeinrichtungen einzuordnen und deren Weisungen zu befolgen. Die näheren Einzelheiten der Arbeitsausführung waren durch die Anforderung der jeweiligen Einrichtung festgelegt, und die Pflegekräfte hatten die ihnen vor Ort erteilten Instruktionen zu befolgen. Sie unterschieden sich insoweit nicht wesentlich von Zeitarbeitnehmern, die ebenfalls in wechselnden Einsatzbetrieben und in unterschiedlich langen Zeiträumen nach der Disposition ihrer Arbeitgeber und nach den Bedürfnissen der Entleiher eingesetzt werden. Dass über Einzelheiten eines Auftrags wie dessen Modalitäten und die Vergütung verhandelt wurde und die Pflegekräfte für ihre Arbeitskleidung selbst zu sorgen hatten, ist auch für Arbeitnehmer nicht ungewöhnlich. Hinsichtlich der Arbeitsausführung und ihrer näheren Einzelheiten, waren sie den Weisungen der Pflegeeinrichtungen unterstellt, denn sie hatten unter Verwendung der ihnen von den Einrichtungen zur Verfügung gestellten Arbeitsmittel genau die Arbeiten zu erledigen, für die sie wegen der bestehenden Vakanzen (z.B. wegen Urlaubs, Erkrankung oder zur Entlastung von Arbeitsspitzen) von den Einrichtungen angefordert worden waren und die sonst das Stammpersonal verrichtet hätte. Mit diesen bei den Einrichtungen angestellten Kräften arbeiteten sie "Hand in Hand" zusammen. Soweit erforderlich, wurden sie durch die Heim- oder Stationsleitung der jeweiligen Einrichtung in ihre Tätigkeit eingewiesen. Die Arbeitsausführung in den Pflegeeinrichtungen richtete sich maßgeblich nach deren betrieblichen Bedürfnissen. Hieran ändert es auch nichts, dass die Pflegekräfte z. T. in Einrichtungen eingesetzt waren, deren Abläufe ihnen bereits vertraut waren, und insoweit eine besondere Einweisung durch die Mitarbeiter der Einrichtungen nicht erforderlich war. Denn auch insoweit war das Weisungsrecht der Einrichtung allenfalls eingeschränkt, aber nicht entfallen. Sie unterschieden sich in Bezug auf die Modalitäten der Arbeitsausführung nicht von den fest angestellten, abhängig beschäftigten Pflegekräften. Für ihre Leistung erhielten sie eine nach Stunden abgerechnete Vergütung von der Klägerin. Die vertragliche Ausgestaltung der Honorarkraft- und Überlassungsverträge als Verträge für selbstständig tätige Pflegekräfte dient offenkundig der Umgehung der sonst üblichen Arbeitgeberpflichten und muss bei wertender Betrachtung hinter der tatsächlichen Ausgestaltung der Rechtsbeziehung zurücktreten.

Die Pflegekräfte waren auch nicht auf dienst- oder werkvertraglicher Basis in den Pflegebetrieben selbstständig tätig. Denn sie schuldeten keinen Erfolg, und die Modalitäten der Arbeitsausführung konnten von ihnen nicht beeinflusst werden. Vielmehr waren insoweit allein die betrieblichen Bedürfnisse der Pflegeeinrichtungen maßgeblich, angefangen bei der erforderlichen Qualifikation der Pflegekraft bis zu den konkreten Pflegebedarfen vor Ort.

Soweit die Klägerin die für sie tätigen Pflegekräfte mit anderen Personengruppen vergleichen will, die nach ihrer Auffassung stets selbstständig tätig sind (Franchisenehmer) und Ergebnisdiskrepanzen bei der Anlegung des Maßstabs der persönlichen Abhängigkeit in aus ihrer Sicht vergleichbaren Fällen rügt (Lehrer, Hochschuldozenten), ist ihr entgegenzuhalten, dass Franchisenehmer nach den Gegebenheiten des Einzelfalles in der Rechtsprechung durchaus als Arbeitnehmer angesehen worden sind (vgl. BAG, AP Nr. 37 zu § 5 ArbGG 1979), andererseits auch Konstellationen denkbar sind, in denen die Arbeitnehmereigenschaft zu verneinen ist (vgl. BAG Eza [§ 611 BGB](#) Arbeitnehmerbegriff Nr. 32). Auch hier richtet sich die Frage, ob ein Franchisenehmer Arbeitnehmer oder Selbständiger ist, allein danach, ob er weisungsgebunden und abhängig ist oder ob er seine Chancen auf dem Markt selbstständig und im Wesentlichen weisungsfrei suchen kann. Aus einer bloß verbalen Typisierung der Vertragsart lässt sich für die Frage der Arbeitnehmereigenschaft nichts herleiten. Nichts anderes gilt für Dozenten und Lehrkräfte, die je nach ihrer Abhängigkeit von Vorgaben zur Regelung ihrer Dienstverhältnisse teils als Arbeitnehmer (LAG Stuttgart, [BB 1997,683](#) – Dozent an Berufsakademie -; BAG AP Nr 133 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten – Dozent in beruflicher Bildung -; BAG AP Nr 1 zu § 611 BGB Freier Mitarbeiter – Lehrkraft an einer Lehranstalt für pharmazeutisch – technische Assistenten -), teils als Selbständige angesehen worden sind (BAG Eza [§ 611 BGB](#) Arbeitnehmerbegriff Nr 45 – Dozentin in Schulabschlusskursen an einer Volkshochschule -; BAG AP Nr 116 zu § 611 BGB Abhängigkeit - Lehrerin für Deutschkurse an einer Volkshochschule -). Für die jeweilige Abgrenzung lassen sich, wie die Klägerin zu Recht bemerkt, keine abstrakten, schematisch übertragbaren Abgrenzungskriterien bilden. Der Klägerin ist einzuräumen, dass durch die nicht immer einheitliche Verwendung des Arbeitnehmerbegriffs im Arbeits-, Lohnsteuer- und Sozialrecht, die hieraus entstandene Fülle kasuistischer Rechtsprechung, unterschiedliche Orientierungen in der Literatur und die Zuständigkeit verschiedener Behörden und Gerichte für die Festlegungen im Einzelfall eine nicht unerhebliche Rechtsunsicherheit entstanden ist, die selbst bei gleichen Sachverhalten nicht selten zu unterschiedlichen Ergebnissen führt. Andererseits sind diese Schwierigkeiten nicht zuletzt durch eine freiheitliche Wirtschaftsordnung entstanden, die dem – auch von der Klägerin in Anspruch genommenen – Gestaltungswillen der in ihr tätigen Menschen grundsätzlich Raum lässt. Sie sind deshalb weitgehend unvermeidlich und müssen hingenommen werden.

Die Klägerin betrieb auch keine – inzwischen rechtlich zulässige – Arbeitsvermittlung. Die hierfür sprechende, in der Literatur (vgl. Wank, a.a.O., Randnummern 54 bis 56 zu [§ 1 AÜG](#) mit weiteren Nachweisen) zum Teil als historisch überholt angesehene gesetzliche Vermutung nach [§ 1 Abs. 2 AÜG](#) ist nämlich widerlegbar, und das Gericht sieht sie als widerlegt an. Zwar vermied die Klägerin durch die Gestaltung der Honorarkraftverträge die Übernahme des Arbeitgeberrisikos und weitgehend auch der üblichen Arbeitgeberpflichten, insbesondere die Meldungen zur Sozialversicherung, Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen etc. Andererseits hatte die Klägerin bei rechtlicher Bewertung zumindest teilweise Arbeitgeberfunktionen inne, indem sie von den Pflegeeinrichtungen die Aufträge zur Überlassung geeigneter Pflegekräfte entgegennahm, diese aus ihrem Bestand auswählte, sie nach der Annahme des jeweiligen Auftrags der jeweiligen Einrichtung zur Arbeitsleistung überließ, die absolvierten Stunden erfasste und abrechnete und nach Zahlung durch den Auftraggeber der Pflegekraft

den ihr zustehenden Betrag überwies. Hiernach bestanden wie bei einer Arbeitnehmerüberlassungsfirma die wesentlichen vertraglichen Beziehungen der Klägerin mit den Pflegekräften. Demgegenüber beschränkte sich der Kontakt der Pflegekräfte mit den Pflegeeinrichtungen auf die Ableistung des konkreten Arbeitseinsatzes und die hierzu nötigen Absprachen. Eine Erfassung durch die hierfür zuständigen Personalabteilungen der Pflegeeinrichtungen erfolgte nicht, sondern die Pflegekräfte hatten sich lediglich in der jeweiligen Station oder Abteilung zu melden, in der ihre Arbeitsleistung erforderlich war.

Die Tätigkeit der Klägerin diente auch gewerblichen Zwecken, weil sie dauerhaft selbstständig ausgeübt und auf die Erzielung von Gewinn angelegt war (gewerberechtlicher Begriff der Gewerbmäßigkeit, vgl. Wank, a.a.O., Randnummer 41 f zu [Art. 1](#) § 1 AÜG; Niebler/Biebl/Ulrich, a.a.O., Randnummern 99, 100, beide mit weiteren Nachweisen).

Fest steht weiter, dass die Klägerin nicht in Besitz einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis war. Sie übte deshalb unerlaubt Arbeitnehmerüberlassung aus.

Das Gericht sieht keine konkreten Anhaltspunkte dafür, dass sich in den genannten und vergleichbaren typischen Fällen seit dem Erlass des Untersagungsbescheides vom 12.1.1998 die Sach- und Rechtslage wesentlich geändert hat. Zwar hat die Klägerin im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes in ihrer Beschwerde gegen den Beschluss des Sozialgerichts Hamburg vom 4.9.1998 behauptet, ihren Geschäftsablauf in der Weise geändert zu haben, dass die Pflegekräfte künftig nicht mehr die Dienstleistung der Klägerin zur Rechnungsstellung in Anspruch nehmen, sondern ihre Honorare direkt mit den jeweiligen Pflegeeinrichtungen abrechnen würden (Blatt 126 der Prozessakte S 2 AL 372/98 ER), und im Verhandlungstermin am 11.5.2004 hat sie ebenfalls von wesentlichen Änderungen in der vertraglichen und sonstigen Gestaltung ihrer Beziehungen zu den von ihr vermittelten Pflegekräften und den Pflegeeinrichtungen gesprochen. Der aus diesen Gründen erteilten Auflage, hierzu bis zum 30.6.2004 Näheres vorzutragen, ist die Klägerin jedoch auch nach Fristverlängerung nicht nachgekommen; ihrem Vortrag fehlt deshalb die notwendige Substanz.

Nach [§ 6 AÜG](#) war und ist die Beklagte deshalb nach wie vor verpflichtet, der Klägerin die weitere unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung zu untersagen und deren Fortdauer mit den Mitteln der Verwaltungsvollstreckung zu verhindern. Auch insoweit begegnen die angefochtenen Bescheide der Beklagten keinen rechtlichen Bedenken. Gemäß [§ 6 AÜG](#) in Verbindung mit [§§ 6 Abs. 1](#), [9 Abs. 1](#) b, 11 und 13 VwVG war sie zu Maßnahmen der Verwaltungsvollstreckung verpflichtet und bei der Auswahl des Zwangsmittels nach pflichtgemäßem Ermessen berechtigt, der Klägerin zur Erzwingung der Unterlassung für jeden Fall der Zuwiderhandlung ein Zwangsgeld zwischen 3 und 2.000,- DM anzudrohen. Sie hat von dieser Befugnis in rechtlich einwandfreier Weise Gebrauch gemacht. Anhaltspunkte, die für ein anderes Zwangsmittel sprechen oder gegen die Auswahl des Höchstbetrages des Zwangsgeldes sprechen könnten, liegen nicht vor und sind auch von der Klägerin nicht genannt worden. Die Fortsetzung der unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung führt dazu, dass die Schutzzwecke des AÜG gefährdet werden, den sozialen und arbeitsrechtlichen Schutz der Leiharbeiter sicherzustellen und über die Prüfung der Erlaubnisversagungsgründe des [Art. 1](#) § 3 AÜG zu gewährleisten, dass die Arbeitnehmerüberlassung nicht von möglicherweise unseriösen Verleihfirmen betrieben wird (vgl. dazu Becker/Wulfgramm, AÜG, 3. Auflage, Einleitung Randnummer 118). Nach [§ 9 Abs. 2 VwZG](#) muss das Zwangsmittel in einem angemessenen Verhältnis zu seinem Zweck stehen (Satz 1). Dabei ist das Zwangsmittel möglichst so zu bestimmen, dass der Betroffene und die Allgemeinheit am wenigsten beeinträchtigt werden (Satz 2). Das Gericht sieht auch diese, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit konkretisierenden Anforderungen als erfüllt an. Es ist geeignet, die weitere illegale Arbeitnehmerüberlassung durch die Klägerin wirkungsvoll zu unterbinden, und es ist erforderlich, weil die Klägerin offenbar alle ihr zur Verfügung stehenden Mittel ausschöpft, um ihre Tätigkeit fortsetzen zu können. Da das Zwangsgeld nur angedroht, bisher aber nicht festgesetzt ist, hat sie zudem eine Schonung erfahren, die den Eingriff in ihre Rechtsposition mildert.

Die Klägerin kann sich entgegen ihrer Auffassung nicht auf Bestandsschutz berufen. Die Beklagte hat seit Beginn der Ermittlungen im Ordnungswidrigkeitsverfahren zu keiner Zeit einen Zweifel daran gelassen, dass sie die Tätigkeit der Klägerin als unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung bewertet. Dass sie hierbei teilweise zu rechtlich fehlerhaften Mitteln gegriffen hat, begründet kein Vertrauen der Klägerin, in Zukunft ihre Tätigkeit unbehelligt fortsetzen zu können. Die Klägerin musste vielmehr auch nach der Einstellung des Ordnungswidrigkeitsverfahrens mit weiteren Sanktionen rechnen, zumal sie bereits während dieses Verfahrens anwaltlich vertreten und das durch die AOK Hamburg eingeleitete Verwaltungsverfahren zur Erhebung und Festsetzung von Sozialversicherungsbeiträgen seit September 1991 anhängig war.

Ohne Erfolg wendet die Klägerin ein, dass die Bundesversicherungsanstalt für Angestellte im Fall W. Z. mit Bescheid vom 31.5.2002 eine Statusfeststellung gemäß [§ 7 a](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch - Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung - (SGB IV) getroffen hat, dass dessen Tätigkeit im Bereich der Alten - und Krankenpflege seit 1.12.2001 selbstständig ausgeübt werde und eine abhängige Beschäftigung nicht vorliege (Anlage K 14, Blatt 170 der Prozessakte). Es kann offen bleiben, ob die Beklagte bei der Beurteilung der Frage, ob die Klägerin unerlaubt Arbeitnehmerüberlassung betreibt, an diese Feststellung gebunden ist. Eine Tatbestands- oder Feststellungswirkung würde nämlich nur den Fall Z. betreffen mit der Folge, dass die Beklagte in seinem Fall gehindert wäre, das Betreiben unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung durch die Klägerin anzunehmen. Dies ändert jedoch nichts an den von der Kammer getroffenen tatsächlichen Feststellungen und ihrer Beurteilung zu der Einordnung der Tätigkeit der Klägerin als Arbeitnehmerüberlassung. Denn entweder beruht die Statusfeststellung auf unzutreffenden tatsächlichen Grundlagen oder einer fehlerhaften rechtlichen Bewertung, oder es liegen in diesem Fall Besonderheiten vor, die von den beschriebenen typischen Gegebenheiten abweichen. Soweit die Klägerin Zeugenbeweis dafür anbietet, dass W. Z. in genau der gleichen Art und Weise selbstständig tätig geworden sei, wie alle selbstständigen Pflegekräfte, die sich bei der Klägerin hatten listen lassen, sieht die Kammer keine Veranlassung, Beweis durch die Vernehmung der angebotenen Zeugen K. und P. zu erheben. Denn erstens handelt es sich um eine keinem Beweis in tatsächlicher Hinsicht zugängliche Rechtsfrage, ob eine Tätigkeit als selbstständig zu bewerten ist, und zweitens müsste die Behauptung, unterstellt man sie in Bezug auf ihren tatsächlichen Inhalt in dem Sinne als richtig, dass die von der Klägerin vermittelten Pflegekräfte sämtlich in gleicher Weise tätig sind, notwendig dazu führen, die im Falle Z. getroffene Statusfeststellung als fehlerhaft und nicht auf die übrigen Pflegekräfte übertragbar anzusehen.

Soweit die Klägerin durch Vorlage der entsprechenden Unterlagen im Verhandlungstermin am 11.5.2004 belegt hat, dass die Beklagte Herrn A. G1 mit Bescheid vom 30.9.2002 Überbrückungsgeld und einen Zuschuss zu den Kosten einer freiwilligen Kranken-, Pflege-, und Altersversorgung für eine selbstständige Tätigkeit als freiberuflicher Krankenpfleger im häuslichen und stationären Bereich für die Zeit vom 1.11.2002 bis 30.4.2003 gewährt hat (Blatt 133 f der Prozessakte), wird die Beurteilung der Kammer hierdurch ebenfalls nicht in Frage

gestellt. Zu Recht hat die Vertreterin der Beklagten im Verhandlungstermin am 23.11.2004 darauf hingewiesen, dass weder vorgetragen noch sonst ersichtlich sei, dass die genannten Leistungen in Kenntnis der Tätigkeit für die Klägerin gewährt wurden, und dass der Bewilligungsbescheid vom 30.9.2002 möglicherweise rechtlich fehlerhaft ist. Es ist gerichtsbekannt, dass im Verfahren zur Gewährung von Überbrückungsgeld und ergänzenden Leistungen die Kundenbeziehungen der Antragsteller und die Frage, ob sie tatsächlich einer selbstständigen Tätigkeit nachgehen oder in Wirklichkeit abhängig beschäftigt sind, in aller Regel nicht geprüft werden. Vielmehr erstreckt sich die Prüfung auf die (rechtzeitige) Antragstellung, das Vorliegen der erforderlichen Unterlagen, insbesondere einer Bescheinigung einer fachkundigen Stelle über die Tragfähigkeit der Existenzgründung und das Vorliegen der sonstigen Anspruchsvoraussetzungen des [§ 57](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch – Arbeitsförderung – (SGB III) (Vorbezug von Leistungen nach SGB III oder vorherige Beschäftigung in einer Arbeitsbeschaffungs- oder Strukturanpassungsmaßnahme), nicht aber auf die näheren Einzelheiten der geplanten und durchgeführten Tätigkeit.

Soweit die Klägerin geltend macht, dass sie mit ihrer Tätigkeit dem akuten Pflegenotstand entgegenwirke und im wohlverstandenen Interesse pflegebedürftiger Personen handele, deren menschenwürdige Versorgung sonst nicht gewährleistet sei, führt auch dieser Einwand zu keiner anderen Beurteilung. Die Klägerin verkennt, dass die durch Urlaubs- und Krankheitszeiten in den Pflegeeinrichtungen zusätzlich oder kurzfristig entstehenden Dienstleistungsbedarfe ebenso gut durch erlaubte Arbeitnehmerüberlassung gedeckt werden können. Im Übrigen negiert der Einwand die oben bereits genannten Schutzzwecke des AÜG.

Die Klägerin kann für die Tätigkeit der Pflegekräfte nicht die gesetzliche Vermutung nach [§ 7 Abs. 4 SGB IV](#) in Anspruch nehmen. Danach wird für Personen, die (seit Inkrafttreten der Vorschrift ab 1. 1. 2003) für eine selbständige Tätigkeit einen Existenzgründungszuschuss nach [§ 421 I SGB III](#) beantragen, widerlegbar vermutet, dass sie in dieser Tätigkeit als Selbständige tätig sind (Satz 1). Für die Dauer des Bezugs dieses Zuschusses gelten diese Personen als selbständig Tätige (Satz 2). Im vorliegenden Fall ist jedoch weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass Pflegekräfte, die bei der Klägerin tätig sind, einen solchen Existenzgründungszuschuss beantragt oder bezogen haben.

Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die die Untersagungsverfügung stützenden Vorschriften bestehen nicht. Das insoweit einschlägige Grundrecht auf Gewerbefreiheit und Unternehmerfreiheit im Sinne freier Gründung und Führung von Unternehmen ([Art 12 Abs. 1](#) Grundgesetz (GG)) ist nicht verletzt. Der Gesetzgeber ist mit der Erlaubnispflicht des [Art. 1 § 1 AÜG](#) dem Hinweis des Bundesverfassungsgerichts in dessen Urteil vom 4.4.1967 nachgekommen, dass für die – bis dahin noch als mit dem Vermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit nach § 37 Abs. 3 des Gesetzes über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (AVAVG) unvereinbar angesehene – Arbeitnehmerüberlassung ein wirtschaftlicher Bedarf bestehe und die hiermit verbundenen Gefahren für die überlassenen Arbeitnehmer und für die Sicherstellung der Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen durch Anwendung milderer Mittel als des generellen Verbots sozialverträglich zu beherrschen seien (vgl. [BVerfGE 21, 261](#), 268 f). Da bei Nichtvorliegen der Versagungsgründe des [Art. 1 § 3 AÜG](#) ein Rechtsanspruch auf die Erteilung der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis besteht, liegt ein Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung, nicht der Berufswahl vor, der im Interesse überragender Gemeinschaftsgüter, nämlich des sozialen und arbeitsrechtlichen Schutzes der Leiharbeitnehmer und des Ausschlusses unseriöser Verleihfirmen aus diesem Gewerbebereich gerechtfertigt ist (vgl. Becker/Wulfgramm, a.a.O., Randnummern 14 – 16 zu [Art. 1 § 1 AÜG](#)). Auch durch die Abgrenzung zwischen selbständiger Tätigkeit und abhängiger Beschäftigung, wie sie die höchstrichterliche Rechtsprechung vorgenommen hat, wird das Grundrecht der Klägerin aus [Art. 12 GG](#) nicht verletzt, auch wenn sich nach den Umständen des Einzelfalles eine abhängige Beschäftigung ergibt und danach bestimmte Dienstleistungen praktisch nur in Form einer abhängigen Beschäftigung verrichtet werden können (vgl. BSG, Die Beiträge 1993, 481).

Nach allem war die Klage mit der Kostenfolge aus [§ 193](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) abzuweisen.

Rechtskraft

Aus

Login

HAM

Saved

2004-12-23