S 13 AL 5/99

Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	Hamburg
Sozialgericht	Sozialgericht Hamburg
Sachgebiet	Sonstige Angelegenheiten
Abteilung	13
Kategorie	Urteil
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	-
Leitsätze	-
Normenkette	-

1. Instanz

Aktenzeichen	S 13 AL 5/99
Datum	23.11.2004

2. Instanz

Aktenzeichen	-
Datum	-

3. Instanz

Datum	-

Die Klage wird abgewiesen. AuÃ□ergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Die KlÃ¤gerin wendet sich gegen die mit Zwangsgeldandrohung verbundene Untersagung der unerlaubten gewerbsmÃ¤Ã□igen ArbeitnehmerÃ¼berlassung durch die Beklagte. Nach ihrer Auffassung vermittelt sie selbststÃ¤ndig tÃ¤tige HonorarkrÃ¤fte.

Die frÃ¼her als Gesellschaft bÃ¼rgerlichen Rechts (GbR), spÃ¤ter in der Rechtsform einer GmbH betriebene KlÃ¤gerin vermittelte im Rahmen ihres Gewerbebetriebes seit 1990 berufsmÃ¤Ã□ig den Kontakt zwischen stationÃ¤ren Pflegeeinrichtungen und einer Vielzahl von PflegekrÃ¤ften, die im Besitz einer Gewerbeerlaubnis waren. In den mit den PflegekrÃ¤ften abgeschlossenen VertrÃ¤gen fÃ¼r freiberufliche PflegekrÃ¤fte (HonorarkrÃ¤fte) verpflichteten sich diese, gegen Zahlung eines Stundenhonorars zu bestimmten, von ihnen selbst vorgegebenen und von der KlÃ¤gerin nach dem jeweiligen Bedarf der Pflegeeinrichtungen in Auftrag gegebenen Terminen fÃ¼r PflegeeinsÃ¤tze verfÃ¼gbar zu sein, vorbehaltlich einer Verhinderung aus wichtigem Grund (z. B.

Krankheit). Die PflegekrÃ¤fte, die einen Pflegeauftrag annahmen, erbrachten unter anderem bei PersonalengpÃ¤ssen, 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 PflegekrÃ¤fte von der Pflegedienst â oder Stationsleitung eingewiesen, im Ãbrigen arbeiteten sie weitgehend eigenverantwortlich im Rahmen ihrer Qualifikation. Die eigentliche PflegetÃ¤tigkeit erfolgte Hand in Hand mit den vor Ort beschÃ¤ftigten PflegekrÃ¤ften und wurde durch die BedÃ¼rfnisse der Pflegeeinrichtungen bestimmt. Das Arbeitsmaterial wurde gestellt, fÃ¼r die Arbeitskleidung waren die PflegekrÃ¤fte selbst verantwortlich. FÃ¼r die erbrachten Arbeitsleistungen erhielt die KlÃ¤gerin von diesen Einrichtungen ein von ihr nach den gesammelten Arbeitsstunden berechnetes Entgelt, von dem sie den Ã¼berwiegenden Teil an die PflegekrÃ¤fte auszahlte und einen geringeren Anteil fÃ¼r ihre BemÃ¼hungen 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 KrankenhÃ¤usern 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 KlÃ¤gerin gewandt und ihren Dienstleistungsbedarf teilweise Ã¼ber diese gedeckt.

Seit Januar 1991 stellte die Beklagte durch ihre Bearbeitungsstelle zur BekÃ¤mpfung der illegalen BeschÃ¤ftigung bei dem Arbeitsamt Hamburg Ermittlungen im Ordnungswidrigkeitsverfahren wegen des Verdachts der unerlaubten ArbeitnehmerÃ¼berlassung gegen die KlÃ¤gerin und zwei weitere Vermittler von PflegekrÃ¤ften an. In ihrem Schlussvermerk vom 18.3.1993 kam sie zu dem Ergebnis, dass der KlÃ¤gerin ordnungswidriges Handeln gem. Art. 1 Â§ 16 Abs. 1 Nr. 1 ArbeitnehmerÃ¼berlassungsgesetz (AÃG) vorzuwerfen sei. Sie erlieÃ den BuÃgeldbescheid vom 19.3.1993, mit dem gegen die KlÃ¤gerin eine GeldbuÃe von insgesamt 37.610 DM festgesetzt wurde. Auf den hiergegen eingelegten Einspruch der KlÃ¤gerin stellte das Amtsgericht Hamburg das Verfahren mit Beschluss vom 10.2.1994 â Aktenzeichen 132g-98/93 â gem. Â§ 47 Abs. 2 des Gesetzes Ã¼ber 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 PflegekrÃ¤fte selbststÃ¤ndig und nicht weisungsabhÃ¤ngig als Arbeitnehmer tÃ¤tig seien und die gegenteilige Auffassung des Arbeitsamtes nicht durch hinreichende ErmittlungsansÃ¤tze gestÃ¼tzt sei. Die KlÃ¤gerin zog daraufhin am 15.4.1994 die von ihr vor dem Sozialgericht Hamburg erhobene Feststellungsklage 7 AR 481/93 zurÃ¼ck, mit der sie die Feststellung hatte erreichen wollen, dass sie im Zeitraum von Juni 1990 bis Juni 1991 durch TÃ¤tigkeit selbststÃ¤ndiger PflegekrÃ¤fte in Alten

â□□ und Pflegeheimen nicht gegen die Bestimmungen des ArbeitnehmerÃ¼berlassungsgesetzes verstoÃ□en habe. Sie sah durch die Einstellung des Verfahrens ihre Position als bestÃ¤tigt an.

Die AOK Hamburg prÃ¼fte ab September 1991 das Vorliegen von Versicherungspflicht hinsichtlich der eingesetzten PflegekrÃ¤fte. Mit Bescheiden vom 27.11.1992 und 16.2.1995 machte sie gegen die KlÃ¤gerin Beitragsforderungen fÃ¼r eine Vielzahl eingesetzter PflegekrÃ¤fte fÃ¼r die Zeit vom 1.6.1990 bis 30.6.1991 in HÃ¶he von 105.359,06 DM geltend. BezÃ¼glich 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.) fÃ¼r die Zeit vom 1.4. bis 30.6.1991. Die nach erfolglosem Widerspruchsverfahren (Widerspruchsbescheid vom 11.8.1995) erhobene Klage der KlÃ¤gerin 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 â□□ Aktenzeichen S 23 KR 72/98 und 94/98 â□□ ; Urteile des Landessozialgerichts Hamburg vom 18.5.2004 â□□ Aktenzeichen L 1 KR 65/04 und 80/04), die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision ist derzeit beim Bundessozialgericht (BSG) anhÃ¤ngig.

Nachdem die Beklagte gegenÃ¼ber dem Seniorenheim R. und gegenÃ¼ber dem M.-C.-Heim auf deren Anfragen im Jahre 1997 weiter die Auffassung vertreten hatte, die VermittlungstÃ¤tigkeit der KlÃ¤gerin sei als unerlaubte ArbeitnehmerÃ¼berlassung anzusehen, und hieran Ã¤ndere auch die Einstellung des Ordnungswidrigkeitsverfahrens durch das Amtsgericht Hamburg nichts, suchte die KlÃ¤gerin, deren GeschÃ¤ftstÃ¤tigkeit durch das Vorgehen der Beklagten beeintrÃ¤chtigt wurde, beim Sozialgericht Hamburg um vorlÃ¤ufigen Rechtsschutz nach. Mit Beschluss vom 10.12.1997 â□□ 2 AR 1313/97 â□□ untersagte das Gericht der Beklagten unter Androhung eines Ordnungsgeldes fÃ¼r jeden Fall der Zuwiderhandlung, Dritten, insbesondere Pflegeeinrichtungen, Altenheimen und KrankenhÃ¤usern gegenÃ¼ber zu behaupten, sie dÃ¼rften ihren Personalbedarf nicht Ã¼ber die KlÃ¤gerin decken, ihnen von der Inanspruchnahme der Dienste der KlÃ¤gerin abzuraten und insbesondere die Einleitung eines BuÃ□geldverfahrens fÃ¼r einen solchen Fall in Aussicht zu stellen. Zur BegrÃ¼ndung dieser Entscheidung fÃ¼hrte das Gericht aus, mit ihrer Vorgehensweise greife die Beklagte unzulÃ¤ssig in das Recht der KlÃ¤gerin am eingerichteten und ausgeÃ¼bten Gewerbebetrieb ein. Es kÃ¶nne dahinstehen, ob die KlÃ¤gerin tatsÃ¤chlich unerlaubte ArbeitnehmerÃ¼berlassung betreibe. Wenn die Beklagte dies meine, habe sie gem. Â§ 6 AÃ□G eine UntersagungsverfÃ¼gung zu erlassen und diese nach den Vorschriften des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes durchzusetzen. Sie sei zum Einschreiten verpflichtet und habe kein Handlungsermessen. Diese Verpflichtung kÃ¶nne sie nicht dadurch umgehen, dass sie sich mit ihren Bedenken an die Kunden der KlÃ¤gerin wende und diesen von einer Zusammenarbeit mit dieser ausdrÃ¼cklich abrate. Etwaigen Anfragen von Pflegeeinrichtungen kÃ¶nne die Beklagte auch dadurch begegnen, dass sie die Kriterien fÃ¼r das Vorliegen von ArbeitnehmerÃ¼berlassung allgemein und abstrakt darlege und so die Pflegeeinrichtungen in den Stand versetze, den

Sachverhalt selbst zu subsumieren.

Daraufhin erlieÃ□ die Beklagte den mit Zwangsgeldandrohung verbundenen Untersagungsbescheid von 12.1.1998, mit dem sie der KlÃ¤gerin untersagte, PflegekrÃ¤fte an Pflegeeinrichtungen zu verleihen, weil ihr die Erlaubnis zur gewerbsmÃ¤Ã□igen ArbeitnehmerÃ¼berlassung nach Art. 1 Â§ 1 AÃ□G fehle. Den hiergegen eingelegten Widerspruch wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 3.12.1998, der KlÃ¤gerin zugestellt am 4.12.1998, zurÃ¼ck.

Die KlÃ¤gerin 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 selbststÃ¤ndigen PflegekrÃ¤fte seien nicht als persÃ¶nlich abhÃ¤ngige Arbeitnehmer anzusehen. Die Beklagte habe die Kriterien zur Abgrenzung von Arbeitnehmereigenschaft und selbststÃ¤ndiger TÃ¤tigkeit nicht hinreichend beachtet. Die jahrelangen Ermittlungen der Beklagten und ihr rufschÃ¤digendes Verhalten gegenÃ¼ber den Kunden der KlÃ¤gerin glichen einer "Hexenjagd" und seien, wie ihre Niederlagen vor verschiedenen Gerichten zeigten, nicht geeignet, auch nur den Anschein einer persÃ¶nlichen AbhÃ¤ngigkeit der PflegekrÃ¤fte und eines VerstoÃ□es gegen das AÃ□G zu begrÃ¼nden. Die KlÃ¤gerin vermittele vielmehr ausschlieÃ□lich selbststÃ¤ndige, z. T. examinierte PflegekrÃ¤fte mit einer eigenen Einkommensteuernummer, eigener Krankenversicherung und z. T. eigener Rentenversicherung. Sie wirke damit dem akuten Pflegenotstand entgegen und handele im wohlverstandenen Interesse pflegebedÃ¼rftiger Personen, deren menschenwÃ¼rdige Versorgung ohne die TÃ¤tigkeit der KlÃ¤gerin nicht gewÃ¤hrleistet sei. Es treffe nicht zu, dass die PflegekrÃ¤fte vollstÃ¤ndig in die BetriebsablÃ¤ufe der Pflegeeinrichtungen integriert und den Weisungen des in den Heimen tÃ¤tigen Personals unterstanden hÃ¤tten. Dies ergebe sich aus den im Verfahren S 2 AL 372/98 eingeholten AuskÃ¼nften verschiedener Pflegeeinrichtungen und PflegekrÃ¤fte (Anlagen K 5 und K 7 zur Klageschrift vom 30.12.1998). Die PflegekrÃ¤fte seien nicht gehindert, auch ohne Einschaltung der KlÃ¤gerin DienstleistungsvertrÃ¤ge mit Pflegeeinrichtungen, KrankenhÃ¤usern oder Altenheimen zu schlieÃ□en. Es kÃ¶nne auch nicht darauf abgestellt werden, dass die PflegekrÃ¤fte in gewissem Umfang Weisungen der Auftraggeber der KlÃ¤gerin unterworfen seien. Einem Weisungsrecht der Auftraggeber unterlÃ¤gen auch selbststÃ¤ndige Dienstnehmer und Werkunternehmer. Entscheidend sei, dass die PflegekrÃ¤fte in ihrer Entscheidung, einen Auftrag zu Ã¼bernehmen und diesen auszufÃ¼hren, vÃ¶llig 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 PflegekrÃ¤fte in keiner Weise in die betriebliche Organisation der Pflegeeinrichtungen oder der KlÃ¤gerin eingebunden. Vielmehr stellten sie ihre Dienstleistungen stets nur vorÃ¼bergehend und wechselnden Pflegeeinrichtungen zur VerfÃ¼gung. Die klassischen Kriterien zur Einordnung der unselbststÃ¤ndigen TÃ¤tigkeit (auf Dauer angelegt, Arbeit nur fÃ¼r einen Auftraggeber, Arbeit in eigener Person, ohne Mitarbeiter, in wesentlichen ohne eigenes Kapital und eigene Organisation), bedÃ¼rften zudem unter heutigen Gegebenheiten der Korrektur und kÃ¶nnten nicht schematisch angewandt werden.

Anderenfalls sei die â□□ gesetzlich in Â§ 2 Nr. 2 SGB VI anerkannte â□□ TÃ¤tigkeit als selbststÃ¤ndiger Krankenpfleger im stationÃ¤ren Bereich Ã¼berhaupt nicht mÃ¶glich, und das anerkannte Berufsbild des selbststÃ¤ndigen Franchise â□□ Nehmers zeige, dass trotz AbhÃ¤ngigkeit von den Vorgaben des Franchise â□□ Gebers seine SelbststÃ¤ndigkeit allgemein angenommen werde. SchlieÃ□lich mÃ¼sse die Beklagte auch die GrundsÃ¤tze des Bestandsschutzes gelten lassen, weil sie die KlÃ¤gerin Ã¼ber 8 Jahre ohne eine VerbotsverfÃ¼gung habe tÃ¤tig werden lassen. Insbesondere nach dem 1994 eingestellten Ermittlungsverfahren habe die KlÃ¤gerin darauf vertrauen dÃ¼rfen, nicht mehr von der Beklagten behelligt zu werden. Ihr Rechtsstandpunkt werde im Ã□brigen durch das Ergebnis arbeitsgerichtlicher Verfahren bestÃ¤tigt. Das Arbeitsgericht Hamburg habe mit Urteil vom 6.8.2003 â□□ Aktenzeichen 13 Ca 575/02 â□□ die Klage des frÃ¼her fÃ¼r die KlÃ¤gerin tÃ¤tigen 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, zurÃ¼ckgezogen worden. Einige bei der KlÃ¤gerin tÃ¤tige KrÃ¤fte seien von der Beklagten mit Ã□berbrÃ¼ckungsgeld fÃ¼r eine selbststÃ¤ndige TÃ¤tigkeit gefÃ¶rdert worden; hierzu legt die KlÃ¤gerin den Antrag und den Bewilligungsbescheid der Beklagten fÃ¼r A. G1 vor. In einem Statusfeststellungsverfahren habe die Bundesversicherungsanstalt fÃ¼r Angestellte mit Bescheid vom 31.5.2002 festgestellt, dass der Auftragnehmer W. Z. selbstÃ¤ndig tÃ¤tig sei, und ihre Disponenten K. und P. kÃ¶nnten bezeugen, dass dieser ebenso wie alle selbstÃ¤ndigen PflegekrÃ¤fte tÃ¤tig gewesen sei, dass die PflegekrÃ¤fte mit den Einrichtungen regelmÃ¤Ã□ig AuftragsmodalitÃ¤ten wie Honorierung, Dauer des Auftrags etc. diskutierten und die Einzelheiten des selbststÃ¤ndigen Pflegeauftrags aushandelten. Die dem Gericht offenbar bekannten Urteile des Landessozialgerichts Hamburg vom 8.5.2004 Ã¼berzeugten nicht.

Die KlÃ¤gerin 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 KlÃ¤gerin sei nicht in dem Besitz der nach Art. 1 Â§ 1 Abs. 1 AÃ□G erforderlichen Erlaubnis, Dritten Arbeitnehmer gewerbsmÃ¤Ã□ig zur Arbeitsleistung zu Ã¼berlassen. Ihre Auffassung, sie betreibe keine ArbeitnehmerÃ¼berlassung, sondern stelle lediglich den Kontakt zwischen Pflegeeinrichtungen und selbststÃ¤ndigen PflegekrÃ¤fte her, sei nicht haltbar. Vielmehr verschaffe sie den Einrichtungen die MÃ¶glichkeit, die Arbeitskraft der ihnen zur VerfÃ¼gung gestellten PflegekrÃ¤fte nach eigenen Vorstellungen einzuplanen und einzusetzen und diese KrÃ¤fte auf Grund eines Direktionsrechts bedarfsgerecht in den eigenen Betrieb einzugliedern. Die Arbeitnehmer Ã¼bten ihre TÃ¤tigkeit Ã¼berwiegend zusammen mit den fest angestellten KrÃ¤ften der Pflegeeinrichtungen aus und Ã¼berbrÃ¼ckten auf diese Weise vorhandene

Vakanzen. Sie seien im Rahmen ihrer TÃ¤tigkeit den Weisungen der jeweiligen Einrichtung unterworfen gewesen, vor Ort durch fest angestellte Mitarbeiter in die TÃ¤tigkeiten eingewiesen worden und hÃ¤tten deren Instruktionen zu befolgen gehabt. Die Bezahlung sei aufgrund einer Sammelrechnung der KlÃ¤gerin erfolgt, die wiederum auf den geleisteten Arbeitsstunden basierte.

Das Gericht hat die VerwaltungsvorgÃ¤nge der Beklagten (1 Leitzordner der Bearbeitungsstelle zur BekÃ¤mpfung der illegalen BeschÃ¤ftigung bei dem Arbeitsamt Hamburg Ã¼ber die 1990 bis 1993 durchgefÃ¼hrten Ermittlungen und 2 Schnellhefter der Beklagten Ã¼ber Schriftverkehr zwischen Juli 1997 und Juni 1998), 2 BÃ¤nde 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 angehÃ¶rt.

Wegen der Einzelheiten des Sach â□□ 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 mÃ¼ndlichen Verhandlung und Beratung der Kammer gewesen sind.

EntscheidungsgrÃ¼nde:

Die Klage ist zulÃ¤ssig, aber unbegrÃ¼ndet.

Die angefochtenen Bescheide sind rechtmÃ¤Ã□ig.

Sie finden ihre Rechtsgrundlage in Art. 1, Â§Â§ 1 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Â§ 6 des Gesetzes zur Regelung der gewerbsmÃ¤Ã□igen ArbeitnehmerÃ¼berlassung (ArbeitnehmerÃ¼berlassungsgesetz) (AÃ□G) in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. Februar 1995 (BGBl. I S. 158 mit spÃ¤teren Ã□nderungen) und Â§Â§ 6 Abs. 1 , 9 Abs. 1 b, 11 und 13 Verwaltungsvollstreckungsgesetz (VwVG). Danach bedÃ¼rfen Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleihern) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) gewerbsmÃ¤Ã□ig zur Arbeitsleistung Ã¼berlassen wollen, der Erlaubnis. Fehlt es an dieser, hat die ErlaubnisbehÃ¶rde dem Verleiher die Ã□berlassung zu untersagen und das weitere Ã□berlassen nach den Vorschriften des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes zu verhindern. Der mit Zwangsgeldandrohung verbundene Untersagungsbescheid vom 12.1.1998 entspricht diesen Anforderungen.

Die KlÃ¤gerin ist im Sinne von Art. 1 Â§ 1 Abs. 1 Satz 1 AÃ□G Arbeitgeberin der bei ihr als Arbeitnehmer beschÃ¤ftigten PflegekrÃ¤fte und Ã¼berlÃ¤sst diese als Verleiherin den stationÃ¤ren Pflegeeinrichtungen als Entleihern zur Arbeitsleistung. Dies trifft jedenfalls fÃ¼r den Einsatz derjenigen PflegekrÃ¤fte 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 KrankenhÃ¤usern und Altenheimen im Raum Hamburg

Arbeitsleistungen nach den BedÃ¼rfnissen und Weisungen dieser Einrichtungen erbracht haben. Diese PflegekrÃ¤fte sind nach ihren Angaben im Verfahren S 2 AL 372/98 und den Angaben der sie einsetzenden stationÃ¤ren Pflegeeinrichtungen, auf die sich die KlÃ¤gerin selbst bezieht (Anlagen K 5 und K 7), als Arbeitnehmer der KlÃ¤gerin anzusehen und an stationÃ¤re 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 FÃ¤lle unerlaubter ArbeitnehmerÃ¼berlassung sind typisch und auf alle vergleichbaren FÃ¤lle Ã¼bertragbar. Dies schlieÃ□t, wie weiter unten noch auszufÃ¼hren ist, nicht aus, dass einzelne PflegekrÃ¤fte gleichwohl als selbststÃ¤ndig tÃ¤tig anzusehen sind, Ã¤ndert aber nichts an der RechtmÃ¤Ã□igkeit des Untersagungsbescheides vom 12.1.1998 fÃ¼r die typischen FÃ¤lle. SchlieÃ□lich handelt es sich bei der TÃ¤tigkeit der KlÃ¤gerin auch nicht um Arbeitsvermittlung.

ArbeitnehmerÃ¼berlassung im Sinne von Art. 1 Â§ 1 AÃ□G liegt vor, wenn ein selbststÃ¤ndiger Unternehmer, der Verleiher, seine Arbeitnehmer zum Zwecke der Arbeitsleistung einem Dritten, dem Entleiher, aufgrund einer mit diesem zumindest konkludent geschlossenen Vereinbarung Ã¼berlÃ¤sst, und der Arbeitnehmer in den Betrieb des Entleihers eingegliedert ist und dessen arbeitsbezogenen Weisungen unterliegt (RÃ¶ller in KÃ¼ttner, Personalbuch 2004, 11. Auflage, Randnummer 2 zu ArbeitnehmerÃ¼berlassung; Niebler/Biebl/Ullrich, AÃ□G, Randnummern 11, 16). Wesentlich ist hierbei, dass dem Verleiher das Direktionsrecht hinsichtlich eines TÃ¤tigkeitsrahmens (Organisation der EinsÃ¤tze in den Einsatzbetrieben, Einsatzdauer, Art der TÃ¤tigkeit) verbleibt, der Arbeitnehmer aber hinsichtlich der ArbeitsausfÃ¼hrung und ihrer nÃ¤heren ModalitÃ¤ten, die der Verleiher nicht nach seinen betrieblichen Vorstellungen gestalten kann, einem Weisungsrecht des Entleihers unterstellt wird, die ArbeitsausfÃ¼hrung also maÃ□geblich nach dessen betrieblichen BedÃ¼rfnissen erfolgt (BSG EzAÃ□G, Â§ 1 AÃ□G Arbeitsvermittlung Nr. 7). Dies erfordert Eingliederung in den Betrieb und Unterordnung unter das Weisungsrecht einerseits des Verleihers in Bezug auf den Rahmen der TÃ¤tigkeit, andererseits des Entleihers in Bezug auf Zeit, Dauer, Ort und Art der ArbeitsausfÃ¼hrung im einzelnen (BSG EzAÃ□G a.a.O.). Hierbei sind die in der Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien zwischen einer versicherungspflichtigen abhÃ¤ngigen BeschÃ¤ftigung und einer versicherungsfreien selbststÃ¤ndigen TÃ¤tigkeit maÃ□geblich (Nachweise bei Seewald in Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, Stand 1.7.2004, Â§ 7 SGB IV Randnummern 45 ff mit EinzelfÃ¤llen in Randnummern 84 ff, 125). Zwar kann das Weisungsrecht erheblich eingeschrÃ¤nkt sein, wie das insbesondere bei Diensten hÃ¶herer Art der Fall ist, vollstÃ¤ndig 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 Â§ 165 RVO; BSGE 38, 53, 57 = SozR 4600 Â§ 56 Nr 1). Hinweistatsachen fÃ¼r eine abhÃ¤ngige BeschÃ¤ftigung sind die auf Dauer angelegte Arbeit nur fÃ¼r 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 SelbststÃ¤ndige, 1988, S. 29 ff; RÃ¶ller, a.a.O., Randnummer 14 zu Arbeitnehmer

(Begriff)). Ist ein arbeitsbezogenes Weisungsrecht nicht vorhanden, kann der Betreffende seine TÃ¤tigkeit also wesentlich frei gestalten, insbesondere unter Nutzung seines Wagniskapitals und der eigenen Unternehmensorganisation Ã¼ber die eigene Arbeitskraft, Ã¼ber Arbeitsort und Arbeitszeit frei verfÃ¼gen, liegt keine abhÃ¤ngige, sondern eine selbstÃ¤ndige TÃ¤tigkeit vor, die zusÃ¤tzlich durch ein Unternehmerrisiko gekennzeichnet zu sein pflegt (gesetzliches Leitbild des selbststÃ¤ndigen Handelsvertreters gemÃ¤Ã Â§ 84 Handelsgesetzbuch (HGB), vgl. BSGE 13, 196, 201 f = SozR Nr 5 zu Â§ 1 AVG aF; BSG SozR Nr 68 zu Â§ 165 RVO; BSGE 38, 53, 57 = SozR 4600 Â§ 56 Nr 1; RÃ¶ller, a.a.O. mit weiteren Nachweisen). Die danach vorzunehmende und die weiter erforderliche Abgrenzung zwischen ArbeitnehmerÃ¼berlassung einerseits und anderen erlaubnisfreien Vertragsformen des Personaleinsatzes bei einem Dritten, insbesondere zum Dienst- oder Werkvertrag andererseits, beurteilt sich nach einer wertenden Betrachtung aller GesamtumstÃ¤nde des Einzelfalls (BSG Die BeitrÃ¤ge 1993, 481; Niebler/Biebl/Ulrich, a.a.O., Randnummer 45; RÃ¶ller, a.a.O, Randnummer 21 bis 23 zu ArbeitnehmerÃ¼berlassung; weitere umfangreiche Nachweise bei Wank, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 5. Auflage 2004, Randnummern 15 bis 31 zu Â§ 1 AÃG). Unter BerÃ¼cksichtigung des objektiven GeschÃ¤ftsinhalts, der zunÃ¤chst aus den schriftlichen Vereinbarungen der Beteiligten, entscheidend aber aus den tatsÃ¤chlichen Gegebenheiten zu ermitteln ist (BSGE 45, 199, 201; BSG, Urteil vom 12.2.2004 â Aktenzeichen B 12 KR 26/02 R â nicht verÃ¶ffentlicht; BAG, AP Nr. 37 zu Â§ 5 ArbGG 1979 und BAG AP Nr 116 zu Â§ 611 BGB AbhÃ¤ngigkeit), sprechen insbesondere folgende Anhaltspunkte fÃ¼r das Vorliegen von ArbeitnehmerÃ¼berlassung:

â¢ 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 ÃberlassungsvergÃ¼tung zur FÃ¶rderung von dessen Betriebszwecken tÃ¤tig wird (BAG EzAÃG Â§ 1 AÃG Konzerninterne ArbeitnehmerÃ¼berlassung Nr. 3; Sandmann/Marschall, AÃG, Stand Juni 2004, Anm. 13 zu Art. 1 Â§ 1; Niebler/Biebl/Ulrich, a.a.O., Randnummer 70).

â¢ Die Bestimmung der erforderlichen Qualifikation des einzusetzenden Arbeitnehmers durch den Dritten nach den bei ihm durchzufÃ¼hrenden Aufgaben und dem bei ihm, nicht dem Verleiher vorhandenen "know-how" (Sandmann/Marschall a.a.O, Anm. 16 zu Art. 1 Â§ 1).

â¢ Die arbeitsbezogene Weisungsbefugnis des Entleihers gegenÃ¼ber den ihm zum Arbeitseinsatz Ã¼berlassenen Arbeitnehmern, wie z.B. die Zuweisung bestimmter Aufgaben, die Bestimmung von Arbeitszeit, Arbeitstempo und Arbeitspausen nach seinen betrieblichen BedÃ¼rfnissen (BAG NZA 1995, 572; Sandmann/Marschall, a.a.O., Anm.13 zu Art. 1 Â§ 1; Niebler/Biebl/Ulrich, a.a.O., Randnummer 59).

â¢ Die Zusammenarbeit der Ã¼berlassenen Arbeitnehmer mit dem Stammpersonal, die Ãbernahme von TÃ¤tigkeiten, die sonst von Mitarbeitern des Dritten ausgefÃ¼hrt werden, die Koordination des Arbeitseinsatzes des

Ã¼berlassenen Arbeitnehmers mit den ArbeitsablÃ¤ufen und der Arbeitsorganisation des Dritten und die DurchfÃ¼hrung der Arbeit gemeinsam mit dem vom BeschÃ¤ftigungsbetrieb gestellten Personal (LAG KÃ¶ln, BB 1987, 335; Niebler/Biebl/Ulrich, a.a.O., Randnummer 63).

â¢ Die Abrechnung erbrachter Leistungen durch den Verleiher nach geleisteten Arbeitsstunden statt nach Mengen, AufmaÃen o.Ã¤., wobei auch hier auf ScheinvertrÃ¤ge zur Verdeckung unerlaubter ArbeitnehmerÃ¼berlassung zu achten ist (BSG NZA 1988, 263; RÃ¶ller, a.a.O, Randnummer 21, 23 zu ArbeitnehmerÃ¼berlassung; Niebler/Biebl/Ulrich, a.a.O., Randnummer 73).

Nach diesen GrundsÃ¤tzen ist die im Tatbestand beschriebene TÃ¤tigkeit der KlÃ¤gerin in den als typisch bezeichneten FÃ¤llen der PflegekrÃ¤fte W., T1, L. und T. als unerlaubte ArbeitnehmerÃ¼berlassung anzusehen.

FÃ¼r eine selbststÃ¤ndige TÃ¤tigkeit der PflegekrÃ¤fte 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 â 13 Ca 575/02 â genannten Konditionen stornieren konnten (Anlage K 12 zum Schriftsatz vom 17.11.2004, Blatt 156 f der Prozessakte), im Besitz von Gewerbescheinen waren, fÃ¼r ihre Arbeitskleidung selbst sorgen mussten, sie nicht gehindert waren, und zum Teil, wie die PflegekrÃ¤fte W. und T1, von der MÃ¶glichkeit Gebrauch gemacht haben, auch unter BerÃ¼cksichtigung der WettbewerbsbeschrÃ¤nkung, die mit der Vereinbarung eines pauschalierten Schadensersatzes fÃ¼r den Fall der Vereinbarung von AuftrÃ¤gen wÃ¤hrend der Laufzeit einer Honorarvereinbarung oder innerhalb von 6 Monaten danach mit einem von der KlÃ¤gerin vermittelten Auftraggeber verbunden war (Urteil des Arbeitsgerichts Hamburg vom 6.8.2002, a.a.O., Blatt 163 der Prozessakte), von anderen Pflegeeinrichtungen AuftrÃ¤ge zu akquirieren und durchzufÃ¼hren, und dass ihre zeitliche Bindung von der Annahme des Auftrags abhing. Auch kann das Gericht die Behauptung der KlÃ¤gerin als richtig unterstellen, dass sie mit den Einrichtungen regelmÃ¤Ãig AuftragsmodalitÃ¤ten wie Honorierung, Dauer des Auftrags etc. diskutierten und Einzelheiten des Pflegeauftrags aushandelten. SchlieÃlich spricht auch die Gestaltung der Honorarkraft- und ÃberlassungsvertrÃ¤ge dafÃ¼r, dass den Pflegeeinrichtungen nur selbststÃ¤ndig tÃ¤tige HonorarkrÃ¤fte zur VerfÃ¼gung gestellt werden sollten.

GegenÃ¼ber diesen, fÃ¼r eine selbststÃ¤ndige BeschÃ¤ftigung sprechenden Gesichtspunkten Ã¼berwiegen bei wertender Gesamtbetrachtung jedoch die Anhaltspunkte fÃ¼r eine in persÃ¶nlicher AbhÃ¤ngigkeit ausgeÃ¼bte BeschÃ¤ftigung der PflegekrÃ¤fte und fÃ¼r eine ArbeitnehmerÃ¼berlassung. Zwischen der KlÃ¤gerin und den Pflegeeinrichtungen bestand in diesen FÃ¤llen eine Vereinbarung, in der sich die KlÃ¤gerin verpflichtet hatte, der jeweiligen Einrichtung die PflegekrÃ¤fte gegen Zahlung eines Entgelts zur Arbeitsleistung und damit zur FÃ¶rderung ihrer betrieblichen Zwecke (Ausgleich fehlender Arbeitskraft im eigenen Betrieb) zur VerfÃ¼gung zu stellen. Die Organisation der EinsÃ¤tze in den Einsatzbetrieben lag wesentlich in den HÃ¤nden der KlÃ¤gerin, denn nur sie war in der Lage, den Einsatz- und KrÃ¤ftebedarf nach der Nachfrage der

Pflegeeinrichtungen zu Ã¼bersehen und durch die von ihr vorgegebene Ordnung der Terminplanung sowie die Auswahl geeigneter PflegekrÃ¤fte diesen Bedarf zu decken. Zwar waren die PflegekrÃ¤fte in ihrer Entscheidung, einen Pflegeauftrag abzulehnen oder zu Ã¼bernehmen und auszufÃ¼hren, frei, und es mag auch sein, dass sie die AuftragsmodalitÃ¤ten wie Honorierung, Dauer des Auftrags in einzelnen FÃ¤llen besprachen oder aushandelten. Sie hatten aber im Vorfeld den von der KlÃ¤gerin vorgegebenen Ablauf der Terminplanung, die Stornierungsbedingungen und die Verbindlichkeit angenommener PflegeauftrÃ¤ge, d.h. die ihnen insoweit vorgegebene Ordnung der KlÃ¤gerin zu beachten. Auf diese Weise wurden der KlÃ¤gerin die fÃ¼r sie notwendige Planungssicherheit und ein flexibler Personaleinsatz erst ermÃ¶glicht. Die Dienstleistung der PflegekrÃ¤fte war damit bereits im Vorfeld der Einsatzplanung teilweise fremdbestimmt, denn sie ging in einer von der KlÃ¤gerin vorgegebenen Ordnung ihres Betriebes auf. Vor allem aber waren die PflegekrÃ¤fte nach Annahme eines Auftrags in Bezug auf Ort, Zeit, Art und Dauer ihrer EinsÃ¤tze dem Direktionsrecht der KlÃ¤gerin unterworfen und konnten â bei sonst gleichen Einsatzbedingungen â auch in einer anderen als der ursprÃ¼nglich geplanten Einsatzstelle verwendet werden. DafÃ¼r, dass es sich hier nicht nur um eine theoretisch mÃ¶gliche, sondern bei Bedarf konkret in Anspruch genommene Weisungsbefugnis der KlÃ¤gerin handelte, spricht der Vortrag des KlÃ¤gers F. G1a im arbeitsgerichtlichen Verfahren 13 Ca 575/02. In dem von der KlÃ¤gerin vorgelegten Urteil des Arbeitsgerichts Hamburg vom 6.8.2003 ist der Vortrag des KlÃ¤gers G1a wiedergegeben, die KlÃ¤gerin habe ihn im September 2002 angewiesen, in Hamburg â Bahrenfeld in der Klinik "B." einen FrÃ¼hdienst zu verrichten, und sich Ã¼ber den Einwand hinweggesetzt, dass dies fÃ¼r 5 Stunden Arbeit 2 Stunden Wegezeit von Hamburg â Bergedorf bedeuten wÃ¼rde; er habe dort anzutreten, weil ein examinierter Altenpfleger gebraucht werde, und er sei dieser Anweisung gefolgt (Anlage K 12, Blatt 158 der Prozessakte). FÃ¼r eine abhÃ¤ngige BeschÃ¤ftigung spricht weiter, dass die PflegekrÃ¤fte ihre TÃ¤tigkeit in eigener Person ohne Mitarbeiter, ohne eigenes Kapital und ohne eine eigene Unternehmensorganisation ausÃ¼bten. Soweit sie nicht nur fÃ¼r die KlÃ¤gerin, sondern auch fÃ¼r andere Auftraggeber tÃ¤tig wurden, war ihr Auftreten am Markt nicht durch ein ausgewogenes VerhÃ¤ltnis unternehmerischer Risiken und Chancen geprÃ¤gt, sondern sie konnten im Wesentlichen nur ihre eigene Arbeitskraft mit den vorhandenen Kenntnissen und FÃ¤higkeiten zur VerfÃ¼gung stellen und hatten sich auch dabei in die betrieblichen AblÃ¤ufe der stationÃ¤ren Pflegeeinrichtungen einzuordnen und deren Weisungen zu befolgen. Die nÃ¤heren Einzelheiten der ArbeitsausfÃ¼hrung waren durch die Anforderung der jeweiligen Einrichtung festgelegt, und die PflegekrÃ¤fte 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 ZeitrÃ¤umen nach der Disposition ihrer Arbeitgeber und nach den BedÃ¼rfnissen der Entleiher eingesetzt werden. Dass Ã¼ber Einzelheiten eines Auftrags wie dessen ModalitÃ¤ten und die VergÃ¼tung verhandelt wurde und die PflegekrÃ¤fte fÃ¼r ihre Arbeitskleidung selbst zu sorgen hatten, ist auch fÃ¼r Arbeitnehmer nicht ungewÃ¶hnlich. Hinsichtlich der ArbeitsausfÃ¼hrung und ihrer nÃ¤heren Einzelheiten, waren sie den Weisungen der Pflegeeinrichtungen unterstellt, denn sie hatten unter Verwendung der ihnen von den Einrichtungen zur VerfÃ¼gung gestellten Arbeitsmittel genau die Arbeiten zu erledigen, fÃ¼r 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 hÃ¤tte. Mit diesen bei den Einrichtungen angestellten KrÃ¤ften arbeiteten sie "Hand in Hand" zusammen. Soweit erforderlich, wurden sie durch die Heim- oder Stationsleitung der jeweiligen Einrichtung in ihre TÃ¤tigkeit eingewiesen. Die ArbeitsausfÃ¼hrung in den Pflegeeinrichtungen richtete sich maÃgeblich nach deren betrieblichen BedÃ¼rfnissen. Hieran Ã¤ndert es auch nichts, dass die PflegekrÃ¤fte z. T. in Einrichtungen eingesetzt waren, deren AblÃ¤ufe 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 eingeschrÃ¤nkt, aber nicht entfallen. Sie unterschieden sich in Bezug auf die ModalitÃ¤ten der ArbeitsausfÃ¼hrung nicht von den fest angestellten, abhÃ¤ngig beschÃ¤ftigten PflegekrÃ¤ften. FÃ¼r ihre Leistung erhielten sie eine nach Stunden abgerechnete VergÃ¼tung von der KlÃ¤gerin. Die vertragliche Ausgestaltung der Honorarkraft- und ÃberlassungsvertrÃ¤ge als VertrÃ¤ge fÃ¼r selbststÃ¤ndig tÃ¤tige PflegekrÃ¤fte dient offenkundig der Umgehung der sonst Ã¼blichen Arbeitgeberpflichten und muss bei wertender Betrachtung hinter der tatsÃ¤chlichen Ausgestaltung der Rechtsbeziehung zurÃ¼cktreten.

Die PflegekrÃ¤fte waren auch nicht auf dienst- oder werkvertraglicher Basis in den Pflegebetrieben selbststÃ¤ndig tÃ¤tig. Denn sie schuldeten keinen Erfolg, und die ModalitÃ¤ten der ArbeitsausfÃ¼hrung konnten von ihnen nicht beeinflusst werden. Vielmehr waren insoweit allein die betrieblichen BedÃ¼rfnisse der Pflegeeinrichtungen maÃgeblich, angefangen bei der erforderlichen Qualifikation der Pflegekraft bis zu den konkreten Pflegebedarfen vor Ort.

Soweit die KlÃ¤gerin die fÃ¼r sie tÃ¤tigen PflegekrÃ¤fte mit anderen Personengruppen vergleichen will, die nach ihrer Auffassung stets selbststÃ¤ndig tÃ¤tig sind (Franchisenehmer) und Ergebnisdiskrepanzen bei der Anlegung des MaÃstabs der persÃ¶nlichen AbhÃ¤ngigkeit in aus ihrer Sicht vergleichbaren FÃ¤llen rÃ¼gt (Lehrer, Hochschuldozenten), ist ihr entgegenzuhalten, das Franchisenehmer nach den Gegebenheiten des Einzelfalles in der Rechtsprechung durchaus als Arbeitnehmer angesehen worden sind (vgl. BAG, AP Nr. 37 zu Â§ 5 ArbGG 1979), andererseits auch Konstellationen denkbar sind, in denen die Arbeitnehmereigenschaft zu verneinen ist (vgl. BAG EzA Â§ 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 32). Auch hier richtet sich die Frage, ob ein Franchisenehmer Arbeitnehmer oder SelbstÃ¤ndiger ist, allein danach, ob er weisungsgebunden und abhÃ¤ngig ist oder ob er seine Chancen auf dem Markt selbstÃ¤ndig und im Wesentlichen weisungsfrei suchen kann. Aus einer bloÃ verbalen Typisierung der Vertragsart lÃ¤sst sich fÃ¼r die Frage der Arbeitnehmereigenschaft nichts herleiten. Nichts anderes gilt fÃ¼r Dozenten und LehrkrÃ¤fte, die je nach ihrer AbhÃ¤ngigkeit von Vorgaben zur Regelung ihrer DienstverhÃ¤ltnisse teils als Arbeitnehmer (LAG Stuttgart, BB 1997,683 â Dozent an Berufsakademie -; BAG AP Nr 133 zu Â§ 611 BGB Lehrer, Dozenten â Dozent in beruflicher Bildung â ; BAG AP Nr 1 zu Â§ 611 BGB Freier Mitarbeiter â Lehrkraft an einer Lehranstalt fÃ¼r pharmazeutisch â technische Assistenten â), teils als SelbststÃ¤ndige angesehen worden sind (BAG EzA Â§ 611 BGB

Arbeitnehmerbegriff Nr 45 â□□ Dozentin in Schulabschlusskursen an einer Volkshochschule -; BAG AP Nr 116 zu Â§ 611 BGB AbhÃ¤ngigkeit â□□ Lehrerin fÃ¼r Deutschkurse an einer Volkshochschule -). FÃ¼r die jeweilige Abgrenzung lassen sich, wie die KlÃ¤gerin zu Recht bemerkt, keine abstrakten, schematisch Ã¼bertragbaren Abgrenzungskriterien bilden. Der KlÃ¤gerin ist einzurÃ¤umen, dass durch die nicht immer einheitliche Verwendung des Arbeitnehmerbegriffs im Arbeits-, Lohnsteuer- und Sozialrecht, die hieraus entstandene FÃ¼lle kasuistischer Rechtsprechung, unterschiedliche Orientierungen in der Literatur und die ZustÃ¤ndigkeit verschiedener BehÃ¶rden und Gerichte fÃ¼r die Festlegungen im Einzelfall eine nicht unerhebliche Rechtsunsicherheit entstanden ist, die selbst bei gleichen Sachverhalten nicht selten zu unterschiedlichen Ergebnissen fÃ¼hrt. Andererseits sind diese Schwierigkeiten nicht zuletzt durch eine freiheitliche Wirtschaftsordnung entstanden, die dem â□□ auch von der KlÃ¤gerin in Anspruch genommenen â□□ Gestaltungswillen der in ihr tÃ¤tigen Menschen grundsÃ¤tzlich Raum lÃ¤sst. Sie sind deshalb weitgehend unvermeidlich und mÃ¼ssen hingenommen werden.

Die KlÃ¤gerin betrieb auch keine â□□ inzwischen rechtlich zulÃ¤ssige â□□ Arbeitsvermittlung. Die hierfÃ¼r sprechende, in der Literatur (vgl. Wank, a.a.O., Randnummern 54 bis 56 zu Â§ 1 AÃ□G mit weiteren Nachweisen) zum Teil als historisch Ã¼berholt angesehene gesetzliche Vermutung nach Â§ 1 Abs. 2 AÃ□G ist nÃ¤mlich widerlegbar, und das Gericht sieht sie als widerlegt an. Zwar vermied die KlÃ¤gerin durch die Gestaltung der HonorarkraftvertrÃ¤ge die Ã□bernahme des Arbeitgeberrisikos und weitgehend auch der Ã¼blichen Arbeitgeberpflichten, insbesondere die Meldungen zur Sozialversicherung, AbfÃ¼hrung von SozialversicherungsbeitrÃ¤gen etc. Andererseits hatte die KlÃ¤gerin bei rechtlicher Bewertung zumindest teilweise Arbeitgeberfunktionen inne, indem sie von den Pflegeeinrichtungen die AuftrÃ¤ge zur Ã□berlassung geeigneter PflegekrÃ¤fte entgegennahm, diese aus ihrem Bestand auswÃ¤hlte, sie nach der Annahme des jeweiligen Auftrags der jeweiligen Einrichtung zur Arbeitsleistung Ã¼berlieÃ□, die absolvierten Stunden erfasste und abrechnete und nach Zahlung durch den Auftraggeber der Pflegekraft den ihr zustehenden Betrag Ã¼berwies. Hiernach bestanden wie bei einer ArbeitnehmerÃ¼berlassungsfirma die wesentlichen vertraglichen Beziehungen der KlÃ¤gerin mit den PflegekrÃ¤ften. DemgegenÃ¼ber beschrÃ¤nkte sich der Kontakt der PflegekrÃ¤fte mit den Pflegeeinrichtungen auf die Ableistung des konkreten Arbeitseinsatzes und die hierzu nÃ¶tigen Absprachen. Eine Erfassung durch die hierfÃ¼r zustÃ¤ndigen Personalabteilungen der Pflegeeinrichtungen erfolgte nicht, sondern die PflegekrÃ¤fte hatten sich lediglich in der jeweiligen Station oder Abteilung zu melden, in der ihre Arbeitsleistung erforderlich war.

Die TÃ¤tigkeit der KlÃ¤gerin diente auch gewerblichen Zwecken, weil sie dauerhaft selbststÃ¤ndig ausgeÃ¼bt und auf die Erzielung von Gewinn angelegt war (gewerberechtlicher Begriff der GewerbsmÃ¤Ã□igkeit, vgl. Wank, a.a.O., Randnummer 41 f zu Art. 1 Â§ 1 AÃ□G; Niebler/Biebl/Ulrich, a.a.O., Randnummern 99, 100, beide mit weiteren Nachweisen).

Fest steht weiter, dass die KlÃ¤gerin nicht in Besitz einer

ArbeitnehmerÃ¼berlassungserlaubnis war. Sie Ã¼bte deshalb unerlaubt ArbeitnehmerÃ¼berlassung aus.

Das Gericht sieht keine konkreten Anhaltspunkte dafÃ¼r, dass sich in den genannten und vergleichbaren typischen FÃ¤llen seit dem Erlass des Untersagungsbescheides vom 12.1.1998 die Sach- und Rechtslage wesentlich geÃ¤ndert hat. Zwar hat die KlÃ¤gerin im Verfahren des vorlÃ¤ufigen Rechtsschutzes in ihrer Beschwerde gegen den Beschluss des Sozialgerichts Hamburg vom 4.9.1998 behauptet, ihren GeschÃ¤ftsablauf in der Weise geÃ¤ndert zu haben, dass die PflegekrÃ¤fte kÃ¼nftig nicht mehr die Dienstleistung der KlÃ¤gerin zur Rechnungsstellung in Anspruch nehmen, sondern ihre Honorare direkt mit den jeweiligen Pflegeeinrichtungen abrechnen wÃ¼rden (Blatt 126 der Prozessakte S 2 AL 372/98 ER), und im Verhandlungstermin am 11.5.2004 hat sie ebenfalls von wesentlichen Ãnderungen in der vertraglichen und sonstigen Gestaltung ihrer Beziehungen zu den von ihr vermittelten PflegekrÃ¤ften und den Pflegeeinrichtungen gesprochen. Der aus diesen GrÃ¼nden erteilten Auflage, hierzu bis zum 30.6.2004 NÃ¤heres vorzutragen, ist die KlÃ¤gerin jedoch auch nach FristverlÃ¤ngerung nicht nachgekommen; ihrem Vortrag fehlt deshalb die notwendige Substanz.

Nach Â§ 6 AÃG war und ist die Beklagte deshalb nach wie vor verpflichtet, der KlÃ¤gerin die weitere unerlaubte ArbeitnehmerÃ¼berlassung zu untersagen und deren Fortdauer mit den Mitteln der Verwaltungsvollstreckung zu verhindern. Auch insoweit begegnen die angefochtenen Bescheide der Beklagten keinen rechtlichen Bedenken. GemÃ¤Ã Â§ 6 AÃG in Verbindung mit Â§Â§ 6 Abs. 1, 9 Abs. 1 b, 11 und 13 VwVG war sie zu MaÃnahmen der Verwaltungsvollstreckung verpflichtet und bei der Auswahl des Zwangsmittels nach pflichtgemÃ¤Ãem Ermessen berechtigt, der KlÃ¤gerin zur Erzwingung der Unterlassung fÃ¼r 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 fÃ¼r ein anderes Zwangsmittel sprechen oder gegen die Auswahl des HÃ¶chstbetrages des Zwangsgeldes sprechen kÃ¶nnten, liegen nicht vor und sind auch von der KlÃ¤gerin nicht genannt worden. Die Fortsetzung der unerlaubten ArbeitnehmerÃ¼berlassung fÃ¼hrt dazu, dass die Schutzzwecke des AÃG gefÃ¤hrdet werden, den sozialen und arbeitsrechtlichen Schutz der Leiharbeitnehmer sicherzustellen und Ã¼ber die PrÃ¼fung der ErlaubnisversagungsgrÃ¼nde des Art. 1 Â§ 3 AÃG zu gewÃ¤hrleisten, dass die ArbeitnehmerÃ¼berlassung nicht von mÃ¶glicherweise unseriÃ¶sen Verleihfirmen betrieben wird (vgl. dazu Becker/Wulfgramm, AÃG, 3. Auflage, Einleitung Randnummer 118). Nach Â§ 9 Abs. 2 VwZG muss das Zwangsmittel in einem angemessenen VerhÃ¤ltnis zu seinem Zweck stehen (Satz 1). Dabei ist das Zwangsmittel mÃ¶glichst so zu bestimmen, dass der Betroffene und die Allgemeinheit am wenigsten beeintrÃ¤chtigt werden (Satz 2). Das Gericht sieht auch diese, den Grundsatz der VerhÃ¤ltnismÃ¤Ãigkeit konkretisierenden Anforderungen als erfÃ¼llt an. Es ist geeignet, die weitere illegale ArbeitnehmerÃ¼berlassung durch die KlÃ¤gerin wirkungsvoll zu unterbinden, und es ist erforderlich, weil die KlÃ¤gerin offenbar alle ihr zur VerfÃ¼gung stehenden Mittel ausschÃ¶pft, um ihre TÃ¤tigkeit fortsetzen zu kÃ¶nnen. Da das Zwangsgeld nur angedroht, bisher aber nicht festgesetzt ist, hat sie zudem eine Schonung

erfahren, die den Eingriff in ihre Rechtsposition mildert.

Die KlÃ¤gerin 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 TÃ¤tigkeit der KlÃ¤gerin als unerlaubte ArbeitnehmerÃ¼berlassung bewertet. Dass sie hierbei teilweise zu rechtlich fehlerhaften Mitteln gegriffen hat, begrÃ¼ndet kein Vertrauen der KlÃ¤gerin, in Zukunft ihre TÃ¤tigkeit unbehelligt fortsetzen zu kÃ¶nnen. Die KlÃ¤gerin musste vielmehr auch nach der Einstellung des Ordnungswidrigkeitsverfahrens mit weiteren Sanktionen rechnen, zumal sie bereits wÃ¤hrend dieses Verfahrens anwaltlich vertreten und das durch die AOK Hamburg eingeleitete Verwaltungsverfahren zur Erhebung und Festsetzung von SozialversicherungsbeitrÃ¤gen seit September 1991 anhÃ¤ngig war.

Ohne Erfolg wendet die KlÃ¤gerin ein, dass die Bundesversicherungsanstalt fÃ¼r Angestellte im Fall W. Z. mit Bescheid vom 31.5.2002 eine Statusfeststellung gemÃ¤Ã Â§ 7 a Viertes Buch Sozialgesetzbuch â Gemeinsame Vorschriften fÃ¼r die Sozialversicherung â (SGB IV) getroffen hat, dass dessen TÃ¤tigkeit im Bereich der Alten â und Krankenpflege seit 1.12.2001 selbststÃ¤ndig ausgeÃ¼bt werde und eine abhÃ¤ngige BeschÃ¤ftigung nicht vorliege (Anlage K 14, Blatt 170 der Prozessakte). Es kann offen bleiben, ob die Beklagte bei der Beurteilung der Frage, ob die KlÃ¤gerin unerlaubt ArbeitnehmerÃ¼berlassung betreibt, an diese Feststellung gebunden ist. Eine Tatbestands- oder Feststellungswirkung wÃ¼rde nÃ¤mlich nur den Fall Z. betreffen mit der Folge, dass die Beklagte in seinem Fall gehindert wÃ¤re, das Betreiben unerlaubter ArbeitnehmerÃ¼berlassung durch die KlÃ¤gerin anzunehmen. Dies Ã¤ndert jedoch nichts an den von der Kammer getroffenen tatsÃ¤chlichen Feststellungen und ihrer Beurteilung zu der Einordnung der TÃ¤tigkeit der KlÃ¤gerin als ArbeitnehmerÃ¼berlassung. Denn entweder beruht die Statusfeststellung auf unzutreffenden tatsÃ¤chlichen Grundlagen oder einer fehlerhaften rechtlichen Bewertung, oder es liegen in diesem Fall Besonderheiten vor, die von den beschriebenen typischen Gegebenheiten abweichen. Soweit die KlÃ¤gerin Zeugenbeweis dafÃ¼r anbietet, dass W. Z. in genau der gleichen Art und Weise selbststÃ¤ndig tÃ¤tig geworden sei, wie alle selbststÃ¤ndigen PflegekrÃ¤fte, die sich bei der KlÃ¤gerin 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 tatsÃ¤chlicher Hinsicht zugÃ¤ngliche Rechtsfrage, ob eine TÃ¤tigkeit als selbststÃ¤ndig zu bewerten ist, und zweitens mÃ¼sste die Behauptung, unterstellt man sie in Bezug auf ihren tatsÃ¤chlichen Inhalt in dem Sinne als richtig, dass die von der KlÃ¤gerin vermittelten PflegekrÃ¤fte sÃ¤mtlich in gleicher Weise tÃ¤tig sind, notwendig dazu fÃ¼hren, die im Falle Z. getroffenen Statusfeststellung als fehlerhaft und nicht auf die Ã¼brigen PflegekrÃ¤fte Ã¼bertragbar anzusehen.

Soweit die KlÃ¤gerin 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 Ãberbrückungsgeld und einen Zuschuss zu den Kosten einer freiwilligen Kranken -, Pflege -, und Altersversorgung fÃ¼r eine selbststÃ¤ndige TÃ¤tigkeit als freiberuflicher Krankenpfleger im hÃ¤uslichen und

stationÃ¤ren Bereich fÃ¼r die Zeit vom 1.11.2002 bis 30.4.2003 gewÃ¤hrt 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 TÃ¤tigkeit fÃ¼r die KlÃ¤gerin gewÃ¤hrt wurden, und dass der Bewilligungsbescheid vom 30.9.2002 mÃ¶glicherweise rechtlich fehlerhaft ist. Es ist gerichtsbekannt, dass im Verfahren zur GewÃ¤hrung von Ãberbrückungsgeld und ergÃ¤nzenden Leistungen die Kundenbeziehungen der Antragsteller und die Frage, ob sie tatsÃ¤chlich einer selbststÃ¤ndigen TÃ¤tigkeit nachgehen oder in Wirklichkeit abhÃ¤ngig beschÃ¤ftigt sind, in aller Regel nicht geprÃ¼ft werden. Vielmehr erstreckt sich die PrÃ¼fung auf die (rechtzeitige) Antragstellung, das Vorliegen der erforderlichen Unterlagen, insbesondere einer Bescheinigung einer fachkundigen Stelle Ã¼ber die TragfÃ¤higkeit der ExistenzgrÃ¼ndung und das Vorliegen der sonstigen Anspruchsvoraussetzungen des Â§ 57 Drittes Buch Sozialgesetzbuch â ArbeitsfÃ¶rderung â (SGB III) (Vorbezug von Leistungen nach SGB III oder vorherige BeschÃ¤ftigung in einer Arbeitsbeschaffungs â oder StrukturanpassungsmaÃnahme), nicht aber auf die nÃ¤heren Einzelheiten der geplanten und durchgefÃ¼hrten TÃ¤tigkeit.

Soweit die KlÃ¤gerin geltend macht, dass sie mit ihrer TÃ¤tigkeit dem akuten Pflegenotstand entgegenwirke und im wohlverstandenen Interesse pflegebedÃ¼rftiger Personen handele, deren menschenwÃ¼rdige Versorgung sonst nicht gewÃ¤hrleistet sei, fÃ¼hrt auch dieser Einwand zu keiner anderen Beurteilung. Die KlÃ¤gerin verkennt, dass die durch Urlaubs- und Krankheitszeiten in den Pflegeeinrichtungen zusÃ¤tzlich oder kurzfristig entstehenden Dienstleistungsbedarfe ebenso gut durch erlaubte ArbeitnehmerÃ¼berlassung gedeckt werden kÃ¶nnen. Im Ãbrigen negiert der Einwand die oben bereits genannten Schutzzwecke des AÃG.

Die KlÃ¤gerin kann fÃ¼r die TÃ¤tigkeit der PflegekrÃ¤fte nicht die gesetzliche Vermutung nach Â§ 7 Abs. 4 SGB IV in Anspruch nehmen. Danach wird fÃ¼r Personen, die (seit Inkrafttreten der Vorschrift ab 1. 1. 2003) fÃ¼r eine selbstÃ¤ndige TÃ¤tigkeit einen ExistenzgrÃ¼ndungszuschuss nach Â§ 421 l SGB III beantragen, widerlegbar vermutet, dass sie in dieser TÃ¤tigkeit als SelbstÃ¤ndige tÃ¤tig sind (Satz 1). FÃ¼r die Dauer des Bezugs dieses Zuschusses gelten diese Personen als selbstÃ¤ndig TÃ¤tige (Satz 2). Im vorliegenden Fall ist jedoch weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass PflegekrÃ¤fte, die bei der KlÃ¤gerin tÃ¤tig sind, einen solchen ExistenzgrÃ¼ndungszuschuss beantragt oder bezogen haben.

Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die die UntersagungsverfÃ¼gung stÃ¼tzenden Vorschriften bestehen nicht. Das insoweit einschlÃ¤gige Grundrecht auf Gewerbefreiheit und Unternehmerfreiheit im Sinne freier GrÃ¼ndung und FÃ¼hrung von Unternehmen (Art 12 Abs. 1 Grundgesetz (GG)) ist nicht verletzt. Der Gesetzgeber ist mit der Erlaubnispflicht des Art. 1 Â§ 1 AÃG dem Hinweis des Bundesverfassungsgerichts in dessen Urteil vom 4.4.1967 nachgekommen, dass fÃ¼r die â bis dahin noch als mit dem Vermittlungsmonopol der Bundesanstalt fÃ¼r Arbeit nach Â§ 37 Abs. 3 des Gesetzes Ã¼ber Arbeitsvermittlung und

Arbeitslosenversicherung (AVAVG) unvereinbar angesehene â□□ ArbeitnehmerÃ¼berlassung ein wirtschaftlicher Bedarf bestehe und die hiermit verbundenen Gefahren fÃ¼r die Ã¼berlassenen Arbeitnehmer und fÃ¼r die Sicherstellung der AbfÃ¼hrung von SozialversicherungsbeitrÃ¤gen durch Anwendung milderer Mittel als des generellen Verbots sozialvertrÃ¤glich zu beherrschen seien (vgl. BVerfGE 21, 261, 268 f). Da bei Nichtvorliegen der VersagungsgrÃ¼nde des Art. 1 Â§ 3 AÃ□G ein Rechtsanspruch auf die Erteilung der ArbeitnehmerÃ¼berlassungserlaubnis besteht, liegt ein Eingriff in die Freiheit der BerufsausÃ¼bung, nicht der Berufswahl vor, der im Interesse Ã¼berragender GemeinschaftsgÃ¼ter, nÃ¤mlich des sozialen und arbeitsrechtlichen Schutzes der Leiharbeitnehmer und des Ausschlusses unseriÃ¶ser Verleihfirmen aus diesem Gewerbezweig gerechtfertigt ist (vgl. Becker/Wulfgramm, a.a.O., Randnummern 14 â□□ 16 zu Art. 1 Â§ 1 AÃ□G). Auch durch die Abgrenzung zwischen selbstÃ¤ndiger TÃ¤tigkeit und abhÃ¤ngiger BeschÃ¤ftigung, wie sie die hÃ¶chstrichterliche Rechtsprechung vorgenommen hat, wird das Grundrecht der KlÃ¤gerin aus Art. 12 GG nicht verletzt, auch wenn sich nach den UmstÃ¤nden des Einzelfalles eine abhÃ¤ngige BeschÃ¤ftigung ergibt und danach bestimmte Dienstleistungen praktisch nur in Form einer abhÃ¤ngigen BeschÃ¤ftigung verrichtet werden kÃ¶nnen (vgl. BSG, Die BeitrÃ¤ge 1993, 481).

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

Erstellt am: 23.12.2004

Zuletzt verändert am: 23.12.2024