
S 21 AL 32/21

Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht	Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet	Arbeitslosenversicherung
Abteilung	20
Kategorie	Urteil
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	-
Leitsätze	-
Normenkette	-

1. Instanz

Aktenzeichen	S 21 AL 32/21
Datum	04.02.2022

2. Instanz

Aktenzeichen	L 20 AL 47/22
Datum	30.10.2023

3. Instanz

Datum	-
-------	---

Die Berufung der KlÄgerin gegen den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts DÄsseldorf vom 07.02.2022 wird zurÄckgewiesen.

Ä

Die Beteiligten haben einander auch im BerufungsÄverfahren keine Kosten zu erstatten.

Ä

Die Revision wird nicht zugelassen.

Ä

Der Streitwert wird endgÄltig auf 5.000,00 Ä festgesetzt.

Ä

Tatbestand:

Â

Die Beteiligten streiten über einen Anspruch der Klägerin auf Verlängerung einer Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung (AÜ).

Â

Der in Polen ansässigen Klägerin war unter dem 02.01.2015 eine AÜ-Erlaubnis für längstens ein Jahr erteilt worden. Unter dem 27.01.2016 erfolgte eine neuerliche Erlaubnis für längstens ein Jahr. Unter dem 06.12.2016 wurde die Erlaubnis bis zum 27.01.2018 verlängert, unter dem 14.11.2017 erneut bis zum 27.01.2019.

Â

Bereits am 26.02.2016 hatte sich ein ehemaliger Mitarbeiter der Klägerin telefonisch aus Polen bei der Beklagten gemeldet. Laut Aktenvermerk der Beklagten habe dieser Kenntnis von einer anstehenden Betriebsprüfung und wolle darauf hinweisen, dass von der Klägerin im Antragsverfahren vorgelegte Vertragsmuster bei der Überlassung der Leiharbeiter nach Deutschland nicht genutzt würden, so dass Sozialversicherungsbeiträge (SV-Beiträge) nicht oder nicht in ausreichender Höhe geleistet würden. Gelebt würden ausschließlich die polnischen Beiträge. Die Klägerin rechne im Übrigen mit dem Widerruf der bestehenden Erlaubnis, wolle aber weiterhin Arbeitnehmerüberlassung betreiben und plane, über ihren Sohn eine Erlaubnis zu erlangen.

Â

Am 28.03.2018 wandte sich das Hauptzollamt Bielefeld an die Beklagte mit der Bitte um Vorlage aller Unterlagen über die Klägerin. Unter dem 09.07.2018 über sandte das Hauptzollamt der Beklagten Protokolle vom 22.06.2018 bzw. 25.05.2018 einer Vernehmung der überlassenen Arbeitnehmer S. H. und K. P. T.; einige Angaben in diesen Protokollen waren geschwärzt. In einer später vom Sozialgericht beigezogenen und in Auszügen als Kopie zurückbehaltenen Akte des Sozialgerichts Berlin S 91 BA 63/20 (Klägerin ./.. Deutsche Rentenversicherung) sind diese Schwärzungen (bis auf eine Schwärzung des Beschuldigten im Protokoll vom 22.06.2018) nicht enthalten; im Protokoll vom 25.05.2018 ist ein Strafverfahren gegen W. C. (Restaurantbetreiber, bei dem die beiden Vernommenen tätig waren) ungeschwärzt benannt. Auf die (ungeschwärzten, den Beteiligten im Berufungsverfahren über sandten) Vernehmungsprotokolle wird Bezug genommen. Das Hauptzollamt über sandte der Beklagten ferner einen Aktenvermerk vom 19.06.2018. Danach waren am 10.11.2017 ein Gastronomiebetrieb nach dem SchwarzArbG über prüft und alle angetroffenen Arbeitnehmer befragt worden. Die dort tätigen Käthe H. und T. hätten angegeben, als selbständige Käthe für den polnischen Vermittlerbetrieb der Klägerin in Deutschland tätig zu sein. Im Nachgang sei gegen den Inhaber des geprüften Betriebes ein Ermittlungsverfahren ([§ 266 StGB](#)) eingeleitet worden, im Rahmen dessen der Betriebsinhaber und die beiden Käthe vernommen worden

seien. Mindestens einem der Küche sei durch die Klägerin suggeriert worden, in einem normalen Arbeitsverhältnis zu stehen, und dass damit einhergehenden SV-Pflichten in Polen nachgekommen werde; Letzteres sei jedoch teilweise ausgeblieben. Zum anderen sei teilweise unrichtig über Selbständigkeit und damit verbundene Verpflichtungen aufgeklärt worden. Es sei weitestgehend übereinstimmend angegeben worden, dass die Klägerin in der Vergangenheit unter Nutzung unlauterer Mittel versucht habe, bei dem deutschen Entleiher für sich bessere Vertragskonditionen im   Verleih   durchzusetzen. So seien beide K  che aufgefordert worden, durch kurzfristige und unangekündigte Arbeitsniederlegungen das bedeutende Weihnachtsgeschäft (2017) des Entleihers zu sabotieren. Auch sei versucht worden, durch unangekündigten Personalabzug kurzfristig weiteren Druck auf den Entleiher auszuüben. Weiter sollten Drohanrufe sowohl an den Entleiher als auch an mindestens einen der K  che erfolgt sein. Ergebnis der Ermittlungen sei eine Scheinselbständigkeit der beiden K  che gewesen, weshalb der Sachverhalt der für eine Nachberechnung von SV-Beiträgen zuständigen Deutschen Rentenversicherung (DRV) vorgelegt worden sei.

  

Am 05.10.2018 beantragte die Klägerin abermals die Verlängerung der A  -Erlaubnis. Im Zuge des Verwaltungsverfahrens wies sie die Beklagte darauf hin, dass nach dem deutsch-polnischen Doppelbesteuerungsabkommen in Deutschland keine Steuerpflicht des Lohnempf  ngers (  berlassene Person) bestehe, solange dieser sich nicht länger als 183 Tage in Deutschland aufhalte, sich Sitz und Wohnort des Arbeitgebers nicht in Deutschland befänden und dieser in Deutschland keine feste Filiale habe. Sie sei deshalb von einer Abführung von Steuern in Deutschland befreit. Die Beklagte vertrat daraufhin die Ansicht (E-Mail vom 28.11.2018), diese 183-Tage-Regelung gelte nicht, wenn der in Polen ansässige Arbeitnehmer Zahlungen von einem deutschen Arbeitgeber erhalte und in Deutschland arbeite. Nach einem Erlass des deutschen Bundesfinanzministeriums nehme bei grenzüberschreitender Arbeitnehmerüberlassung grundsätzlich der Entleiher die wesentlichen Arbeitgeberfunktionen wahr; der ausländische Verleiher müsse sich deshalb in Deutschland zur Steuerentrichtung anmelden und Steuern hier entrichten.   ber die zutreffende Anwendung des deutsch-polnischen Doppelbesteuerungsabkommens verblieb in der Folge zwischen den Beteiligten Streit.

  

Nach Mitteilung eines Steuerberaters (E-Mail vom 08.01.2019), dass für die Klägerin eine Steuernummer beantragt worden sei, verlängerte die Beklagte unter dem 10.01.2019 die A  -Erlaubnis der Klägerin bis zum 27.01.2020.

  

Das Hauptzollamt Bielefeld übersandte der Beklagten mit Schreiben vom 11.02.2019 seinen Schlussbericht an die Staatsanwaltschaft Bielefeld in dem

â Ermittlungsverfahren gegen die polnische Staatsangehörige U. Q.â sowie eine Anhängung der Klägerin durch die DRV vom 05.02.2019. Auf den Abschlussbericht wird Bezug genommen. In dem Anhängungs schreiben teilte die DRV der Klägerin mit, die Tätigkeit der Köche sei in der Zeit vom 01.10.2016 bis zum 31.03.2017 im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung ausgeübt worden, so dass SV-Pflicht bestanden habe; wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das Anhängungs schreiben Bezug genommen. In der Folge forderte die DRV von der Klägerin mit Bescheid vom 22.03.2019 SV-Beiträge in Höhe von 4.210,21 â für den Zeitraum 01.10.2016 bis 31.03.2017 nach. Die Klägerin wies in ihrem dagegen eingelegten Widerspruch darauf hin, sie habe das Anhängungs schreiben nicht erhalten. Alle in ihrem Unternehmen mitarbeitenden Personen seien allerdings als Subunternehmer tätig; diese Personen â und nicht sie selbst â seien insofern zur Antragstellung auf sog. A1-Bescheinigungen (Entsendebescheinigungen) beim polnischen Sozialversicherungsträger verpflichtet, und sie selbst sei nicht zur Entrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen für diese Personen verpflichtet. Die DRV wies den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 06.02.2000 zurück. Einer der beiden Köche (T.) habe erst zum 01.04.2017 ein Gewerbe in Polen angemeldet. Der andere Koch (H.) habe zwar ein Gewerbe in Polen angemeldet gehabt. Die Gewerbebeantragung sei jedoch kein Indiz für eine selbständige Tätigkeit. Die beiden entliehenen Köche seien in den Betrieb (des deutschen Arbeitgebers) eingegliedert gewesen, hätten keinerlei unternehmerisches Risiko zu tragen gehabt, und eine Entsendebescheinigung aus Polen habe nicht vorgelegen. Hiergegen führt die Klägerin ein sozialgerichtliches Verfahren (Sozialgericht Berlin S 91 BA 63/20, derzeit in der Berufung anhängig beim Landessozialgericht Berlin-Brandenburg L 9 BA 11/23).

Â

Mit Schreiben vom 25.03.2019 (richtig: 20.05.2019) hätte die Beklagte die Klägerin zu einem beabsichtigten Widerruf der Erlaubnis an. Die Klägerin habe eine mit Bescheid vom 10.01.2019 erteilte Auflage zur Vorlage einer Steuernummer eines deutschen Finanzamtes innerhalb der gesetzten Frist bis zum 15.03.2019 nicht erfüllt. Die Klägerin teilte (im Anschluss an E-Mail-Kontakt mit der Beklagten) mit E-Mail vom 20.05.2019 eine Steuernummer mit. Das Schreiben vom 25.03.2019 habe sie nie erhalten. Auf Nachfrage der Beklagten gab sie mit E-Mail vom 07.06.2019 ergänzend an, die Steuernummer sei durch das Finanzamt Kiel erteilt worden.

Â

Das Finanzamt Kiel teilte der Beklagten am 16.09.2019 telefonisch mit, die Klägerin habe dort eine sog. Null-Meldung abgegeben; dies heiße, dass vorgeblich keine Leiharbeitnehmer überlassen worden seien. Das Finanzamt wolle weiter prüfen. Wegen der weiteren Korrespondenz der Beklagten mit dem Finanzamt wird auf den Verwaltungsvorgang der Beklagten Bezug genommen.

Â

Am 22.10.2019 beantragte die Klägerin eine weitere unbefristete Verlängerung der A-Erlaubnis.

Ä

Mit Bescheid vom 21.01.2020 lehnte die Beklagte eine Verlängerung der Erlaubnis ab. Eine Erlaubnis oder Verlängerung sei (u.a.) zu versagen, wenn der Arbeitgeber die erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitze ([Ä§ 3 Abs. 1 Nr. 1 A-G](#)). Zu dieser Zuverlässigkeit gehören auch die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge für die Arbeitnehmer. Das Hauptzollamt Bielefeld habe gegen die Klägerin ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts auf Vorenthaltung und Veruntreuung von Arbeitsentgelt ([Ä§ 266a Abs. 1 und 2 StGB](#)) geführt. Im Zeitraum vom 26.10.2016 bis zum 29.03.2017 habe die Klägerin Sozialversicherungsbeiträge für die Arbeitnehmer T. und H. nicht ordnungsgemäß in Deutschland abgeführt. Entsendebescheinigungen seien von der polnischen Sozialversicherung nicht ausgestellt worden, so dass Beiträge in Deutschland hätten abgeführt werden müssen (Territorialitätsprinzip). Dies habe die Klägerin bis heute nicht getan. Auch habe sie in der Vergangenheit keine Lohnsteuer für die Leiharbeitnehmer an das deutsche Finanzamt gezahlt. Sie sei im November 2018 ausführlich über die Rechtslage informiert worden, dass die sog. 183-Tage-Regelung für polnische Verleiher nicht gelte und Lohnsteuer bereits ab dem ersten Tag der Überlassung an das deutsche Finanzamt abzuführen sei. Eine deutsche Steuernummer habe sie erst im Zuge der Anführung zu einem Widerruf der Erlaubnis mitgeteilt. Da die Klägerin bereits vom 03.01.2015 bis zum 02.01.2016 sowie seit dem 28.01.2016 eine Erlaubnis besessen habe, hätte sie sich bereits vor Beginn der Erlaubnis am 03.01.2015 über die geltenden Bestimmungen informieren müssen; dies habe sie allerdings bis heute nicht getan. Nach den Gesamt Umständen besitze sie nicht die notwendige Zuverlässigkeit.

Ä

Die Klägerin legte Widerspruch ein mit der Begründung, sie habe alle mit dem Antrag auf Verlängerung der Erlaubnis verbundenen notwendigen formellen Anforderungen erfüllt. Hinsichtlich ihrer Zuverlässigkeit könne keine negative Zukunftsprognose gestellt werden. Es sei falsch anzunehmen, dass die Herren T. und H. Arbeitnehmer der Klägerin gewesen seien. Diese hätten für die Klägerin vielmehr lediglich Dienstleistungen erbracht. Der Vertrag mit dem deutschen Vertragspartner habe ebenfalls diese Form der Zusammenarbeit bestimmt und sei kein A-Vertrag. Mit der Auffassung der DRV über eine Scheinselbständigkeit bestehe kein Einverständnis; deren Entscheidung werde angefochten. Solange das Verfahren gegen die DRV nicht rechtskräftig entschieden sei, dürfe die Beklagte nicht von einer Vorenthaltung von SV-Beiträgen ausgehen. Selbst wenn Scheinselbständigkeit bestanden hätte, hätte dies noch nicht, dass mangels Vorliegens einer Entsendebescheinigung das Territorialprinzip zur Anwendung gelange. Wenn die Beklagte auf das Ermittlungsverfahren des Hauptzollamtes Bielefeld verweise, so bedeute ein solches Verfahren noch nicht, dass auch eine Straftat verübt worden sei. Sie habe

von diesem Verfahren bis heute keine Nachricht erhalten und gehe davon aus, dass es eingestellt worden sei. Der Ansicht der deutschen Finanzbehörden zum deutsch-polnischen Doppelbesteuerungsabkommen werde im Übrigen durch polnische Behörden und Steuerberater nicht gefolgt. Nach einem Gutachten eines Steuerberaters aus Stettin bestehe Lohnsteuerpflicht für die entliehenen Arbeitnehmer allein in Polen. Sie habe insofern beim polnischen Finanzministerium den Antrag auf eine verbindliche Auslegung gestellt. Jedenfalls habe sie vorsichtshalber Lohnsteuer an das Finanzamt Kiel gezahlt (Kontoauszug über eine Zahlung unter Vorbehalt vom 21.08.2019 für die Quartale 1 und 2 aus 2016 und das Quartal 4 aus 2018). Bei vorherigen Verlängerungen der Erlaubnis seien ihr auch keine entsprechenden Auflagen gemacht worden. Der Bescheid über die Versagung der Verlängerung verleihe auch keinen einzigen Satz zu einer negativen Zukunftsprognose. Gehe es allein um die beiden Klagen, werde auf Umstände zurückgegriffen, die drei Jahre vor diesem Bescheid liegen und nicht mehr entscheidungsrelevant seien. Die Versagung der Erlaubnisverlängerung stelle im Übrigen für sie zumal im Rahmen der Coronapandemie eine unbillige Härte dar. Wegen der weitläufigen Einzelheiten wird auf den Widerspruch der Klägerin Bezug genommen.

Ä

Mit Widerspruchsbescheid vom 24.07.2020 (der Klägerin in Polen bekanntgegeben) wies die Beklagte den Widerspruch zurück. Eine Erlaubnis sei bereits dann zu versagen, wenn Tatsachen lediglich die Annahme rechtfertigten, dass ein Versagungsstatbestand erfüllt sei ([§ 3 Abs. 1 AO](#)). Die Vorschrift enthalte insofern eine Beweiserleichterung für die Beklagte. Es müssten ausreichend sichere Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Verleiher seine Arbeitgeberpflichten ordnungsgemäß erfüllen und die schätzenswerten Interessen der Leiharbeitnehmer nicht verletzen werde. Eine solche positive Prognose sei für die Klägerin nicht möglich. Die Widerspruchsbegründung entkräftete nicht die im angefochtenen Bescheid erhobene Vorwürfe. Die Klägerin sei bereits im November 2018 darüber informiert worden, dass die Lohnsteuer ihrer Arbeitnehmer ab dem ersten Tag der Überlassung an das deutsche Finanzamt abzuführen sei. Erst im August 2019 sei sie ihrer Verpflichtung zur Zahlung für die Jahre 2016 und 2018 ohne Anerkennung einer Rechtspflicht nachgekommen. Es sei deshalb davon auszugehen, dass sie auch konfessionell Lohnsteuer nicht oder nicht in richtiger Höhe abfuhre. Für zwei Klagen habe sie zudem SV-Beiträge nicht abgeführt, weil sie diese für Subunternehmer halte. Das Hauptzollamt habe jedoch deren Scheinselbstständigkeit festgestellt; der Widerspruch gegen die Entscheidung der DRV sei zurückgewiesen worden. Unabhängig davon habe das Finanzamt Kiel mitgeteilt, bei der Klägerin bestehe keine Bereitschaft, Unterlagen und Auskünfte zur Sachverhaltsermittlung vorzulegen. Liege Versagungsgründe vor, so bestehe kein Ermessen der Beklagten. Die erforderliche Zukunftsprognose falle für die Klägerin negativ aus. Es komme auch nicht darauf an, ob der Verleiher wiederholt oder schwerwiegend gegen Arbeitgeberpflichten verstoßen habe. Entscheidend sei, ob die Einhaltung der Arbeitgeberpflichten erwartbar erscheine. Zwar führe nicht jeder Verstoß zur Versagung der Erlaubnis.

Angesichts der sozialpolitischen Zwecksetzung des AÃ¶G sei ein schwerwiegender VerstoÃ¶ jedoch stets dann anzunehmen, wenn durch die Handlungsweise des Verleihers der soziale Schutz der Leiharbeitnehmer nachteilig beeintrÃ¤chtigt werde. Ein VerstoÃ¶ gegen die AbfÃ¼hrungspflicht von Lohnsteuer und SV-BeitrÃ¤gen wiege schwer; die VerÃ¤sagung sei deshalb verhÃ¤ltnismÃ¤Ã¶ig. Eine Erlaubnis unter Auflage komme nicht in Frage. Eine Auflage dÃ¼rfte nicht lediglich eine allgemeine Pflicht wiederholen, deren ErfÃ¼llung ohneÃhin vom Gesetz vorausgesetzt oder erwartet werde. Eine Auflage an die KlÃ¤gerin, die AÃ¶ gesetzmÃ¤Ã¶ig durchÃ¼fÃ¼hren, komme deshalb nicht in Betracht.

Ã

Hiergegen hat die KlÃ¤gerin am 14.10.2020 Klage beim Sozialgericht NÃ¼rnberg erhoben. Dieses hat sich nach AnhÃ¶rung der KlÃ¤gerin mit Beschluss vom 04.11.2020 fÃ¼r Ã¶rtlich unzustÃ¤ndig erklÃ¤rt und den Rechtsstreit an das Sozialgericht DÃ¼sseldorf verwiesen.

Ã

Die KlÃ¤gerin hat vorgetragen, sie sei der Behauptung der Beklagten von fehlender ZuverlÃ¤ssigkeit mit ihrem Widerspruchsschreiben substantiiert entgegengetreten. Laut einem Vermerk im Verwaltungsvorgang habe dem Widerspruch aufgrund der umfangreichen und nachvollziehbaren BegrÃ¼ndung abgeholfen werden sollen; allerdings sei diesem Vorschlag dann nicht gefolgt worden. Auf den Hinweis des Sozialgerichts, dass die einjÃ¤hrige VerlÃ¤ngerungsfrist ([Ã¶ 2 Abs. 4 Satz 1 AÃ¶G](#)) ohnehin bereits abgelaufen sei, hat die KlÃ¤gerin ein FortsetzungsÃfeststellungsÃinteresse geltend gemacht, weil ihr in einem erneuten Antragsverfahren wiederum die Ablehnung einer AÃ¶-Erlaubnis drohe. Ihr seien zudem wegen NichtÃerteilung der AÃ¶-Erlaubnis Gewinne und VerdienstmÃ¶glichkeiten entgangen. Es bestehe Wiederholungsgefahr, und neue Antragsverfahren seien mit hohen Kosten verbunden. Eine Entscheidung des Sozialgerichts Berlin im Verfahren gegen die DRV (SÃ 91 BA 63/20) stehe noch aus; von ihr kÃ¶nne jedoch eine DoppelÃzahlung von SV-BeitrÃ¤gen in Deutschland und in Polen nicht verlangt werden. Die KlÃ¤gerin hat (in polnischer Sprache sowie in beglaubigter deutscher Ãbersetzung) eine âindividuelle Auslegungâ des Direktors der staatlichen Finanzinformationsstelle Piotrkow Trybunalski vom 10.07.2020 zum deutsch-polnischen DoppelÃbesteuerungsabkommen vorÃgelegt, der zufolge nach dem von der KlÃ¤gerin zur PrÃ¼fung dargestellten Sachverhalt die VergÃ¼nstigungen ihrer nach Deutschland entsandten polnischen Leiharbeitnehmer nur in Polen besteuert wÃ¼rden. Wegen der Einzelheiten wird auf das vorÃgelegte Dokument Bezug genommen. Die KlÃ¤gerin macht sich die dort vertretene Auslegung des DoppelÃbesteuerungsabkommens zu eigen.

Ã

Die KlÃ¤gerin hat sinngemÃ¤Ã¶ beantragt,

festzustellen, dass die Ablehnung der von der KlÃ¤gerin beantragten VerlÃ¤ngerung

der Erlaubnis zur Arbeitnehmer^{1/4}berlassung im Bescheid vom 21.01.2020 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 24.07.2020 rechtswidrig war.

Â

Die Beklagte hat schriftlich beantragt,

die Klage abzuweisen.

Â

Die Kl^{1/4}gerin habe weder einen Neu- noch einen weiteren Verl^{1/4}ngerungsantrag ein^{1/4}gereicht. Sie habe kein Fortsetzungs^{1/4}feststellungsinteresse; nach Ablauf der A^{1/4}-Erlaubnis habe sie keinen weiteren entsprechenden Antrag gestellt. Die sog. 183-Tage-Regelung im deutsch-polnischen Doppel^{1/4}besteuerungsabkommen gelte nicht, wenn ein in Polen ans^{1/4}ssiger Arbeit^{1/4}nehmer von einem deutschen Arbeitgeber Zahlungen erhalte und der Arbeitnehmer in Deutschland arbeite.

Â

Das Sozialgericht hat die Steuerakte der Kl^{1/4}gerin (N01) vom Finanzamt Kiel beigezogen; aus dieser l^{1/4}sst sich nicht ersehen, dass die Kl^{1/4}gerin auch f^{1/4}r die beiden K^{1/4}che H. und T. Steuern entrichtet hat. Das Sozialgericht hat ferner die Akte S^{1/4} 91 BA 63/20 des Sozialgerichts Berlin beigezogen und nach Fertigung von auszugsweisen Kopien nach Berlin zur^{1/4}ck^{1/4}gesandt.

Â

Mit Gerichtsbescheid vom 07.02.2022 hat das Sozialgericht (nach entsprechender vorheriger Anh^{1/4}lung der Beteiligten) die Klage abgewiesen. Sie sei wegen Fehlens eines Fort^{1/4}setzungsfeststellungsinteresses unzul^{1/4}ssig. Schadensers^{1/4}-satzanspr^{1/4}che habe die Kl^{1/4}gerin nicht weiter beziffert oder konkretisiert; es sei v^{1/4}llig unklar, ob sie best^{1/4}nden. Es reiche nicht aus, allgemein auf eine erleichterte Geltend^{1/4}machung solcher Anspr^{1/4}che hinzuweisen. Anhaltspunkte f^{1/4}r eine konkrete Wieder^{1/4}holungs^{1/4}gefahr gebe es nicht. Denn die Kl^{1/4}gerin habe es vers^{1/4}umt, eine neue Erlaub^{1/4}nis nach [Â§ 2 Abs. 4 Satz 1 A^{1/4}G](#) zu beantragen. Im Falle eines Neuantrags w^{1/4}re nunmehr ein neues Verwaltungsverfahren durchzuf^{1/4}hren, was aufgrund der aktuellen Tatsachen zu beurteilen w^{1/4}re. Mit Beschluss vom gleichen Tage hat das Sozialgericht den Streitwert auf 5.000,00^{1/4} festgesetzt.

Â

Gegen den ihr am 14.02.2022 zugestellten Gerichtsbescheid hat die Kl^{1/4}gerin am 10.03.2022 Berufung eingelegt. Sie tr^{1/4}gt vor, ein Fortsetzungs^{1/4}-feststellungsinteresse ergebe sich zum einen aus der M^{1/4}glichkeit, k^{1/4}nftig wegen Verdienstauffalls und der gesch^{1/4}ftssch^{1/4}digenden Wir^{1/4}kung des angefochtenen Bescheides Schadensersatz geltend zu machen. Auf Anforderung k^{1/4}ne sie den

Verlust von Vertragspartnern und Gewinnen glaubhaft machen. Sie habe ein Interesse, weiterhin im Rahmen des AAG Arbeitnehmer zu entsenden. Ihr gehe es auch darum, ggf. Schadensersatz für eine erlittene Rufschädigung zu erreichen; im zivilgerichtlichen Verfahren müsste dafür ein Anspruch nicht beziffert werden. Zum anderen bestehe die Gefahr einer Wiederholung, da sich die Umstände nicht wesentlich geändert hätten. Einen neuen Antrag zu stellen, sei für sie nicht zumutbar, wenn doch der ablehnende Ausgang eines solchen Antrags vorhersehbar wäre. Ein solcher Antrag wäre auch mit erheblichen Kosten verbunden (tatsächlich erhebt die Beklagte eine Gebühr von 1.000,00 € pro Antrag). Der sich ergebende Teufelskreis könne nur durch eine gerichtliche Feststellung der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Versagung durchbrochen werden. Steuern i.H.v. 1.921,61 € habe sie unter Vorbehalt an das Finanzamt Kiel gezahlt, damit keine evtl. Rückstände entstehen. Auf Nachfrage des Senats trägt sie weiter vor, gegen den unter dem 28.01.2020 erfolgten Widerruf einer Bescheinigung in Steuersachen vom 18.10.2019 des Finanzamts Kiel (sog. Unbedenklichkeitsbescheinigung) sei kein Rechtsbehelfsverfahren anhängig; eine solche Bescheinigung sei auch nicht Voraussetzung für eine AAG-Erlaubnis. Die jetzt widerriefene Bescheinigung habe sie aus freien Stücken vorgelegt. Im Übrigen sei der Widerruf der Bescheinigung unbegründet, wenn doch gar keine Steuerrückstände beständen; eine Steuerrückerstattung habe sie nicht beantragt. Als polnische Steueransässige habe sie alle gebotene Sorgfalt gewahrt, wenn sie sich für eine rechtliche Auslegung an den dortigen Direktor der Staatlichen Finanzinformationsstelle gewandt habe. Wenn die Beklagte Entsprechendes bei einer deutschen Stelle nicht getan habe, könne sie dieses Versumnis nicht auf die Klägerin abwälzen. Vom Verfahren beim Hauptzollamt Bielefeld habe sie weder aktuelle Kenntnis, noch habe sie in der Vergangenheit Kenntnis davon gehabt. Zum Verfahren gegen die DRV sei anzumerken, dass die beiden Klage nicht ihre Arbeitnehmer gewesen seien. Weder eine deutsche noch eine polnische Stelle habe Klage auf Feststellung eines Arbeitsverhältnisses erhoben, und beide Herren seien nach wie vor als Unternehmer tätig. Die polnische Sozialversicherungsanstalt (ZUS) habe 2020 eine Unbedenklichkeitsbescheinigung ausgestellt, welche der Beklagten vorliege; wenn es im vorliegenden Verfahren um SV-Beiträge für einen Zeitraum vor 2020 gehe, hätte die ZUS eine solche Bescheinigung nicht erteilt (in dieser Unbedenklichkeitsbescheinigung in der Beitragszahlung vom 26.02.2020 wird bescheinigt, dass die Klägerin mit für sie angegebener Firmennummer zu Beitragszahlung an die Sozialversicherung, Krankenversicherung, Arbeitslosenversicherung und den Fond für Arbeiterleistungen verpflichtet sei und aktuell keine Beitragsrückstände beständen). Sie fühle sich wegen ihrer Herkunft diskriminiert und hilflos, weil von ihr beigebrachte Beweise und Fakten nicht berücksichtigt würden.

Ä

Die Klägerin beantragt sinngemäß,

den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Düsseldorf vom 07.02.2022 aufzuheben und festzustellen, dass der Bescheid der Beklagten vom 21.01.2020 in Gestalt des

Widerspruchsbescheides vom 24.07.2020 rechtswidrig die von der Klägerin beantragte Verlängerung der Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung abgelehnt hat.

Â

Die Beklagte beantragt,

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

Â

Sie verweist auf ihren Widerspruchsbescheid sowie auf den angefochtenen Gerichtsbescheid. Insbesondere reiche die bloße Möglichkeit einer Schadensersatzklage für ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse nicht aus. Die Klägerin habe weder vorgetragen, dass eine solche Klage beabsichtigt sei, noch sei erkennbar, dass sie mit hinreichender Sicherheit noch zu erwarten sei. Hinsichtlich einer Wiederholungsfahrgefahr widerspreche sich die Klägerin, wenn sie einerseits die Feststellung der Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides für nötig halte, andererseits aber die neue Antragstellung gerade wegen des Bescheides unterlasse, auch wenn für sie ein Kostenrisiko bestehe. Mit der Steuerzahlung unter Vorbehalt an das Finanzamt Kiel sei die streitige Besteuerungsfrage nicht beantwortet; sie befreie die Klägerin nicht vom Vorwurf der Unzuverlässigkeit. Dieser gründe sich insbesondere darauf, dass die Klägerin in der Vergangenheit Lohnsteuer zu deren Entrichtung sie seit Beginn ihrer Tätigkeit in der AA verpflichtet gewesen wäre nicht abgeführt habe und ihre diesbezügliche Verpflichtung auch nach wie vor anzweifle. An dem Verfahren vor dem Sozialgericht Berlin sei sie nicht beteiligt. Das Gutachten des Direktors der Staatlichen Finanzinformationsstelle Polens beruhe auf der Angabe der Klägerin, sie trage die Verantwortung für die Arbeitsergebnisse der Leiharbeitnehmer; dies sei jedoch wie sich auch aus einem Erlass des Bundesfinanzministeriums vom 03.05.2018 ergebe, wonach der Entleiher grundsätzlich die wesentlichen Arbeitgeberfunktionen wahrnehme unzutreffend. Trotz Aufforderung durch den Senat habe die Klägerin im Übrigen nicht nachgewiesen, dass für die beiden Käufe in Polen SV-Beiträge entrichtet worden seien; dies werde auch durch die allgemeine Bescheinigung der ZUS, dass keine Beitragsrückstände beständen, nicht belegt.

Â

Der Senat hat versucht, die beiden seinerzeit als Koch in Deutschland tätigen Herren H. und T. ausfindig zu machen. Herr H. war mittlerweile von Amts wegen nach unbekannt abgemeldet worden. Für Herrn T. war eine Anschrift in Hille/Nordrhein-Westfalen registriert; die Ladung als Zeuge zu einem Erörterungstermin am 05.07.2023 war unter dieser Anschrift jedoch nicht möglich. Ein Erörterungstermin wurde im Anschluss daran nicht durchgeführt. Im Verfahren vor dem Sozialgericht Berlin S 91 BA 63/20 sind beide Käufe im März 2021 mangels Zustellbarkeit an eine bekannte Anschrift durch öffentliche Zustellung

beigeladen worden. Der Senat hat der Klägerin Kopien der Vernehmungsprotokolle für beide Kassen des Hauptzollamts Bielefeld übersandt und mitgeteilt, es sei nunmehr beabsichtigt, diese Protokolle im Wege des Urkundenbeweises zu verwerten, sofern angesichts des Inhalts der Protokolle noch Interesse an einer gerichtlichen Entscheidung bestehe. Die Klägerin trägt im Anschluss daran weiter vor, die Protokolle betreffen den früheren deutschen Arbeitgeber der Kasse W. C. und nicht sie. Sie sei am Verfahren des Hauptzollamtes Bielefeld nicht beteiligt gewesen; dennoch habe die Beklagte dieses Verfahren zur Begründung ihrer Entscheidung herangezogen, wofür es keine Rechtsgrundlage gebe. Ihr sei insoweit kein rechtliches Gehör gewährt worden, und sie habe auch keine Einsicht in die Akten des Hauptzollamtes gehabt.

Ä

Beide Beteiligten haben sich abschließend mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung einverstanden erklärt.

Ä

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie der beigezogenen Vorgänge (Verwaltungsakte der Beklagten, Steuerakte des Finanzamts Kiel, vom Sozialgericht gefertigte Kopien aus Gerichtsakte und Verwaltungsvorgängen zum Verfahren der Klägerin gegen die DRV vor dem Sozialgericht Berlin SÄ 91 BA 63/20) Bezug genommen. Der Inhalt liegt der vorliegenden Entscheidung zugrunde.

Ä

Ä

Entscheidungsgründe:

Ä

A. Der Senat kann ohne mündliche Verhandlung über die Berufung der Klägerin entscheiden, weil die Beteiligten sich mit dieser Vorgehensweise einverstanden erklärt haben ([ÄSÄ 124 Abs. 2 SGG](#)).

Ä

B. Die zulässige Berufung der Klägerin ist unbegründet.

Ä

Das Sozialgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Die Beklagte hat es mit Bescheid vom 21.01.2020 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 24.07.2020 zu Recht abgelehnt, die zuletzt bis zum 27.01.2020 erteilte AA-Erlaubnis für ein weiteres Jahr zu verlängern.

Â

I. Dabei lässt der Senat dahinstehen, ob die Klage (entgegen der Ansicht des Sozialgerichts) als sog. Fortsetzungsfeststellungsklage zulässig ist.

Â

1. Der Bescheid vom 21.01.2020 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 24.07.2020 versagte die Fortsetzung der bis zum 27.01.2020 reichenden AÅ-Erlaubnis der Klägerin für die Folgezeit, also ab dem 28.01.2020. Da eine Erlaubnis zur AÅ auf ein Jahr befristet wird ([Â§ 2 Abs. 4 Satz 1](#) und 3 AÅG), hätte die Erlaubnis nur bis zum 27.01.2021 verlängert werden können. Eine (von diesem Regelfall abweichende) unbefristete Verlängerung ([Â§ 2 Abs. 5 AÅG](#)) kam schon deshalb nicht in Betracht, weil die Klägerin am 22.10.2019 ausdrücklich eine unbefristete Verlängerung der AÅ-Erlaubnis beantragt hat.

Â

Die von der Klägerin angefochtene Versagung hatte sich deshalb mit Ablauf des 27.01.2021 durch Zeitablauf erledigt ([Â§ 39 Abs. 2 SGB X](#)). Die Klägerin hätte anschließend allenfalls eine Neuerteilung einer AÅ-Erlaubnis beantragen können; eine Verlängerung der bisherigen Erlaubnis kam indes nicht mehr in Betracht. Mit dieser Erledigung der Versagung war der von der Klägerin erhobene Anfechtungsklage ab dem 28.01.2021 die Grundlage entzogen.

Â

2. Ob deshalb die bisherige Anfechtungsklage als sog. Fortsetzungsfeststellungsklage fortgeführt werden kann und die Klägerin insbesondere etwa weil eine sog. Wiederholungsgefahr besteht, d.h. eine hinreichend bestimmte konkrete Gefahr, dass die Beklagte wegen im Wesentlichen unveränderter tatsächlicher und rechtlicher Umstände bei neuerlicher Beantragung einer AÅ-Erlaubnis eine gleichartige Entscheidung treffen werde (vgl. dazu Keller in Meyer-Ladewig, SGG, 13. Aufl. 2020, [Â§ 131 Rn. 10b m.w.N.](#)) ist i.S.v. [Â§ 131 Abs. 1 Satz 3 SGG](#) ein berechtigtes Interesse an einer gerichtlichen Feststellung hat, ob der von ihr angefochtene (sich zwischenzeitlich erledigt habende) Verwaltungsakt rechtswidrig ist, kann schon deshalb offenbleiben, weil der angefochtene Bescheid vom 21.01.2020 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 24.07.2020 rechtmäßig ist.

Â

II. Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist jedenfalls unbegründet. Die von der Klägerin begehrte Feststellung kann auch im Falle der Zulässigkeit der Fortsetzungsfeststellungsklage nicht getroffen werden. Denn der Bescheid vom 21.01.2020 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 24.07.2020 lehnte zu Recht eine Verlängerung der AÅ-Erlaubnis der Klägerin ab.

Â

1. Nach [Â§ 1 Abs. 1 AÃG](#) (Erlaubnispflicht) bedÃ¼rfen Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleihern) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen TÃtigkeit zur Arbeitsleistung Ã¼berlassen (ArbeitnehmerÃ¼berlassung) wollen, der Erlaubnis (Satz 1). Arbeitnehmer werden zur Arbeitsleistung Ã¼berlassen, wenn sie in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und seinen Weisungen unterliegen (Satz 2). Die Ã¼berlassung und das TÃtigwerdenlassen von Arbeitnehmern als Leiharbeitnehmer ist nur zulÃssig, soweit zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer ein ArbeitsverhÃltnis besteht (Satz 3). GemÃÃ [Â§ 2 Abs. 4 AÃG](#) ist die Erlaubnis auf ein Jahr zu befristen (Satz 1). Der Antrag auf VerlÃngerung der Erlaubnis ist spÃtestens drei Monate vor Ablauf des Jahres zu stellen (Satz 2). Die Erlaubnis verlÃngert sich um ein weiteres Jahr, wenn die Erlaubnisbehörde die VerlÃngerung nicht vor Ablauf des Jahres ablehnt (Satz 3). GemÃÃ [Â§ 3 Abs. 4 AÃG](#) erhalten StaatsangehÃ¶rige der Mitgliedstaaten der âEuropÃischen Wirtschaftsgemeinschaftâ (heute also der EuroÃischen Union) die Erlaubnis unter den gleichen Voraussetzungen wie deutsche StaatsangehÃ¶rige.

Â

2.a) Nach diesen Vorschriften kommt die KlÃgerin als StaatsangehÃ¶rige eines Mitgliedstaates der EuropÃischen Union (Polen) grundsÃtzlich fÃ¼r eine AÃ-Erlaubnis bzw. fÃ¼r die VerlÃngerung der ihr bis zum 27.01.2020 erteilten Erlaubnis in Betracht.

Â

b) Die KlÃgerin war auch als Verleiherin i.S.v. [Â§ 1 Abs. 1 Satz 1 AÃG](#) tÃtig.

Â

aa) Die KÃ¶che T. und H. waren nach ihren nachvollziehbaren Angaben gegenÃ¼ber dem Hauptzollamt Bielefeld am 25.05. bzw. 26.08.2018 durch Vermittlung der KlÃgerin im Restaurantbetrieb des Herrn W. C. als abhÃngig BeschÃftigte tÃtig, Herr T. etwa seit Ende Oktober 2016, Herr H. ab Anfang MÃrz 2017. Beide haben als Zeugen Ã¼bereinstimmend bekundet, dort nach einer bereits vorhandenen Speisekarte gekocht zu haben. Herr T. hat angegeben, dass die DienstplÃne ebenfalls vorgegeben gewesen seien, Herr H., dass die Ã¶ffnungszeiten vorbestimmt gewesen seien und Herr T. und er sich die Arbeitszeiten (in diesem Rahmen) frei eingeteilt hÃtten. Beide KÃ¶che waren dort nach ihren Angaben in einem Stundenumfang beschÃftigt, der auf eine VollzeitÃtigkeit fÃ¼r einen einzigen Arbeitgeber schlieÃen lÃsst (T.: monatlich zwischen 160 und 170 Stunden; H.: monatlich zwischen 160 und maximal 230 Stunden). Beide erhielten dafÃ¼r einen Stundenlohn von der KlÃgerin (10,00 â netto); Herr H. hat angegeben, erfahren zu haben, dass der Restaurantbetreiber 17,00â pro Stunde an die KlÃgerin habe zahlen mÃ¼ssen. Steuern und SozialversicherungsbeitrÃge in Polen seien durch die KlÃgerin entrichtet worden

(H.) bzw. hätten von ihr dort entrichtet werden sollen, was jedoch abredewidrig nicht geschehen sei (T.). Beide hätten 2017 einen Urlaub genommen, und beide hätten sich selbst als Angestellter des Herrn C. (H.) bzw. als „ganz normalen Arbeiter“ (T.) angesehen.

Ä

Beide Aussagen machen deutlich, dass die Kellner nicht selbstständig (als „Subunternehmer“) tätig waren, sondern als abhängig Beschäftigte (vgl. zur Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen Brand in ders., SGB III, 9. Auflage 2021, § 138 Rn. 11 f.). Sie konnten sich selbst keine betriebliche Ordnung auswählen, sondern waren ganz in die Betriebsorganisation des Restaurants eingebunden. Der Geschäftsablauf und die Geschäftsentscheidungen wurden maßgeblich vom Inhaber des Restaurants bestimmt, der damit auch das unternehmerische Risiko für das Restaurant trug (während die Kellnerin das unternehmerische Risiko eines Verleihers trug). Sie unterlagen dem Weisungsrecht des Herrn C.. Ihre Tätigkeit konnten sie allenfalls in puncto Aufteilung der vorgegebenen Arbeitszeiten untereinander absprechen, nicht jedoch grundsätzlich über Arbeitskraft, Arbeitsort und Arbeitszeit frei verfügen. Sie arbeiteten nicht auf eigenen Unternehmensgewinn hin, sondern gegen Stundenlohn.

Ä

bb) Die Angaben dieser beiden Kellner gegenüber dem Hauptzollamt erscheinen glaubwürdig. Die Vernehmungen erfolgten zu einem Zeitpunkt, als beide Zeugen nicht mehr für die Kellnerin tätig waren. Die Angaben beider decken sich im hier relevanten Aussagegehalt, obwohl die Vernehmungen getrennt und in zeitlichem Abstand voneinander durchgeführt wurden (25.05.2018 T., 22.06.2018 H.). Der Eindruck einer gegenseitigen Absprache, um der Kellnerin zu schaden, kommt weder punktuell noch im Gesamtzusammenhang auf; es ist vielmehr keinerlei unredliche Belastungstendenz erkennbar.

Ä

Zwar wollte die Kellnerin nach den Angaben des Herrn H. diesen von Anfang an als Subunternehmer einsetzen und dafür ein von diesem in Polen noch für ein zuvor von ihm selbstständig geführtes Restaurant angemeldetes Gewerbe heranziehen. Sie habe dann jedoch Stundenlohn an ihn gezahlt, ohne dass er eigene Rechnungen hätte erstellen müssen, habe in Polen Steuern und Sozialversicherungsabgaben und „alles“ für ihn organisiert. Herr H. begann seine Tätigkeit im Restaurant nach seinen Angaben Anfang März 2017. Etwa zu diesem Zeitpunkt (Anfang 2017) verlangte die Kellnerin nach der Aussage des schon seit Ende Oktober 2016 aufgrund eines „normalen“ Arbeitsvertrages dort tätigen Herrn T. von diesem, seinen Arbeitsvertrag nicht weiterzuführen und stattdessen in Polen ein Gewerbe anzumelden, um dann weiterhin in dem Restaurant zu arbeiten. Diese Gewerbebeantragung sei dann zum 01.04.2017 erfolgt. Sozialabgaben in Polen hätten von der Kellnerin (dennoch) weiter abgeführt

werden sollen; er habe aber später bemerkt, von der Klägerin darum betroffen worden zu sein. Für ihn habe sich nach dem 01.04.2017 nichts geändert. Er habe weiterhin von der Klägerin je nach geleisteten Stunden Geld erhalten. Er habe keine Rechnungen schreiben müssen; das habe alles die Klägerin direkt mit dem Restaurantinhaber erledigt.

Ä

cc) Gleichviel, wie die polnischen oder deutschen Verträge zwischen der Klägerin und den beiden Kassen gestaltet gewesen sein mögen, zeigt dies allein, dass die Klägerin die Kasse als Scheinselbständige eingesetzt, sie tatsächlich aber abhängig beschäftigt hat. Ob sie dies aus unlauteren Absichten (etwa zum Ersparen von SV-Beiträgen oder Lohnsteuern) tat oder aus irrlichen Ansichten zum deutschen Recht, kann der Senat letztlich offenlassen.

Ä

dd) Ohne Bedeutung ist auch, dass das Hauptzollamt Bielefeld das dortige Verfahren zunächst gegen den Betreiber des Restaurants geführt haben mag. Hierauf deutet hin, dass sein Name aus einem der beiden aus der Akte der DRV entnommenen Vernehmungsprotokolle als Beschuldigter in einem Strafverfahren ersichtlich ist; später allerdings ergibt sich aus dem Abschlussbericht des Hauptzollamtes an die Staatsanwaltschaft Bielefeld, dass nunmehr die Klägerin als Beschuldigte eines Ermittlungsverfahrens benannt wurde.

Ä

Den Ausgang oder Stand dieses Verfahrens muss der Senat nicht klären; insbesondere kann offenbleiben, ob mit Rücksicht auf das Verfahren gegen die DRV das Ermittlungs- oder Strafverfahren ruht, oder ob es aus anderen Gründen eingestellt wurde. Ebenfalls kann offenbleiben, ob die Klägerin von jenem Verfahren wie sie vorträgt nicht einmal Kenntnis erhalten hat.

Ä

ee) Denn jedenfalls kann der Senat die beiden Zeugenaussagen T. und H. vor dem Hauptzollamt Bielefeld vom 25.05. bzw. 22.06.2018 verwerten. Möglich ist dies (allein) durch Heranziehung der Vernehmungsprotokolle im Wege des Urkundenbeweises. Eine ergänzende Vernehmung beider Zeugen konnte nicht stattfinden, da deren jetziger Aufenthalt nicht ausfindig gemacht werden konnte; schon im Verfahren gegen die DRV konnten beide nur im Wege öffentlicher Zustellung (im März 2021) beigeladen werden. Beide Vernehmen sind ausweislich der Protokolle des Hauptzollamtes über ihre Wahrheitspflicht sowie über eine ggf. eintretende Strafbarkeit nach [§§ 164, 258](#) oder [257 StGB](#) bei falschen Angaben informiert worden. Die Vernehmungsprotokolle verschaffen dem Senat deshalb eine ausreichende Beurteilungsgrundlage für das vorliegende Verfahren.

Â

Die KlÃ¤gerin kann auch nicht damit gehÃ¶rt werden, ihr sei insoweit kein rechtliches GehÃ¶r gewÃ¤hrt worden. Der Senat hat ihr eigens die hinsichtlich der Aussagen ungeschwÃ¤rzten Vernehmungsprotokolle Ã¼bersandt, und die KlÃ¤gerin hat hierzu auch tatsÃ¤chlich Stellung genommen.

Â

2. Die KlÃ¤gerin erfÃ¼llte ab dem 28.01.2020 gleichwohl nicht die Voraussetzungen, die fÃ¼r eine VerlÃ¤ngerung der ihr bis zum 27.01.2020 bestandskrÃ¤ftig erteilten Erlaubnis hÃ¤tten erfÃ¼llt sein mÃ¼ssen.

Â

Nach [Â§ 3 Abs. 1 Nr. 1 AÃ¶G](#) ist die Erlaubnis oder ihre VerlÃ¤ngerung zu versagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die fÃ¼r die AusÃ¼bung der TÃtigkeit nach [Â§ 1 AÃ¶G](#) erforderliche ZuverlÃssigkeit nicht besitzt, insbesondere weil er die Vorschriften des Sozialversicherungsrechts, Ã¼ber die Einbehaltung und AbfÃ¼hrung der Lohnsteuer, Ã¼ber die Arbeitsvermittlung, Ã¼ber die Anwerbung im Ausland oder Ã¼ber die AuslÃnderbeschÃftigung, Ã¼ber die Ã¼berlassungshÃchstsdauer nach [Â§ 1 Abs. 1b AÃ¶G](#), die Vorschriften des Arbeitsschutzrechts oder die arbeitsrechtlichen Pflichten nicht einhÃlt.

Â

a) Der Senat kann die zwischen den Beteiligten streitige Frage offenlassen, ob die KlÃ¤gerin die Vorschriften Ã¼ber die Einbehaltung und AbfÃ¼hrung der Lohnsteuer eingehalten hat, oder ob jedenfalls die nachtrÃgliche Entrichtung von Lohnsteuer an das Finanzamt Kiel unter Vorbehalt am 21.08.2019 diese Voraussetzung als erfÃ¼llt unterstellen lÃsst. Insbesondere muss der Senat nicht klÃren, ob die KlÃ¤gerin Ã¤uÃerung des Direktors der polnischen staatlichen Finanzinformationsstelle vertretenen Ansicht Ã¤uÃerung in Polen Lohnsteuer entrichten musste, oder ob dies Ã¤uÃerung entsprechend dem von der Beklagten unter Hinweis auf einen Erlass des Bundesfinanzministeriums eingenommenen Standpunkt Ã¤uÃerung in Deutschland zu erfolgen hatte. Der KlÃ¤gerin steht es indes frei zu prÃfen, ob sie vom Finanzamt Kiel eine RÃckzahlung der unter Vorbehalt (und ohnehin nur fÃ¼r andere Arbeitnehmer als die KÃche H. und T.) gezahlten Lohnsteuer fordern und im Falle einer Ablehnung diese einer finanzgerichtlichen PrÃfung zufÃhren will.

Â

Ebenso kann fÃ¼r das vorliegende Verfahren offenbleiben, ob die KlÃ¤gerin fÃ¼r die TÃtigkeit der KÃche H. und T. in Deutschland SV-BeitrÃge zu entrichten hatte bzw. noch zu entrichten hat. Diese Frage wird derzeit nach Angaben der KlÃ¤gerin im Berufungsverfahren gegen die DRV vor dem Landessozialgericht

Berlin-Brandenburg LÂ 9 BA 11/23 gerichtlich geklärt. Auch die Frage, ob eine Entrichtung in Polen an die ZUS für die beiden Kläger tatsächlich stattgefunden hat (aus der Unbedenklichkeitsbescheinigung der ZUS geht nicht hervor, für welche konkreten Arbeitnehmer die Klägerin dort Beitr ge entrichtet hat), kann für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens dahinstehen.

 

b) Denn die erforderliche Zuverl ssigkeit der Klägerin für eine T tigkeit in der A  lässt sich schon aus anderen Gründen nicht feststellen.

 

aa) Der Begriff der Unzuverlässigkeit ist ein unbestimmter, gerichtlich voll überprüfbarer Rechtsbegriff. Die Tatbestände, die [  3 Abs. 1 Nr. 1 A G](#) für eine Unzuverlässigkeit anfhrt, sind lediglich Regelbeispiele (H pfer in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 10. Auflage 2022, [  3 A G](#) Rn. 8 m.w.N.). Aus dem Gesetzeswortlaut ( insbesondere ) folgt vielmehr, dass es sich nicht um einen abschließenden Katalog von Unzuverl ssigkeits-Tatbeständen handelt. Unzuverlässigkeit kann sich vielmehr auch aus anderen Umständen ergeben (a.a.O. Rn. 14). Maßgeblich ist, ob im Einzelfall aufgrund der Schwere des jeweiligen Verstoßes eine Unzuverlässigkeit des Antragstellers angenommen werden kann (a.a.O. Rn. 15).

 

Dabei ist die Erlaubnisbehörde nicht verpflichtet, den Sachverhalt vor ihrer Entscheidung vollständig aufzuklären oder das Vorliegen eines Versagungsgrundes zu beweisen. Vielmehr genügt der Nachweis von Tatsachen, aus denen mit hinreichender Sicherheit auf das Vorliegen von Versagungsgr nden geschlossen werden kann. Maßgeblich ist dabei der Zeitpunkt, in dem die Entscheidung der Erlaubnisbehörde ergeht. In diesem Zeitpunkt ist eine Prognose darüber anzustellen, ob der Antragsteller unter Berücksichtigung seines bisherigen Verhaltens auch in Zukunft die Pflichten des [  3 Abs. 1 A G](#) beachten wird (a.a.O. Rn. 6 m.w.N.); bei länger zurückliegendem Fehlverhalten des Antragstellers nimmt die Bedeutung dieses Verhaltens für die Zuverl ssigkeitsprognose mit wachsendem zeitlichen Abstand ab (a.a.O. Rn. 14).

 

bb) Nach Ansicht des Senats begründet sich eine fehlende Zuverl ssigkeit auch darin, wenn der Verleiher seine nicht (allein) gegenüber den Arbeitnehmern, sondern auch gegenüber dem Entleiher eingegangenen Verpflichtungen unzureichend erfüllt oder sie gar konterkariert. Auch dann ist   außerhalb der Regelbeispiele des [  3 Abs. 1 Nr. 1 A G](#)   eine Versagung der Erlaubnis bzw. der Verlängerung einer Erlaubnis begründet. Bei der Erlaubnispflicht zur A  handelt es sich um ein pr ventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt (Henssler, a.a.O. Rn. 2). Auf diese Weise soll sichergestellt werden, dass derjenige, der eine

Erlaubnis beantragt, seine Pflichten als Verleiher auch erfüllt. Nach [Â§Â 1 Abs. 1 Satz 2 AÃG](#) werden Arbeitnehmer âzur Arbeitsleistungâ Ã¼berlassen (Hs.Â 1); dazu mÃ¼ssen sie in die Arbeitsorganisation des Entleihers einÃgliedert sein und dessen Weisungen unterliegen (Hs.Â 2). Auch wenn das AÃG den arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Schutz der Ã¼berlassenen Arbeitnehmer sicherstellen soll (a.a.O., Â§ 1 Rn. 1), ist â schon wegen mÃglicher negativer RÃ¼ckwirkungen auf die Interessen der beim Entleiher tÃtigen Leiharbeiter â eine UnzuverlÃssigkeit etwa dann anzunehmen, wenn der Verleiher ganz oder teil- bzw. zeitweise die Leiharbeiter dazu auffordert, gerade keine bzw. nur eine unzureichende Arbeitsleistung fÃ¼r den Entleiher zu erbringen und damit dessen Arbeitsorganisation bewusst zu sabotieren.

Â

FÃ¼r ein solches konterkarierendes Verhalten der KlÃgerin bestanden im Zeitpunkt der von der Beklagten zu treffenden ZuverlÃssigkeitsprognose hinreichende und gewichtige tatsÃchliche Anhaltspunkte, welche die zwischen den Beteiligten streitige Versagung der VerlÃngerung der AÃ-Erlaubnis rechtfertigten. Im Ãbrigen gibt es solche Anhaltspunkte auch hinsichtlich einer Verletzung von schÃtzenswerten Interessen der beiden KÃche T. und H..

Â

(a) Allerdings reicht hierfÃ¼r eine telefonische Mitteilung vom 26.02.2016 eines ehemaligen Mitarbeiters der KlÃgerin aus Polen nicht aus. Dieser hatte der Beklagten gemeldet, er habe Kenntnis von einer anstehenden BetriebsprÃ¼fung und wolle darauf hinweisen, dass von der KlÃgerin im Antragsverfahren vorgelegte Vertragsmuster bei der Ã¼berlassung der Leiharbeiter nach Deutschland nicht genutzt wÃ¼rden, so dass SV-BeitrÃge nicht oder nicht in ausreichender HÃhe geleistet wÃ¼rden. Gelebt wÃ¼rden ausschlieÃlich die polnischen BeitrÃge. Die KlÃgerin rechne im Ãbrigen mit dem Widerruf der bestehenden Erlaubnis, wolle aber weiterhin ArbeitnehmerÃ¼berlassung betreiben und plane, Ã¼ber ihren Sohn eine Erlaubnis zu erlangen. Die Beklagte ist â soweit aus ihrem Verwaltungsvorgang ersichtlich â diesem Hinweis nicht weiter nachgegangen; ob er ganz oder teilweise zutrifft, kann deshalb vom Senat von vornherein nicht beurteilt werden. Auf die Frage, ob die geschilderten UmstÃnde bei der von der Beklagten Anfang 2020 zu treffenden Prognose noch hinreichende AktualitÃt besÃen, kommt es deshalb nicht an.

Â

(b) Eine ZuverlÃssigkeit der KlÃgerin zum Prognosezeitpunkt Anfang des Jahres 2020 lÃsst sich jedoch wegen der Zeugenaussagen nicht feststellen, welche die beiden in Deutschland tÃtigen, von der KlÃgerin hierher vermittelten KÃche T. und H. am 25.05.2018 bzw. am 22.06.2018 bei ihrer Vernehmung als Zeugen durch das Hauptzollamt Bielefeld gemacht machen.

Â

Aus den Angaben der beiden Zeugen vor dem Hauptzollamt folgt, dass eine Zuverlässigkeit der Klägerin i.S.v. [Â§ 3 Abs. 1 Nr. 1 AÃG](#) nicht feststellbar ist.

Â

(aa) Bereits das Ansinnen der Klägerin, die beiden KÃche als ScheinselbstÃndige statt als abhÃngig BeschÃftigte tÃtig werden zu lassen, begrÃndet eine UnzuverlÃssigkeit. Zumindest im Fall des Kochs T. fÃhrte dies nach dessen Angaben zudem dazu, dass abredewidrig keine SV-BeitrÃge abgefÃhrt wurden (ob diese ohnehin statt in Polen in Deutschland hÃtten abgefÃhrt werden mÃssen â was sie ersichtlich nicht wurden â, ist im Verfahren der KlÃgerin gegen die DRV zu klÃren). Beide KÃche gaben darÃber hinaus an, wÃhrend ihres Urlaubs kein Entgelt erhalten zu haben; zumindest den Angaben des Herrn T. ist zu entnehmen, dass dies eigentlich âhÃtte passieren mÃssenâ. Dem Koch H. wurde zunÃchst der Lohn fÃr Dezember 2017 vorenthalten. Die KlÃgerin wollte ihn auf diese Weise zwingen, eine neue Stelle in Berlin anzutreten, statt weiterhin im Restaurant des Herrn C. tÃtig zu sein. Erst nach Unterschreiben eines neuen Vertrages fÃr eine Stelle in Berlin (die er dann aber nicht angeÃtreten hat) wurde ihm der zustehende Lohn ausgezahlt.

Â

(bb) Schwer wiegt zudem, dass die KlÃgerin versucht hat, die beiden KÃche in der WeihÃnachtszeit 2017 â in der das Restaurant, wie allgemein Ãblich, besonders gut gebucht war â zum Verweigern der Arbeitsleistung zu veranlassen. Sie wollte so den Betreiber des Restaurants unter Druck setzen und letztlich eine ErhÃhung der von den KÃchen zu leistenden Arbeitsstunden erreichen, welche aber im DauerÃbetrieb des Restaurants nicht anfielen. Denn die KlÃgerin rechnete (vgl. die Angaben des Zeugen H. zu den Netto-StundenlÃhnen im Vergleich zu dem vom Inhaber an die KlÃgerin zu zahlenden Stundenlohn) mit dem Betreiber nach der Anzahl der von den KÃchen geleisteten Stunden ab und hatte daher ein eigenes wirtschaftliches Interesse an mÃglichst hohen Stundenzahlen. Ein solches Unterdrucksetzen des Entleihers durch den Verleiher (das zudem auch die Leiharbeitnehmer im VerhÃltnis zu Ersterem zumindest in eine unangenehme Situation bringt) begrÃndet die UnzuverlÃssigkeit des Verleihers zur AÃ.

Â

c) Diese Geschehnisse â im Wesentlichen im Laufe und zum Ende des Jahres 2017 â waren im Zeitpunkt der von der Beklagten zu treffenden ZuverlÃssigkeitsprognose Anfang 2020 nicht etwa schon so lange her, dass darauf nicht mehr abgestellt werden kÃnnte. Denn zum einen zeugt das Unterdrucksetzen des Entleihers im Dezember 2017 â als denkbar unakzeptables Gebaren â von einer tiefÃgreifenden FehlÃvorstellung der KlÃgerin davon, was in der (von den jeweiligen nationalen BehÃrden naturgemÃÃ schwerer zu Ãberwachenden) transnationalen AÃ ein hinnehmbares geschÃftliches Verhalten sei. Der Senat geht davon aus, dass es sich bei dieser Fehlvorstellung der KlÃgerin nicht um einen kurzfristigen Verlust des Redlichkeitsempfindens handelt,

welcher von ihr alsbald als inakzeptabel erkannt und bedauert worden wäre. Entsprechendes gilt für das Vorenthalten von Lohn für Urlaubszeiten oder bis zur Unterschrift unter einen von der Klägerin gewünschten neuen Arbeitsvertrag für eine Tätigkeit an einem anderen Ort. Zum anderen hält die Klägerin selbst aktuell an Rechtsstandpunkten fest, die eine redliche Tätigkeit der AA ausschließen, wenn sie die beiden Klage nach wie vor nur als selbstständige Subunternehmer betrachten will.

Ä

3. Was im Falle eines etwa künftigen Neuantrags der Klägerin auf Erlaubnis zur AA angesichts des dann weiteren zeitlichen Abstands anzunehmen wäre, muss der Senat nicht klären. Jedenfalls im Zeitpunkt der Prognoseentscheidung der Beklagten Anfang bzw. Mitte 2020 stand fest, dass die Klägerin die zur AA notwendige Zuverlässigkeit nicht besaß. Zusammenfassend hat deshalb die Beklagte die Verlängerung der bis zum 27.01.2020 bestehenden Erlaubnis für ein weiteres Jahr zu Recht abgelehnt; ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse an einer Rechtswidrigkeit dieser Ablehnung kann deshalb von vornherein nicht bestehen.

Ä

C. Die Kostenentscheidung beruht auf [Â§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i.V.m. Â§ 154 Abs. 2 VwGO.

Ä

D. Gründe für eine Zulassung der Revision ([Â§ 160 Abs. 2 SGG](#)) bestehen nicht.

Ä

E. Die Festsetzung des Streitwertes auf 5.000,00 € beruht auf 197a Abs. 1 Satz 1 SGG i.V.m. Â§ 63 Abs. 2 Satz 1, Â§ 52 Abs. 2 und 3 und Â§ 47 Abs. 1 Satz 1 GKBerlin. Der Sach- und Streitstand bietet für die Bestimmung des Streitwerts keine genügenden Anhaltspunkte, so dass der sog. Auffangstreitwert von 5.000,00 € anzunehmen ist.

Erstellt am: 16.02.2024

Zuletzt verändert am: 23.12.2024