L 2 U 136/07

Land
Rheinland-Pfalz
Sozialgericht
LSG Rheinland-Pfalz
Sachgebiet
Sonstige Angelegenheiten

Abteilung

2

1. Instanz

SG Mainz (RPF)

Aktenzeichen

S 5 U 166/02

Datum

30.11.2006

2. Instanz

LSG Rheinland-Pfalz

Aktenzeichen

L 2 U 136/07

Datum

10.08.2009

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Leitsätze

1. Die aufgrund des deutsch-polnischen Sozialversicherungsabkommens ("Abkommen zwischen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Volksrepublik Polen über die Sozialversicherung von Arbeitnehmern, die in das Gebiet des anderen Staates vorübergehend entsandt werden") vom 25.4.1973 erteilte D/PL 101- Bescheinigung entfaltet im Falle einer offensichtlichen Unrichtigkeit für deutsche Behörden und deutsche Gerichte keine Bindungswirkung und führt nicht zu einer Befreiung von der inländischen Sozialversicherungspflicht.

2. Die Voraussetzungen einer Entsendung sind im deutsch-polnischen Sozialversicherungsabkommen nicht abweichend vom deutschen Entsendebegriff definiert.

3. Die Frage der Sozialversicherungspflicht bzw. das Vorliegen einer Einstrahlung richtet sich daher nach den §§ 3 ff SGB IV und den dazu entwickelten Grundsätzen.

1. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Mainz vom 30.11.2006 wird zurückgewiesen.

2. Die Klägerin trägt auch die Kosten des Berufungsverfahrens.

3. Der Streitwert wird auf 42.108,97 Euro festgesetzt.

4. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist die Versicherungspflicht der Klägerin sowie deren Heranziehung zur Zahlung von Beiträgen und Beitragsvorschüssen zur gesetzlichen Unfallversicherung für die von ihr in der Bundesrepublik Deutschland beschäftigten Arbeitnehmer in den Jahren 2003 und 2004.

Die Klägerin, die in der Bundesrepublik Deutschland keine selbständige Zweigniederlassung unterhält, betreibt im Stammwerk in S eine Schlachtereier und ein Fleischverarbeitungsunternehmen. Zu ihrem Tätigkeitsbereich gehört die Vermittlung ausschließlich polnischer Arbeitnehmer aus dem Fleischerhandwerk an deutsche Schlachtereier und Fleischverarbeitungsunternehmen.

Nach Eingang der Gewerbeanmeldung vom 12.1.1999 leitete der Prüfdienst der Beklagten Ermittlungen zur Geschäftstätigkeit der Klägerin ein. Im Bericht vom Mai 2005 wurde festgestellt, dass die Klägerin bei deutschen Firmen auf der Grundlage des Abkommens zwischen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Volksrepublik Polen über die Sozialversicherung von Arbeitnehmer, die in das Gebiet des anderen Staates vorübergehend entsandt werden vom 25.4.1973 (deutsch-polnisches Sozialversicherungs- bzw Entsendeabkommen; BGBl 1974 Teil II, Seite 926) und der Vereinbarung zwischen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Regierung der Republik Polen über die Entsendung von Arbeitnehmern polnischer Unternehmen zur Ausführung von Werkverträgen vom 31.1.1990 (deutsch-polnisches Werkvertragsabkommen, BGBl 1990 Teil I, Seite 602) polnische Arbeitnehmer aufgrund kontingentierter Werkverträge in der Bundesrepublik Deutschland für wechselnde Einsatzorte befristet für die Dauer von maximal 24 Monaten eingesetzt hatte.

Die Klägerin hatte nach dem Ergebnis der Ermittlungen der Beklagten Werkverträge mit der Fa. V in L (zunächst 8 Arbeitnehmer), mit der Fa. Z in V (zunächst 8 Arbeitnehmer) und mit der Fa. H in V (zunächst 15 Arbeitnehmer) geschlossen. Nach der Darstellung im Prüfbericht erteilte der Inhaber der klägerischen Firma R J (R.J.) die Auskunft, dass bei der Fa. V Personal aus dem Stammwerk eingesetzt werde, während bei den anderen Firmen Personen für den ausschließlichen Einsatz in der Bundesrepublik beschäftigt würden. Es gebe nicht so

viele Aufträge, um alle Arbeitnehmer vor und nach dem Auslandseinsatz zu beschäftigen.

Nach den weiteren Feststellungen des Prüfdienstes unterhielt die Klägerin in Polen zunächst eine Produktionsstätte mit 23 Arbeitnehmern.

Aus einer von der Klägerin vorgelegten Aufstellung der Beschäftigtenzahlen vom März 2004 und ihren Angaben vom Juli und August 2004 ergab sich Folgendes: In dem Jahr 2000 wurden 50 Arbeitnehmer (AN) insgesamt beschäftigt, davon 16-17 in Deutschland. Im Jahr 2001 wurden 52 AN insgesamt beschäftigt, davon 15-19 in Deutschland. Im Jahr 2002 stieg die Zahl der AN auf 79, während nur 28 in Deutschland arbeiteten. Im März 2003 waren es dann 86 AN insgesamt und im Frühjahr 2004 stieg die Gesamtzahl der AN auf 119 an. Die Klägerin gab hierzu an, dass sie im Stammwerk in S durchgängig 50 Arbeitnehmer beschäftigen könne, hinzu kämen noch weitere Arbeitsplätze in anderen Betriebsteilen. Nachweise über jene Betriebsteile legte die Klägerin nicht vor.

Von der zuständigen polnischen Sozialversicherungsbehörde, der Zakład Ubezpieczeń Społecznych (ZUS), wurden aufgrund des deutsch-polnischen Entsendeabkommens D/PL 101 Bescheinigungen ausgestellt, wonach die Arbeitnehmer ausschließlich der polnischen Sozialversicherungsrecht unterfielen.

Mit Bescheid vom 15.5.2002 stellte die Beklagte ihre Zuständigkeit als Unfallversicherungsträger für das klägerische Unternehmen ab dem 2.1.2000 fest und veranlagte die Klägerin nach dem bis zum 31.12.2000 geltenden Gefahrtarif zum Gewerbebezirk "Ausbeinerie/Zerlegerei" und zur Gefahrklasse 23,0 und für die Zeit ab dem 1.1.2001 zur Gefahrklasse 17,8.

Mit weiteren Bescheiden vom gleichen Tag zog die Beklagte die Klägerin zu Beiträgen für die Jahre 2000 (24.601 Euro) und 2001 (20.705,51 Euro) sowie zu einer Vorschusszahlung für die im Jahr 2002 anfallenden Beiträge zur gesetzlichen Unfallversicherung (11.000 Euro) heran. Nachdem die Klägerin keine Zahlungen leistete, setzte die Beklagte Säumniszuschläge fest. Aus diesen Bescheiden betrieb sie die Zwangsvollstreckung.

Die gegen die Bescheide vom 15.5.2002 erhobenen Widersprüche der Klägerin wurden mit Widerspruchsbescheid vom 25.7.2002 zurückgewiesen. Zur Begründung führte die Beklagte aus, eine Ausnahme zu dem in § 3 Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) normierten Territorialitätsprinzip, eine Entsendung nach § 5 Abs 1 SGB IV (Einstrahlung), liege lediglich in dem Auftragsverhältnis zu der Firma Vosding vor. Diese Firma setze Personal ein, welches in einer festen Bindung zum Stammwerk in Polen stehe. Im Hinblick auf die übrigen Firmen liege jedoch keine Entsendung vor. Es fehle an dem hierfür typischen Merkmal der fortdauernden Integration in das Arbeitsleben des Heimatlandes während des vorübergehenden Auslandsaufenthalts. Denn die Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmer nach der Rückkehr nach Polen sei nicht gewährleistet. Es müsse jedoch rechtlich und tatsächlich eine Weiterbeschäftigung beim Arbeitgeber im Entsendeland möglich sein. Vorliegend sei bereits aufgrund der geringen Betriebsgröße, die sich aus einem Vergleich der Beschäftigung der Zahl der Arbeiter in Polen und in Deutschland ergebe, eine Weiterbeschäftigung praktisch nicht durchführbar.

Hiergegen hat die Klägerin am 9.8.2002 Klage zum SG Mainz erhoben ([S 5 U 166/02](#)).

Die Beklagte hat während des Klageverfahrens am 1.6.2004 Beitragsbescheide für die Jahre 2002 (21.229,38 Euro), 2003 (23.041,97 Euro) und 2004 (19.047 Euro) erlassen und den dagegen erhobenen Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 24.8.2004 als unbegründet zurückgewiesen. Hiergegen hat die Klägerin ebenfalls Klage erhoben ([S 5 U 192/04](#)).

Durch Beschluss vom 18.3.2005 hat das SG die am 21.9.2004 erhobene Klage zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung mit dem Verfahren [S 5 U 166/02](#) verbunden.

Die Klägerin hat geltend gemacht, die Beklagte habe zu Unrecht ihre Versicherungs und Beitragspflicht angenommen. Für die Dauer ihrer befristeten Beschäftigung in der Bundesrepublik bleibe das Arbeitsverhältnis der polnischen Arbeiter mit dem polnischen Stammwerk bestehen, so dass keine Versicherungspflicht zur deutschen gesetzlichen Unfallversicherung bestehe. Nach Ablauf der Beschäftigung in der Bundesrepublik bestehe für diese Arbeitnehmer die Möglichkeit, die Tätigkeit in Polen fortzusetzen. Hiervon machten jedoch die meisten keinen Gebrauch und kündigten das Arbeitsverhältnis. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach dem Ende der Entsendezeit gehe nicht von ihr aus, sondern von den Arbeitern selbst, die nicht bereit seien, zu dem in Polen üblichen Lohn zu arbeiten. Die D/PL 101 Bescheinigungen hätten konstitutive Wirkung. Ein sachlicher Grund zur Differenzierung zwischen einer konstitutiv wirkenden "E 101-Bescheinigung" im Bereich der Europäischen Union (EU) und der "D/PL 101 Bescheinigung" sei nicht zu erkennen.

Die Klägerin hat die Zustimmungsbescheide des zuständigen LAA Nordrhein-Westfalen, Listen der beschäftigten Arbeitnehmer, die jeweils aufgrund des deutsch-polnischen Sozialversicherungsabkommens ausgestellten Bescheinigungen (D/PL 101-Bescheinigungen) über die Geltung der polnischen Rechtsvorschriften bei Beschäftigung in Deutschland und beispielhaft einige mit den in Deutschland eingesetzten Arbeitern geschlossenen Arbeitsverträge und Entsendevereinbarungen zu den Akten gereicht.

Die Beklagte hat darauf verwiesen, dass trotz vorgelegter Arbeitsverträge die faktisch lediglich bestehende Option einer Weiterbeschäftigung nicht ausreichend sei, um eine Entsendung anzunehmen. Ihrer Auffassung nach hätten D/PL 101 Bescheinigungen keine konstitutive Wirkung.

Das SG hat durch Urteil vom 30.11.2006 die Beitragsbescheide für die Jahre 2000, 2001 und 2002 sowie den Beitragsvorschussbescheid für 2002 aufgehoben und im Übrigen die Klage abgewiesen. Die Voraussetzungen der Entscheidung seien für die Jahre 2000 bis 2002 zur Überzeugung der Kammer nachgewiesen. Nach den §§ 5, 6 SGB VI in Verbindung mit Art 4 Abs. 1 des deutsch-polnischen Entsendeabkommens unterständen entsendete Arbeitnehmer für die Dauer von 24 Monaten, beginnend mit der Ankunft im Gebiet des Beschäftigungsstaates, den Rechtsvorschriften des entsendenden Staates, als wären sie in dessen Gebiet beschäftigt. Nach Art. 1 Abs. 3 des Abkommens sei entsandter Arbeitnehmer ein solcher, der für seinen Arbeitgeber in dem Gebiet der anderen Vertragspartei vorübergehend tätig sei und von diesem Arbeitgeber entlohnt werde. Die Formulierung "vorübergehend" in Art. 1 Abs 3 des Abkommens mache dabei deutlich, dass von einem zumindest auf gewisse Dauer angelegten Beschäftigungsverhältnis auszugehen sei, das lediglich zeitweise eine Änderung dahingehend erfahre, dass die Arbeitsleistung außerhalb des Entsendestaates zu erbringen sei. Damit sei grundsätzlich eine Beschäftigung vor und nach der Entsendung bei dem entsendenden Arbeitgeber zu fordern. Die Beschäftigung bei einem

anderen Arbeitgeber als dem Entsendenden reiche nicht aus, was in der Formulierung "seinem Arbeitgeber" zum Ausdruck gebracht werde. Für die Zeit bis 2002 gehe die Kammer unter Berücksichtigung der Angaben der Klägerin und der vorgelegten Bescheinigungen davon aus, dass sie in Polen eine ausreichende Zahl von geeigneten Arbeitsplätzen im Fleischereibereich zur Verfügung gehabt habe, auf denen die rückkehrenden Arbeitnehmer ihrem unbefristeten Arbeitsvertrag entsprechend tatsächlich weiter hätten beschäftigt werden können. Diese Weiterbeschäftigung sei in einer nicht unerheblichen Zahl von Fällen erfolgt. Die Beklagte gehe selbst davon aus, dass die bei der Firma V eingesetzten Arbeitnehmer nach ihrer Rückkehr in Polen weiter bei der Klägerin beschäftigt hätten werden können. Aber auch hinsichtlich der Arbeitnehmer der Klägerin bei den Firmen H und Z sei, wie sich aus den vorgelegten Unterlagen ergebe, von einer Weiterbeschäftigung zumindest eines gewissen Teils der nach Polen zurückgekehrten Arbeitnehmer auszugehen, so dass auch bezüglich dieser Arbeitnehmer eine tatsächliche Weiterbeschäftigung erfolgt sei. Erst für die Zeit ab dem Jahr 2003 bis zum EU-Beitritt Polens im Jahr 2004 habe sich die Situation dahingehend geändert, dass die Zahl der in Deutschland eingesetzten Arbeitnehmer der Klägerin nunmehr die Zahl der vorhandenen Arbeitsplätze in Polen im fleischgewerblichen Bereich deutlich und in immer weiter zunehmenden Maße überstiegen habe. Offenkundig habe sich der Schwerpunkt der Tätigkeit der Klägerin immer mehr in Richtung des Einsatzes polnischer Arbeitskräfte auf Werkvertragsbasis in Deutschland verlagert, ohne dass dem deutlichen Zuwachs der in Deutschland eingesetzten Arbeitskräfte ein entsprechender Zuwachs an Arbeitsplätzen in Polen gegenübergestanden hätte. Für die Zeit ab 2003 sei daher nicht nachvollziehbar, wie sich die Klägerin die Weiterbeschäftigung der in Deutschland eingesetzten Arbeitnehmer nach Rückkehr in den polnischen Betrieb vorgestellt habe. Die vorliegenden Zahlen ließen erkennen, dass durch die Klägerin Arbeitskräfte bewusst für den Einsatz in Deutschland eingestellt worden seien, die in Polen nicht mehr hätten weiterbeschäftigt werden können. Eine andere Beurteilung ergebe sich auch nicht aus dem Argument der Klägerin, die vorgelegten D/PL 101 Bescheinigungen entfaltetten konstitutive Wirkung. Es sei bereits äußerst zweifelhaft, ob diese Bescheinigungen tatsächlich grundsätzlich eine verbindliche Wirkung hätten, was vom LSG Rheinland-Pfalz in ständiger Rechtsprechung verneint worden sei. Den Bescheinigungen komme jedenfalls dann keine verbindliche Wirkung zu, wenn die Voraussetzungen der Entsendung offenkundig nicht vorlägen. Wie das BSG in seinem Urteil vom 16.12.1999 [B 14 KG 1/99](#) ausgeführt habe, fehle eine Verbindlichkeit der Bescheinigungen, soweit von einer unrichtigen Anwendung des Abkommens durch die Verbindungsstelle auszugehen sei, so dass die Bescheinigung auch auf der Grundlage des Rechtsverständnisses des Heimatlandes offensichtlich nicht richtig sein könne. Für die Zeit ab dem Jahr 2003 sei unter Berücksichtigung der auch den polnischen Behörden bekannten Zahl der Arbeitsplätze in Polen und der Zahl der in Deutschland eingesetzten Arbeitnehmern offenkundig, dass die Voraussetzungen des Art 1 Abs 3 des Entsendeabkommens nicht mehr vorgelegen hätten. Nach den tatsächlichen Gegebenheiten könne nicht mit einer vorübergehenden Entsendung der Arbeitnehmer von ihrem Arbeitgeber in das Gebiet einer anderen Vertragspartei ausgegangen werden. Soweit die polnischen Stellen daher trotz der offensichtlichen Möglichkeit der Weiterbeschäftigung der Vielzahl der polnischen Arbeitnehmer auf den in Polen vorhandenen Arbeitsplätzen der Klägerin weiterhin entsprechende D/PL 101 Bescheinigungen ausgestellt hätten, sei dies ohne Prüfung der Voraussetzungen erfolgt. Bei offensichtlicher Unrichtigkeit scheidet eine konstitutive Wirkung aus.

Gegen dieses ihr am 19.4.2007 zugestellte Urteil richtet sich die am 10.5.2007 zum Landessozialgericht (LSG) Rheinland-Pfalz eingelegte Berufung der Klägerin.

Sie trägt vor:

Nach Ansicht des SG hänge die Frage, ob eine Entsendung vorliege, davon ab, ob eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit in Polen bestehe. Das deutsch-polnische Entsendeabkommen enthalte keine Regelung zu einer zwingend vorgeschriebenen Weiterbeschäftigungsmöglichkeit. Nach der verbindlichen Absprache zwischen den zuständigen Regierungsstellen vom September 2004 genüge eine fortbestehende Inlandsintegration in Polen bei vorübergehender Auslandstätigkeit. Eine Rückkehr nach Polen, um seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt zu nehmen, sei daher ausreichend. Dies werde bestätigt durch eine auf die Zeit vor dem Beitritt Polens zur EU anwendbare Auslegung der Entsendevoraussetzungen durch ein "Protokoll der Sitzung der deutsch-polnischen Arbeitsgruppe über Fragen der Beschäftigung polnischer Werkvertragsarbeitnehmer in der Bundesrepublik Deutschland" vom 7./8.9.2004. Die von der Beklagten geforderte Weiterbeschäftigungsmöglichkeit widerspreche auch der Rechtsprechung des BSG (Urteil vom 17.11.1992 [4 RA 15/91](#)), wonach es ausreiche, dass nach der Rückkehr der Beschäftigten die gegenseitigen Rechte und Pflichten wieder auflebten. Dass dies der Fall sei, werde dadurch deutlich, dass Kündigungen zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses erforderlich seien. Im vorliegenden Fall lägen allerdings hinsichtlich der Hauptpflichten uneingeschränkt aufrechterhaltene Arbeitsverhältnisse vor. Vor diesem Hintergrund sei es irrelevant, ob eine Weiterbeschäftigung im Heimatland stattfinde. Sie sei nicht verpflichtet, Arbeitsplätze freizuhalten. Sie sei nur deshalb faktisch nicht in der Lage, eine größere Zahl von Mitarbeitern zu beschäftigen, weil die qualifizierten Rückkehrer aus der Bundesrepublik eine Weiterbeschäftigung ablehnten. Es sei aus wirtschaftlichen Gründen nicht denkbar, deutsche Tariflöhne für polnische Arbeitnehmer in Polen zu bezahlen. Dem Bestehen eines Arbeitsverhältnisses stehe auch nicht entgegen, dass die Arbeitnehmer mit dem Ziel der Entsendung in die Bundesrepublik eingestellt würden.

Das SG habe außerdem verkannt, dass den D/PL 101 Bescheinigungen konstitutive Wirkung zukomme. Sie würden von der ZUS auf ihren Antrag hin erlassen, nachdem eine Überprüfung der Versicherungsnummer des jeweiligen Arbeitnehmers im Hinblick auf dessen Sozialversicherung und auf Zahlung der Versicherungsbeiträge erfolgt sei. Bei Zweifeln an deren Richtigkeit müsse ein bestimmtes Verfahren eingehalten werden. Das BSG habe die grundsätzliche Verbindlichkeit dieser Bescheinigungen im Urteil vom 16.12.1999 [B 14 KG 1/99 R](#) bestätigt. Diese gelte nur dann nicht, wenn die Bescheinigungen offensichtlich unzutreffend seien. Schon allein wegen der konstitutiven Wirkung der D/PL 101 Bescheinigungen seien die Streitgegenständlichen Bescheide aufzuheben.

Aus den Urteilen des EuGH (u.a. dem Urteil vom 26.1.2006 Rs [C 2/05](#)) lasse sich die Bindungswirkung der D/PL 101 Bescheinigungen herleiten. Im Übrigen verweise sie auch auf den Beschluss Nr. 181 der Verwaltungskommission der Europäischen Gemeinschaften für die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer. Dieser sei zwar im hier streitigen Zeitraum noch nicht anzuwenden gewesen, verlange jedoch neben der fortbestehenden arbeitsrechtlichen Bindung und der nennenswerten Tätigkeit des entsendenden Unternehmens im Heimatland keine Weiterbeschäftigung nach Ablauf der Entsendezeit.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Mainz vom 30.11.2006 teilweise abzuändern und die Bescheide der Beklagten über den Beitrag 2003 und die Vorschüsse 2004 vom 1.6.2004 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 24.8.2004 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte hat entgegnet, sie bleibe bei ihrer Auffassung, dass die Voraussetzungen der Einstrahlung weder nach [§ 5 SGB IV](#) noch nach

Art. 1 Abs 3 des deutsch-polnischen Entsendeabkommens vorlägen. Die darin vorgesehene Ausnahme vom Territorialitätsprinzip werde auf klar umrissene Einzelfälle beschränkt. Nach dem geschlossenen deutsch-polnischen Sozialversicherungsabkommen unterlägen die ausschließlich im Ausland eingesetzten Arbeitnehmer der polnischen Sozialversicherungspflicht nur, wenn im Anschluss an die Entsendung eine Weiterbeschäftigung im Heimatland stattfinde und wenn eine nennenswerte Betriebsmäßigkeit entfaltet werde. Bereits aus dem Wortlaut des Art. 1 Abs 3 des deutsch-polnischen Entsendeabkommens ergebe sich schließlich, dass ein Arbeitnehmer "vorübergehend" von "seinem" Arbeitgeber in den anderen Vertragsstaat entsandt werden müsse. Das LSG Rheinland-Pfalz habe bereits in seinem Beschluss vom 23.6.2003 (L 2 ER 7/03) zutreffend festgestellt, dass die Formulierung "vorübergehend" impliziere, dass der entsandte Arbeitnehmer auch vor und nach der Entsendung in einem fortbestehenden Beschäftigungsverhältnis stehen müsse. Weiter sei ausgeführt worden, dass aus der Formulierung "seinem Arbeitgeber" hervorgehe, dass das Beschäftigungsverhältnis vor und nach der Entsendung beim selben Arbeitgeber bestehen müsse. Wie der erkennende Senat stütze sie, die Beklagte, sich dabei auch auf ein Urteil des BSG vom 22.6.1989 [4 Reg 4/88](#), in dem als Voraussetzung für eine Entsendung ebenfalls eine Weiter- oder Wiederbeschäftigung bei demselben Arbeitgeber gewährleistet sein müsse. Gleiches ergebe sich aus dem Urteil des BSG vom 10.8.1999 [B 2 U 30/98 R](#), auf das sich der erkennende Senat ebenfalls gestützt habe. Das BSG habe klargestellt, dass eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit nach Abschluss der Entsendung bei Arbeitnehmern, die zum Zwecke der Entsendung erst eingestellt worden seien, unbedingt erforderlich sei.

Soweit die Klägerin auf ein Protokoll einer Arbeitsgruppe verweise, müsse sich sowohl die Auslegung des Art 1 Abs. 3 des deutsch-polnischen Abkommens als auch die Vereinbarungen in Gesprächen am Wortlaut der Vorschrift orientieren, da die Auslegung ihre Grenzen im Wortlaut finde. Das Abkommen gebe den zuständigen Behörden in keinem Artikel eine Ermächtigung, eine Änderung des Abkommens zu vereinbaren. Auch Art 6 des deutsch-polnischen Entsendeabkommens biete keine Ermächtigung, den Entsendebegriff auszuhöhlen. Schließlich teile sie nicht die Auffassung der Klägerin, wonach das Ergebnis der deutsch-polnischen Arbeitsgruppe vom 7./8.9.2004 auch auf den Zeitraum vor dem 1.5.2004 anwendbar sei. Aus dem Protokoll gehe hervor, dass es hierbei um die Anwendung des EG-Rechts gehe. Zur geltend gemachten konstitutiven Wirkung der D/PL 101 Bescheinigung lasse sich dem von der Klägerin zitierten BSG-Urteil vom 16.12.1999, welches nicht als gefestigte Rechtsprechung anzusehen sei, entnehmen, dass bei offensichtlicher Fehlerhaftigkeit der Bescheinigung von einer fehlenden Verbindlichkeit auszugehen sei. Auch der 3. Senat des LSG Rheinland-Pfalz halte eine Prüfung der eigenen Zuständigkeit nicht von vorneherein für ausgeschlossen (Beschluss vom 25.8.2003 L 3 ER 52/03 U). Schließlich habe der BGH in Urteilen vom 24.10.2007 StR 160/07 und 198/07 die Bindungswirkung der D/H 101 Bescheinigungen verneint und Grundsätze aufgestellt, die auf den vorliegenden Fall anwendbar seien. Schließlich ergebe sich aus einem Rundschreiben der deutschen Verbindungsstelle der gesetzlichen Unfallversicherung vom 3.3.1994, dass die D/PL 101 Bescheinigungen zum Teil von entsendenden Unternehmen selbst ausgefüllt und danach von den Zweigstellen von der polnischen ZUS unterschrieben und abgestempelt worden seien. Dabei sei es bereits 1994 zu Unregelmäßigkeiten gekommen. Die Unternehmen hätten die Vordrucke selbst abgestempelt bzw. bei der ZUS sei nur ein mechanisches Abstempeln ohne sachliche Prüfung dahingehend erfolgt, ob die Voraussetzungen einer Entsendung aus Polen vorlägen. Eine konstitutive Wirkung der Entsendebescheinigungen könne jedoch nicht vorliegen, wenn diese ohne sachliche Prüfung ausgestellt werde. Die Schlussfolgerungen der Urteile des EuGH in Sachen "Banks" und "Fitzwilliams" vom 30.3.2000 - [C 178/97](#) bzw. 10.2.2000 - [C 202/97](#) sowie des neueren Urteils vom 26.1.2006 - [C 2/05](#) zur konstitutiven Wirkung von Entsendebescheinigungen seien auf den vorliegenden Sachverhalt nicht anwendbar, da Polen im streiterheblichen Zeitraum kein Mitglied der EU gewesen sei. Soweit die Klägerin auf den Beschluss Nr. 181 der Verwaltungskommission der Europäischen Gemeinschaft verweise, sei dieser auf den vorliegenden Sachverhalt ebenfalls nicht anzuwenden. Im Übrigen lege dieser fest, dass das entsendende Unternehmen im Heimatland eine nennenswerte Tätigkeit ausüben müsse.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Prozessakten (3 Bände), auf die Verwaltungsakten der Beklagten (8 Bände, 2 Hefter) und auf die beigezogenen Archivakten (S 5 ER 42/05 U und S 5 ER 54/04 U) verwiesen. Sie waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung und Beratung.

Entscheidungsgründe:

Die nach den [§§ 143 ff](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) zulässige Berufung der Klägerin ist unbegründet.

Gegenstand des Berufungsverfahrens sind der Beitragsbescheid für das Jahr 2003 und der Beitragsvorschussbescheid für das Jahr 2004, jeweils vom 1.6.2004, in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 24.8.2004.

Das SG hat es zu Recht abgelehnt, die streitgegenständlichen Bescheide der Beklagten aufzuheben.

Die Klägerin unterlag in den Jahren 2003 und 2004 der deutschen Sozialversicherungspflicht und wurde daher zu Recht von der Beklagten für diese Jahre zur Zahlung von Beiträgen zur gesetzlichen Unfallversicherung für die von ihr in der Bundesrepublik Deutschland beschäftigten Arbeitnehmer herangezogen.

Die Beklagte ist für das Unternehmen der Klägerin nach Art und Gegenstand sachlich zuständig.

[§ 122 Abs. 1](#) Siebtes Buch Sozialgesetzbuch (SGB VII) ermächtigt das Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrats die sachliche Zuständigkeit der gewerblichen Berufsgenossenschaften nach Art und Gegenstand des Unternehmens zu bestimmen. Von dieser Ermächtigung hat der Ordnungsgeber bislang keinen Gebrauch gemacht. Es bleibt daher nach [§ 122 Abs 2 SGB VII](#) jede Berufsgenossenschaft für die Unternehmensarten zuständig, für die sie bisher zuständig war. Die bisherige Zuständigkeit ergibt sich nicht aus den gesetzlichen Bestimmungen des § 646 Abs 2 Reichsversicherungsordnung (RVO) oder des Art 4 § 11 Unfallversicherungs-Neuordnungsgesetz (UVNG), weil eine gesetzliche Regelung über die fachliche Zuständigkeit der einzelnen Berufsgenossenschaft fehlt (Graeff in Hauck/Noftz, Gesetzliche Unfallversicherung, K § 121 Rn 6, 7; Bieback in Schulin, Handbuch der Sozialversicherung, § 54 Rn 94). Auf gesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen beruhende Zuteilungen erfolgten entweder durch den Bundesrat, den Reichsrat, den Reichsarbeitsminister oder durch das Reichsversicherungsamt. Von der Weitergeltung dieser Regelungen geht das BSG in ständiger Rechtsprechung aus ([BSGE 39, 112](#) = SozR 2200 § 64 Nr. 1; [BSGE 71, 85](#) = SozR 3 22000 § 64 Nr. 1 mwN). Ist ein Gewerbegebiet in den genannten Quellen nicht aufgeführt, ist ein Unternehmen derjenigen BG zuzuweisen, der es nach Art und Gegenstand unter Berücksichtigung der Unfallgefahr und der Leistungsfähigkeit am nächsten steht und bei der die zweckmäßigste Unfall- und Krankheitsverhütung gewährleistet wird ([BSGE 39, 112](#), 113; [71, 85](#), 86; LSG Rhld-Pfalz Urteil vom 1.4.2003 [L 3 U 295/01](#); Krasney in Brackmann, Handbuch der Sozialversicherung, § 122 Rn 6 mwN).

Im vorliegenden Fall ist der Gewerbezug der Klägerin in einer der og Rechtsquellen aufgeführt, nämlich in vorkonstitutionellen Entscheidungen des früheren Reichsversicherungsamtes aus den Jahren 1903 (Amtliche Nachrichten des Reichsversicherungsamtes vom 1.7.1903, AN 1903 II, Seite 420), wonach der Beklagten Schlachtbetriebe und Unternehmen zugewiesen waren, in denen eine Be- und Verarbeitung der Ware mittels Messer, Säge und Beil erfolgten. Die von der Klägerin vorgenommene Unterscheidung eines Unternehmens dahingehend, ob es selbst als Unternehmen der Fleischwirtschaft anzusehen ist oder eine Be- und Verarbeitung im Rahmen der Erbringung von Werkleistungen für ein Unternehmen der Fleischwirtschaft durchführt, ist nicht erforderlich. Denn in beiden Fällen erhält das Unternehmen sein Gepräge durch die Be und Verarbeitung der Ware. Die Beklagte ist auch aus der Sicht der Unfallverhütung wegen ihrer besonderen Sachnähe am ehesten geeignet, zur bestmöglichen Prävention beizutragen.

Die Beklagte ordnete in zutreffender Anwendung ihres Gefahrtarifs das Unternehmen der Klägerin auch der richtigen Tarifstelle zu, von der Ausbeiner und Zerleger erfasst werden.

Die zutreffend veranlagte Klägerin unterliegt der Pflicht, Beiträge zur gesetzlichen Unfallversicherung an die Beklagte zu entrichten.

Nach [§ 150 SGB VII](#) sind beitragspflichtig Unternehmer, für deren Unternehmen Versicherte tätig sind. Die Klägerin hat im verfahrensgegenständlichen Zeitraum Arbeiter unter anderem im Bereich der Fleischverarbeitung beschäftigt, die in der Bundesrepublik im Rahmen geschlossener Werkverträge eingesetzt wurden ([§ 2 Nr. 1 SGB VII](#)).

Auf die Beschäftigungsverhältnisse der polnischen Arbeitnehmer findet deutsches Sozialversicherungsrecht Anwendung.

Grundsätzlich gelten nach [§ 3 Nr. 1](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) die deutschen Rechtsvorschriften über die Versicherungspflicht und die Versicherungsberechtigung für alle Personen, die im Geltungsbereich des Gesetzes beschäftigt sind (Territorialitätsprinzip). Unabhängig von der Staatsangehörigkeit der Beschäftigten gilt bei einem Vollzug des Beschäftigungsverhältnisses im Inland grundsätzlich deutsches Sozialversicherungsrecht.

Dies gilt, sofern keine Ausnahme vom Territorialitätsprinzip eingreift.

Gemäß [§ 5 SGB IV](#) gelten die deutschen Vorschriften nicht für Personen, die im Rahmen eines außerhalb des Geltungsbereichs des Sozialgesetzbuchs bestehenden Beschäftigungsverhältnisses in diesen Geltungsbereich entsandt werden, wenn die Entsendung infolge der Eigenart der Beschäftigung oder vertraglich im Voraus zeitlich begrenzt ist (Einstrahlung). Umgekehrt gilt Entsprechendes für die in [§ 4 SGB IV](#) geregelten Fälle der Entsendung in das Ausland (Ausstrahlung).

Regelungen des über und zwischenstaatlichen Rechts bleiben nach [§ 6 SGB IV](#) unberührt.

Als zwischenstaatliches Recht kommen für den streitigen Zeitraum das deutsch-polnische Werkvertragsabkommen und das deutsch-polnische Entsendeabkommen in Frage. Dies gilt jedenfalls, soweit in diesen Abkommen Regelungen zur Sozialversicherungspflicht getroffen wurden.

Aus zwischenstaatlichem Recht lassen sich keine vom deutschen Recht abweichenden, vorrangigen Regelungen zur Sozialversicherungspflicht entnehmen.

In den Artikeln des deutsch-polnischen Werkvertragsabkommen geht es im Wesentlichen um die Frage, unter welchen Bedingungen polnische Unternehmen ihre Arbeitnehmer zur Durchführung geschlossener Werkverträge einsetzen können. In diesem Abkommen findet sich keine eigenständige Begriffsbestimmung zur Entsendung. Es enthält auch keine Aussagen zur Sozialversicherungspflicht, sondern regelt arbeitserlaubnisrechtliche Fragen (LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 29.7.1998 [L 5 B 5/98](#)). Wie auch andere Werkvertragsabkommen enthält auch dieses Abkommen keine vorrangigen Regelungen zur sozialversicherungsrechtlichen Zuordnung im Sinne des [§ 6 SGB IV](#).

Dem Werkvertragsabkommen sind auch keine weiteren Folgerungen für die Auslegung der [§§ 3, 5 SGB IV](#) zu entnehmen. Denn Intention und Ziel des Abkommens war es, die mittel- und osteuropäischen Staaten (MOE-Staaten) beim Abbau ihrer wirtschaftlichen Misere zu unterstützen. Dieses Ziel wird aber nur erreicht, wenn die Rückkehrer ihre neu erworbenen Kenntnisse zum Wohl der Republik Polen einbringen und damit bei dem entsandten Betrieb in Polen weiter beschäftigt werden. Der klägerische Betrieb, in dem Rückkehrer nicht ausnahmslos weiterbeschäftigt werden, entspricht daher nicht dem idealtypischen Bild eines Betriebs im Sinne des Abkommens, wonach Rückkehrer ihre neu erworbenen Kenntnisse zum Wohl der Republik Polen einbringen und damit zu einer Weiterentwicklung beitragen sollen. Da folglich nicht mit jedem Einsatz von Werkvertragsarbeitnehmern die politischen Intentionen der Regierungen verwirklicht werden, ist es auch nicht angezeigt, bei jedem Werkvertragsarbeiter einen Entsendefall anzunehmen.

Auch durch das deutsch-polnische Entsendeabkommen ergibt sich keine Änderung in der rechtlichen Beurteilung des Falles.

Art. 3 regelt, dass sich die Versicherungspflicht eines Arbeitnehmers nach dem Rechtsvorschriften der Vertragspartei richtet, in deren Gebiet er beschäftigt ist, soweit die Art 4 bis 6 nichts anders bestimmen.

Nach der Bestimmung des Art. 4 des Entsendeabkommens unterstehen entsandte Arbeitnehmer für die Dauer von 24 Monaten den Rechtsvorschriften des Entsendestaates, als wären sie in diesem Gebiet beschäftigt.

Art. 1 Abs 3 des Abkommens enthält eine Bestimmung des Begriffs Entsendung. Danach ist ein entsandter Arbeitnehmer ein Arbeitnehmer, der von seinem Arbeitgeber in das Gebiet eines anderen Vertragsstaates vorübergehend entsandt und von diesem Arbeitgeber entlohnt wird.

Nach Art. 1 Abs 3 des deutsch-polnischen Entsendeabkommens ist folglich für eine Entsendung erforderlich, dass der Arbeitnehmer jedenfalls nicht nur vorübergehend an einem anderen als dem Ort der Entsendung für den Arbeitgeber tätig ist. Verrichtet er seine Arbeit

dagegen gewöhnlich außerhalb des Stammwerks, gilt dies nicht als Entsendung, wenn sich dies aus der Natur der Arbeit heraus erklärt. Auch im deutschen Recht muss der Zeitraum der Entsendung von vorneherein z.B. wegen ihrer Eigenart, hier der für maximal zwei Jahre zulässigen Entsendung nach dem deutsch-polnischen Werkvertragsabkommen, zeitlich begrenzt sein. Für eine Entsendung ist mithin nicht nur der Fortbestand der beidseitigen arbeitsvertraglichen Verpflichtungen während und nach der Entsendung erforderlich, sondern darüber hinaus die gewöhnliche, d.h. tatsächliche Tätigkeit für den Arbeitgeber zumindest nach der Entsendung.

Zwar kann nach Art. 6 des deutsch-polnischen Entsendeabkommens für einzelne Arbeitnehmer oder für Gruppen eine Ausnahme von den Art. 3 bis 5 durch die zuständigen Behörden vereinbart werden. Eine abweichende Regelung in Bezug auf den Begriff entsandten Arbeitnehmers ist hierdurch aber nicht möglich. Denn dieser Begriff wird in Art. 1 Abs 3 definiert und unterliegt damit nicht der Dispositionsbefugnis der zuständigen Behörden.

Die Voraussetzungen einer Entsendung sind daher in diesem Abkommen nach Auffassung des Senats nicht abweichend vom deutschen Entsendebegriff definiert.

Die Auswertung der im Laufe des Verfahrens vorgelegten zahlreichen Protokolle und Schreiben der beteiligten Stellen der polnischen und deutschen Seite zur Auslegung des deutsch-polnischen Sozialversicherungsabkommens führen nicht zu einer anderen Beurteilung. Vergleicht man deren Inhalt miteinander, wird deutlich, dass sich kein einheitliches Bild ergibt. Soweit sich die Klägerin beispielsweise auf ein Rundschreiben der deutschen Verbindungsstelle vom 3.3.1994 stützt, ergibt sich hieraus zwar, dass die D/PL 101 Bescheinigungen als Nachweis der Sozialversicherungspflicht dienen sollten. Andererseits ergibt sich daraus auch, wie in Fällen des Verstoßes gegen das deutsch-polnische Sozialversicherungsabkommen zu verfahren ist. Aus dem Rundschreiben wird folglich deutlich, dass keine uneingeschränkte Bindungswirkung besteht, dass Prüfungen zulässig sind und dass bei einer offensichtlich unrichtigen Entsendebescheinigung das deutsche Sozialversicherungsrecht anwendbar ist. Aus dem Schreiben des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung vom 14.9.2001 ergibt sich, dass eine konstitutive Wirkung der deutsch-polnischen Entsendebescheinigungen nicht gewünscht ist. Bestätigt wird diese Beurteilung durch die deutsch-polnischen Regierungsverhandlungen in der Zeit vom 13. bis 17.05.2002. Auch danach kommt den Entsendebescheinigungen im bilateralen Abkommensbereich keine konstitutive Wirkung zu. Bezüglich des Protokolls der Sitzung der deutsch-polnischen Arbeitsgruppe über Fragen der Beschäftigung polnischer Werkvertragsarbeitnehmer in der Bundesrepublik Deutschland vom 7./8.9.2004 vom September 2004 ist zudem fraglich, ob es sich nicht auf offene Rechtsfragen nach dem Beitritt Polens zur EG bezieht.

Eine Entsendung ist auch nicht - losgelöst von der klar und eindeutig formulierten Regelung in Art 1 Abs 3 des deutsch-polnischen Entsendeabkommens - bereits deshalb anzunehmen, weil die Klägerin D/PL 101 Bescheinigungen vorgelegt hat, die von der ZUS auf ihren Antrag hin erlassen wurden und denen nach Auffassung der Klägerin eine den E 101 Bescheinigungen vergleichbare Bindungswirkung zukommen soll.

Aus EU-Recht (etwa die EWG-Verordnung 1408/71) lässt sich dies nicht herleiten. Die einschlägigen Entscheidungen des EuGH, insbesondere die Entscheidungen des EuGH vom 10.12.2000 [C 202/97](#) = SozR 3 6050 Art 14 Nr 6 = [EuGHE I 2000, 883](#) und vom 9.11.2000 [C 404/98](#) = [EuGHE I 2000, 9379](#) und vom 26.1.2006 [C 2/05](#) stellen zwar klar, dass für deutsche Behörden verbindlich festgestellt ist, dass alle Voraussetzungen des Art. 14 Abs 1 Buchst a der EWGV 1408/71 erfüllt sind, wenn E 101 Bescheinigungen vorliegen, die von den zuständigen Behörden des Staates ausgestellt worden sind, in dem das Unternehmen der entsandten Arbeitnehmer seinen Betriebsitz hat. Der entsandte Arbeitnehmer und der entsendende Arbeitgeber sind infolgedessen von der Anwendbarkeit des deutschen Sozialversicherungsrechts dispensiert, insbesondere muss der Arbeitgeber keine Sozialversicherungsbeiträge zahlen. Die Entscheidungen des EuGH unterstreichen die Bindungswirkung der E 101 Bescheinigungen und verpflichten die Mitgliedstaaten, Zweifel an der Gültigkeit der Bescheinigung in vertrauensvoller Zusammenarbeit zu klären. Eine Kontrolle der Gültigkeit ausschließlich durch die Organe des Mitgliedstaates, in den die Entsendung erfolgt, ist unzulässig, insbesondere kann ein Gericht des Gastlands sie nicht überprüfen.

Diese Entscheidungen sind allerdings nicht auf deutsch-polnische Rechtsbeziehungen im streitgegenständlichen Zeitraum übertragbar. Bei dem hier zu beurteilenden Sachverhalt handelt es sich um einen in der Vergangenheit, d.h. vor dem Beitritt Polens zur Europäischen Union am 1.5.2004 bereits abgeschlossenen Vorgang, so dass EU-Recht keine Anwendung findet.

Deshalb ist auch der Beschluss Nr. 181 der Verwaltungskommission der Europäischen Gemeinschaft auf den vorliegenden Sachverhalt nicht anzuwenden.

Die D/PL 101 Bescheinigungen entfalten schließlich keine konstitutive Wirkung. Eine solche Rechtsfolge lässt sich den bilateralen Verträgen nicht entnehmen, mögen die Zielsetzungen auch vergleichbar sein. Die konstitutive Wirkung von E 101 Bescheinigungen innerhalb der Mitgliedsstaaten im Bereich der Europäischen Union lässt sich nicht auf Abkommensstaaten, zu denen Polen im streitgegenständlichen Zeitraum gehörte, übertragen. Maßgebend hierfür ist die unterschiedliche Rechtsnatur von herkömmlichen völkerrechtlichen Verträgen im Vergleich zum einheitlichen Rechtsraum, wie er für die Europäische Union kennzeichnend ist. Überdies ist die weitergehende Bindungswirkung der E 101 Bescheinigung deshalb sachgerecht, weil die europarechtlichen Kollisionsnormen an einen einheitlichen und verbindlichen Entsendebegriff anknüpfen. Die beteiligten Mitgliedsstaaten können, sollten sie sich über die Rechtmäßigkeit von E 101 Bescheinigungen nicht einigen können, an die nach Art. 80, 81 der VO 1408/71 zu Fragen der Auslegung und Durchführung der Verordnung eingesetzte Verwaltungskommission wenden und ein Vertragsverletzungsverfahren nach [Art. 227 EG](#) Vertrag einleiten. Es gibt im bilateralen Verhältnis keine Institution, die die Rechtmäßigkeit der Ausstellung dieser Bescheinigungen in gleichem Maß überprüft und die bei Verstößen entsprechende Sanktionen verhängt. Den zuständigen Stellen des Beschäftigungsstaates kann es daher nicht verwehrt sein, eine eigene Überprüfung des Sozialversicherungsstatus der in diesem Staat beschäftigten Arbeitnehmer durchzuführen (Beschlüsse der beiden für die gesetzliche Unfallversicherung zuständigen Senate des LSG Rheinland-Pfalz vom 23.6.2003 L 2 ER 7/03 R und 14.6.2006 L 2 ER 90/06 U sowie vom 18.11.2004 L 3 ER 13/04).

Diese Rechtsauffassung teilt auch der BGH, der sich in den Entscheidungen vom 24.10.2007 ([1 StR 160/07](#) und [1 StR 189/07](#)) erstmals zur fehlenden Bindungswirkung einer Entsendebescheinigung auf Grund eines bilateralen Abkommens geäußert hat. Der BGH hat den ungarischen D/H 101 Bescheinigungen allenfalls eine beschränkte Bindungswirkung zugemessen, die allerdings dann nicht zum Tragen kommt, wenn die Bescheinigungen gemessen am Wortlaut des Abkommens inhaltlich unzutreffend sind.

Das von der Klägerin zitierte BSG-Urteil vom 16.12.1999 [B 14 KG 1/99](#) steht so auch der BGH dieser Beurteilung nicht entgegen. Denn diesem Urteil lässt sich ebenfalls entnehmen, dass bei einer offensichtlichen Fehlerhaftigkeit der Bescheinigung von einer fehlenden Verbindlichkeit auszugehen sei. Auch der 3. Senat des LSG Rheinland-Pfalz hält eine Prüfung der eigenen Zuständigkeit nicht von vorneherein für ausgeschlossen (Beschluss vom 25.8.2003 L 3 ER 52/03 U).

Im vorliegenden Fall waren die ausgestellten Bescheinigungen offensichtlich fehlerhaft, da im Hinblick auf die geringe Größe des Betriebes zahlreiche Arbeitnehmer lediglich zum Zwecke des Einsatzes in der Bundesrepublik eingestellt wurden und eine Weiterbeschäftigung im Stammwerk in Polen faktisch nicht möglich war.

Entfalten D/PL 101- Bescheinigungen keine Bindungswirkung und sind auch keine die Entsendung regelnden, damit vorrangigen bilateralen Regelungen getroffen worden, richtet sich die Frage der Versicherungspflicht bzw. das Vorliegen einer Einstrahlung nach deutschem Recht, d.h. nach den [§§ 3 ff SGB IV](#) und den hierzu entwickelten Grundsätzen.

Nach deutschem Recht liegt eine Entsendung nicht vor.

In [§ 5 SGB IV](#) ist ausgeführt, dass, soweit die Vorschriften über die Versicherungspflicht und die Versicherungsberechtigung eine Beschäftigung voraussetzen (vgl. [§ 150 SGB VII](#)), diese nicht für Personen gelten, die im Rahmen eines außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzbuchs bestehenden Beschäftigungsverhältnisses in diesen Geltungsbereich entsandt werden, wenn die Entsendung der Eigenart der Beschäftigung oder vertraglich im Voraus zeitlich begrenzt ist.

Im vorliegenden Fall haben sich die Arbeitnehmer der Klägerin zwar vom Ausland ins Inland, d.h. in den Geltungsbereich des SGB IV, begeben und es lag auch eine im Voraus infolge der Eigenart der Beschäftigung in Werkverträgen zeitlich auf maximal 24 Monate begrenzte Tätigkeit in der Bundesrepublik Deutschland vor.

Eine Entsendung eines Arbeitnehmers aus dem Ausland ins Inland (Einstrahlung) in § 5 setzt aber das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses voraus.

In der Begründung des Gesetzesentwurfs heißt es hierzu, dass für die Zuordnung des Beschäftigungsverhältnisses maßgebend ist, wo "der Schwerpunkt der rechtlichen und tatsächlichen Merkmale des Beschäftigungsverhältnisses liegt" (BT Drucks 7/4122, Seite 30 zu § 4).

Der für die gesetzliche Unfallversicherung zuständige 2. Senat des BSG hat in seiner Entscheidung vom 10.8.1999 B [2 U 30/89 R](#) (SozR 3 2400 § 4 Nr. 5), die sich mit dem umgekehrten Fall der Ausstrahlung befasste, unter Berücksichtigung der zitierten Gesetzesmaterialien ausgeführt, dass jedenfalls in den Fällen, in denen das Beschäftigungsverhältnis erst mit der Entsendung begonnen habe, nur dann der vom Gesetzgeber geforderte Schwerpunkt der rechtlichen und tatsächlichen Merkmale des Beschäftigungsverhältnisses im Inland vorliege, wenn die Beschäftigung beim entsendenden Arbeitgeber weitergeführt werde. Folglich sei zwar eine Vorbeschäftigung beim Arbeitgeber im Heimatland nicht zwingend, jedoch müsse eine Anschlussbeschäftigung unbedingt verlangt werden. Dies folge aus dem Wortlaut des [§ 4 SGB IV](#). Denn aus der Wortfolge "im Rahmen eines bestehenden Beschäftigungsverhältnisses" sei auf die Notwendigkeit zumindest einer Fortsetzung der Beschäftigung zu schließen. Fehle es an diesem Rahmen, so könne es nicht zu einer Entsendung kommen. Außerdem handele es sich bei den [§§ 4](#) und [5 SGB IV](#) um Ausnahmenvorschriften zum Territorialitätsprinzip in [§ 3 SGB IV](#). Ausnahmenvorschriften seien eng auszulegen, weshalb eine erweiternde Auslegung nicht in Betracht komme. In dieser Entscheidung werden schließlich vorangegangene Entscheidungen anderer Senate des BSG zitiert, in denen das Erfordernis einer rechtlich und tatsächlich möglichen Weiterbeschäftigung beim Arbeitgeber im Entsendeland nach der Rückkehr bereits aufgestellt wurde (BSG, Urteil vom 22.6.1989 [4 Reg 4/88](#) = SozR 7833 § 1 Nr. 6 und vom 17.11.1992 [4 RA 15/91](#) = SozR 3 2600 § 56 Nr. 4 = [BSGE 71,227](#); Urteil vom 8.12.1994 [2 RU 37/93](#) = [BSGE 75, 232](#) = SozR 6050 Art 14 Nr. 4).

Der Senat hatte sich bereits bei seinen bisherigen Entscheidungen dieser Rechtsprechung angeschlossen (Beschlüsse vom 23.6.2003 L 2 ER 7/03 und 14.6.2006 L 2 ER 90/06 U). Er hält auch weiterhin daran fest.

Auch der BGH hat sich in seinen Entscheidungen vom 24.10.2007 ([a.a.O.](#)) dieser Rechtsansicht angeschlossen.

Hierbei wird nicht verkannt, dass die hierzu ergangene Rechtsprechung nicht einheitlich ist. Mit der oben genannten Entscheidung des BSG vom 10.8.1999 ist jedoch eine Rechtsprechungsänderung eingetreten, die bis heute Gültigkeit hat.

Nach deutschem Recht liegt in der vorliegend noch streitigen Zeit keine Entsendung vor.

Für die Zeit ab dem Jahr 2003 bis zum EU-Beitritt Polens im Jahr 2004 hatte sich die Situation derart geändert, dass die Zahl der in Deutschland eingesetzten Arbeitnehmer der Klägerin die Zahl der vorhandenen Arbeitsplätze in Polen im fleischgewerblichen Bereich deutlich und mit wachsender Tendenz überstieg. Der Schwerpunkt der Tätigkeit der Klägerin hatte sich immer weiter in Richtung des Einsatzes polnischer Arbeitskräfte auf Werkvertragsbasis in Deutschland verlagert. Aus einer von der Klägerin vorgelegten Aufstellung der Beschäftigtenzahlen vom März 2004 und ihren Angaben vom Juli und August 2004 ergibt sich Folgendes: In dem Jahr 2000 wurden 50 Arbeitnehmer (AN) insgesamt beschäftigt, davon 16-17 in Deutschland. Im Jahr 2001 wurden 52 AN insgesamt beschäftigt, davon 15-19 in Deutschland. Im Jahr 2002 stieg die Zahl der AN auf 79, während nur 28 in Deutschland arbeiteten. Im März 2003 waren es dann 86 AN insgesamt und im Frühjahr 2004 stieg die Gesamtzahl der AN auf 119 an. Die Klägerin gab hierzu an, dass sie im Stammwerk in Slesin durchgängig 50 Arbeitnehmer beschäftigen könne, hinzu kämen noch weitere Arbeitsplätze in anderen Betriebsteilen. Nachweise über jene Betriebsteile legte die Klägerin nicht vor. Eine Weiterbeschäftigung der in Deutschland eingesetzten Arbeitnehmer nach Rückkehr in den polnischen Betrieb ist (jedenfalls) 2003 und 2004 faktisch nicht mehr möglich gewesen. Die für den Einsatz in Deutschland eingestellten Kräfte konnten anschließend in dem klägerischen Betrieb in Slesin nicht mehr alle weiterbeschäftigt werden. Diesen Feststellungen des Sozialgerichts und der daraufhin im Urteil vorgenommenen Differenzierung zwischen dem Zeitraum bis 2003 und ab 2003 sind die Beteiligten nicht entgegengetreten. Der Senat hält sie für sachgerecht, zumal offen ist, wann genau im Laufe des Jahres 2002 der Zuwachs der Beschäftigten von 52 auf 79 erfolgte und die Beitragsfestsetzung jeweils für ein komplettes Jahr erfolgt.

Es fehlt an der nach Auffassung des Senats für die Entsendung erforderlichen tatsächlichen Weiterbeschäftigung aller in der Bundesrepublik eingesetzten Arbeitnehmer bei der Klägerin nach ihrer Rückkehr nach Polen. Die Klägerin wäre, wie das SG zutreffend ausgeführt hat, faktisch dazu nicht in der Lage gewesen, allen Rückkehrern die Weiterbeschäftigung anzubieten. Bereits aufgrund der geringen Anzahl der Beschäftigten in Polen in den Jahren 2003 und 2004 im Vergleich zur hohen Zahl der Beschäftigten von Arbeitern in Deutschland hatte sich

dem SG der Schluss aufgedrängt, dass eine Nachbeschäftigung beim entsendenden Arbeitgeber im Heimatland jedenfalls nicht für alle Rückkehrer hätte durchgeführt werden können. Dies ist unabhängig davon, ob tatsächlich Kündigungen erfolgt sind oder nicht.

Es genügte auch nicht, die Möglichkeit zu haben, mit den zurückkehrenden Arbeitnehmern in Polen Werkverträge oder Arbeitnehmerüberlassung bei anderen Schlachthöfen und Zerlegebetrieben durchzuführen. Denn bei der Prüfung der Weiterbeschäftigung sind Einsatzmöglichkeiten der Rückkehrer im Rahmen von Werkverträgen mit anderen polnischen Fleischereibetrieben grundsätzlich nicht als ausreichend anzusehen. Die Beschäftigung bei anderen Arbeitgebern als dem Entsendenden reicht nach der Rechtsprechung des Senats nicht aus (Beschlüsse vom 23.6.2003 L 2 ER 7/03 und 14.6.2006 L 2 ER 90/06 U).

Daneben ist im vorliegenden Fall auch zweifelhaft, ob die in der streitigen Zeit in der Bundesrepublik tätigen Arbeitnehmer einen rechtlichen, d.h. arbeitsvertraglich begründeten Anspruch auf Weiterbeschäftigung besaßen. Zwar sind einzelne schriftliche Arbeitsverträge vorgelegt worden. Allerdings ist aus den im Prüfbericht zu entnehmenden Erstangaben des R. J. zu entnehmen, dass für bestimmte Arbeitnehmer eine Weiterbeschäftigung im Heimatland von vorneherein ausscheiden würde. Diese Angaben sind später bestritten worden, wobei die Klägerin selbst eingeräumt hat, dass es am Willen der eingesetzten Arbeitnehmer gefehlt habe, das Beschäftigungsverhältnis im Inland fortzusetzen, damit aber an der einen Vertragsschluss kennzeichnenden übereinstimmenden Willenserklärung der Parteien.

Einwände gegen die Berechnungsgrundlagen sind von der Klägerin nicht geltend gemacht worden und auch nicht ersichtlich.

Nach alledem war die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung richtet sich nach [§§ 183, 193, 197a SGG](#).

Die Festsetzung des Streitwerts findet ihre Rechtsgrundlage in [§ 52](#) Gerichtskostengesetz (GKG). Der Streitwert ergibt sich aus einer Addition der in den Bescheiden vom 1.6.2004 genannten streitigen Beiträge für 2003 und Beitragsvorschüsse für 2004.

Revisionszulassungsgründe nach [§ 160 Abs 2 SGG](#) liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

RPF

Saved

2009-10-23