

## L 18 AL 140/09

Land  
Berlin-Brandenburg  
Sozialgericht  
LSG Berlin-Brandenburg  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
18  
1. Instanz  
SG Neuruppin (BRB)  
Aktenzeichen  
S 12 AL 260/08  
Datum  
19.05.2009  
2. Instanz  
LSG Berlin-Brandenburg  
Aktenzeichen  
L 18 AL 140/09  
Datum  
15.12.2010  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
-

Datum  
-

Kategorie

Urteil

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Neuruppin vom 19. Mai 2009 wird zurückgewiesen. Die Klage auf Zahlung der zweiten Rate der Vermittlungsgebühr in Höhe von weiteren 1.000,- EUR wird abgewiesen. Der Kläger trägt die Kosten des Verfahrens erster und zweiter Instanz mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist die Zahlung einer Vermittlungsvergütung iHv 2.000,- EUR.

Der Kläger betreibt die gewerbsmäßige Vermittlung von Arbeitsverhältnissen. Nach dem von ihm mit der B AG/Schweiz (im Folgenden: BB) - "Vertretung Deutschland" -, Wstraße, DM" abgeschlossenen Kooperationsvertrag vom 26. August 2007, auf den Bezug genommen wird, hatte der Kläger für die BB geeignetes Personal zum Zwecke eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses bei der BB zu akquirieren. Am 9. April 2008 schloss der Kläger einen Vermittlungsvertrag über die Vermittlung einer Arbeitsstelle mit dem Beigeladenen. Nachdem die Beklagte am 16. April 2008 dem Beigeladenen einen Vermittlungsgutschein (VGS) über 2.000,- EUR - gültig vom 16. April 2008 bis 15. Juli 2008 - ausgestellt hatte, wurde ausweislich einer Beschäftigungsbestätigung der BB vom 14. Juni 2008 am 5. Mai 2008 ein auf Dauer angelegter Arbeitsvertrag zwischen der BB und dem Beigeladenen geschlossen. Da-nach bestand das Beschäftigungsverhältnis seit 5. bzw. 6. Mai 2008 ununterbrochen. Nach dem Einsatzvertrag zwischen dem Beigeladenen und dem Arbeitgeber BB (Anschrift: Bstraße, CH- B) vom 30. Mai 2008 wurde der Kläger ab 2. Juni 2008 als Baumaschinenführer in G bei der I Bau AG in Vollzeit eingesetzt, der Einsatzvertrag enthielt keine Beschränkung der Einsatzdauer. Die Beklagte lehnte den Antrag des Klägers auf Zahlung der ersten Rate der Vermittlungsvergütung mit Bescheid vom 4. Juli 2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 11. August 2008 mit der Begründung ab, dass nach schweizerischem Recht die private Arbeitsvermittlung vom Ausland in die Schweiz untersagt sei. Das Arbeitsverhältnis des Beigeladenen mit der BB endete am 10. Dezember 2008.

Das Sozialgericht (SG) Neuruppin hat die auf Zahlung der ersten Rate der Vermittlungsvergütung iHv 1.000,- EUR gerichtete Klage mit Urteil vom 19. Mai 2009 abgewiesen. Zur Begründung ist ausgeführt: Die Klage sei nicht begründet. Einer direkten Arbeitsvermittlung in die Schweiz und damit einem Anspruch des Klägers nach § 421g Abs. 1 Satz 4, Abs. 2 Sozialgesetzbuch - Arbeitsförderung - (SGB III) stehe Anhang I Art. 22 Abs. 3 Buchst. i des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über die Freizügigkeit vom 21. Juni 2001 ([BGBl. II S. 810](#), im Folgenden: EUSchwAbk) iVm mit Art. 2 Abs. 1 und 3 des eidgenössischen Arbeitsvermittlungsgesetzes (AVG) vom 6. Oktober 1989 entgegen. Der Kläger verfüge nicht über die danach erforderliche Betriebsbewilligung des kantonalen Arbeitsamtes sowie einer Bewilligung des eidgenössischen Staatssekretariates für Wirtschaft (SECO) zur Auslandsvermittlung. Aus Anhang I Art. 22 Abs. 3 Buchst. i EUSchwAbk ergebe sich jedoch kein Verbot jeglicher Arbeitsvermittlung in die Schweiz durch aus Sicht der Schweiz ausländische Arbeitsvermittler. Es sei zulässig, dass der ausländische Vermittler einem zugelassenen schweizerischen Vermittler den Namen des Arbeitssuchenden nachweise und daraufhin der schweizerische Vermittler sich in der Schweiz auf die Suche nach einem interessierten Arbeitgeber begeben (indirekte Vermittlung). Der Kläger habe zwar mit der über die erforderlichen Bewilligungen nach dem AVG verfügenden BB einen Kooperationsvertrag geschlossen. Eine rechtlich zulässige Vermittlung lasse sich diesem Vertrag, der nur den Anschein einer indirekten Arbeitsvermittlung erwecke, jedoch nicht entnehmen. Denn danach habe der Kläger geeignetes Personal für die BB zu akquirieren. Bei der BB handle es sich nicht um ein Arbeitsvermittlungsunternehmen, sondern um ein Personal-verleihunternehmen (= Zeitarbeitsfirma), die nach dem Einsatzvertrag vom 30. Mai 2008 Arbeitgeberin des Beigeladenen gewesen sei. Damit liege eine direkte Arbeitsvermittlung in die Schweiz vor, die durch das EUSchwAbk nicht gedeckt sei. Auf Handlungsanweisungen der Beklagten komme es nicht an, weil das Gericht nicht an diese gebunden sei und die völkerrechtlichen Vorschriften ohnehin Vorrang genössen.

Mit der Berufung begehrt der Kläger nunmehr die Auszahlung des Vermittlungsgutscheins iHv 2.000,- EUR und trägt vor: Es sei nicht vorgeschrieben, dass Arbeitsförderung nur für Arbeitsplätze in Deutschland beansprucht werden könne. Der Beigeladene habe seinen Wohnsitz nach wie vor in Deutschland. Aus Gleichbehandlungsgründen müsse auch eine Vermittlung eines deutschen Arbeitnehmers in die Schweiz durch private Arbeitsvermittler im Rahmen des [§ 421g SGB III](#) honoriert werden. Die Beklagte habe mit dem SECO Verträge zur Arbeitsvermittlung ausgearbeitet und vermittele selbst Fachpersonal in die Schweiz. Zur Vermeidung einer Wettbewerbsverzerrung müssten diese Verträge bei Vorlage eines VGS auch für private Arbeitsvermittler gelten.

Der Kläger beantragt sinngemäß,

das Urteil des Sozialgerichts Neuruppin vom 19. Mai 2009 aufzuheben und die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides vom 4. Juli 2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 11. August 2008 zu verurteilen, an ihn eine Vermittlungsvergütung für den Beigeladenen in Höhe von 2.000,- EUR zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen und die Klage auf Auszahlung der zweiten Rate der Vermittlungsgebühr in Höhe von weiteren 1.000,- EUR abzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend.

Der Beigeladene stellt keinen Antrag.

Wegen des Vorbringens der Beteiligten im Übrigen wird auf deren vorbereitende Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Die Leistungsakte der Beklagten für den Beigeladenen, der den Kläger betreffende Verwaltungsvorgang der Beklagten und die Gerichtsakte haben vorgelegen und sind Gegenstand der Beratung gewesen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung des Klägers ist nicht begründet. Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Zahlung der ersten Rate der Vermittlungsvergütung für den Beigeladenen iHv 1.000,- EUR gemäß [§ 421g Abs. 1 Satz 4, Abs. 2 Satz 2 SGB III](#) in der vom 1. Januar 2005 bis 31. Dezember 2008 geltenden und vorliegend noch anwendbaren Fassung des 4. SGB III-Änderungsgesetzes vom 19. November 2004 ([BGBl. I S. 2902](#)). Der Zahlung der Vergütung steht entgegen, dass das Beschäftigungsverhältnis, in das der Kläger den Beigeladenen vermittelt hat, nicht im Geltungsbereich des SGB III sozialversicherungspflichtig war. Gemäß [§ 421g Abs. 1 Satz 4 SGB III](#) verpflichtet sich die Beklagte, den Vergütungsanspruch eines vom Arbeitnehmer eingeschalteten Vermittlers, der den Arbeitnehmer in eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung mit einer Arbeitszeit von mindestens 15 Stunden wöchentlich vermittelt hat, nach Maßgabe der Abs. 2 und 3 des [§ 421g SGB III](#) zu erfüllen. Der Kläger hat den Beigeladenen nicht in eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung vermittelt, weil der persönliche und räumliche Geltungsbereich des [§ 421g Abs. 1 Satz 4 SGB III](#) nach [§ 3 Nr. 1 Sozialgesetzbuch - Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung - \(SGB IV\)](#) sich lediglich auf Personen erstreckt, die im Geltungsbereich dieses Gesetzbuches - d.h. im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland (vgl. Seewald, in Kasseler Kommentar, SGB IV, Stand: März 2004, [§ 3 Rn. 6](#)) - beschäftigt oder selbstständig tätig sind (Beschäftigungsortsprinzip). Der Beschäftigungsort des in die Schweiz vermittelten Beigeladenen befand sich jedoch außerhalb des Gebietes der Bundesrepublik Deutschland. Es kommt nicht darauf an, ob der Beigeladene - wie vom Kläger behauptet - weiterhin in Deutschland wohnte, denn das Wohnsitzprinzip des [§ 3 Nr. 2 SGB IV](#) gilt nur, soweit die Sozialversicherungspflicht - anders als hier - nicht an eine Beschäftigung oder selbstständige Tätigkeit anknüpft. Von der sich hier aus [§ 3 Nr. 1 SGB IV](#) ergebenden territorialen Begriffsbestimmung der sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung war auch nicht gemäß [§ 6 SGB IV](#) aufgrund europarechtlicher oder völkerrechtlicher Vorschriften abzuweichen. Allerdings hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) in seiner Entscheidung vom 11. Januar 2007 (- [C-208/05](#) - Slg. 2007, I-00181 "ITC"-) in der am Territorialitätsprinzip orientierten Auslegung des [§ 421g Abs. 1 Satz 4 SGB III](#) einen Verstoß gegen Art. 39, 49 und 50 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft gesehen, auf den sich nicht nur Arbeitnehmer, sondern auch private Arbeitsvermittler berufen können (näher dazu Urmersbach in Eicher/Schlegel, SGB III, Stand: August 2009, [§ 421g Rn. 42a](#)). Zugunsten des Klägers ist ferner davon auszugehen, dass die Arbeitnehmerfreizügigkeit aufgrund des EUSchwAbk auch im Verhältnis zwischen der Schweiz und den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU) gilt (vgl. Rademacker, in Hauck/Noftz, SGB III, Stand: November 2009, [§ 421g Rn. 54](#)) und mithin ein Anspruch auf Zahlung der Vergütung aus einem VGS auch bei einer Vermittlung eines Arbeitnehmers aus Deutschland in die Schweiz unter den durch Anhang I Art. 22 Abs. 3 Buchst. i EUSchwAbk zugelassenen einschränkenden Bedingungen des schweizerischen Rechts bestehen kann. Die in der Begründung der Bundesregierung zur Einfügung von [§ 421g Abs. 1 Satz 5 SGB III](#) in der ab 1. Januar 2009 geltenden Fassung des Gesetzes zur Neuausrichtung der arbeitsmarktpolitischen Instrumente vom 21. Dezember 2008 ([BGBl. I S. 2917](#)) vertretene Auffassung (vgl. [BT-Drucks 16/10810](#) zu Nummer 62 ([§ 421g](#)) zu Buchstabe c S. 43 f.), dass die Honorierung einer Beschäftigungsaufnahme in der Schweiz nach dem EUSchwAbk generell ausgeschlossen sein soll, kann unter Berücksichtigung der sich aus Art. 1 Buchst. a und Art. 8 iVm Anhang II EUSchwAbk ergebenden Zielsetzung dieses Abkommens, die maximale Freizügigkeit von Arbeitnehmern zu gewährleisten (vgl. SächsLSG, Beschluss vom 23. November 2009 - [L 1 AL 211/08](#) - juris - Rn. 32), und der ebenfalls auf eine möglichst weitgehende Verwirklichung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer zielenden o.a. Entscheidung des EuGH nicht überzeugen. Der unmittelbar nur auf die Dienstleistungsfreiheit bezogene Vorbehalt des Anhanges I Art. 22 Abs. 3 Buchst. i EUSchwAbk bezweckt ausschließlich den Schutz des schweizerischen Arbeitsvermittlungsmonopols auf der Grundlage der dortigen nationalen Regelungen. Soweit diese Regelungen eine Tätigkeit ausländischer Vermittler nicht ausdrücklich beschränken, können dementsprechend ausländische Vermittler auch im Vermittlungsprozess tätig werden. Es ist nicht ersichtlich, dass Art. 2 AVG oder eine andere eidgenössische Vorschrift die Beteiligung ausländischer Vermittler an der Vermittlung von Arbeitskräften für die Schweiz auch insoweit verbieten oder beschränken will, als diese Vermittler außerhalb der Schweiz unter Einschaltung eines schweizerischen Vermittlers tätig werden (siehe zur Zulässigkeit einer indirekten Vermittlung auch SächsLSG aaO Rn. 33). Die vom Kläger eingereichten Erläuterungen des SECO ("Grenzüberschreitende Personalverleih- und Arbeitsvermittlungskonstellationen und deren Zulässigkeit nach dem AVG") gehen dementsprechend auch von der Zulässigkeit der Beteiligung ausländischer Vermittler an der grenzüberschreitenden Vermittlung unter bestimmten Umständen aus (vgl. Bl. 17 ff. der Gerichtsakten). Im Übrigen wäre auch keine völkerrechtliche Kompetenz der Schweiz für die Anordnung einer extraterritorialen Wirkung der AVG-Vorschriften im Sinne eines generellen auf Vermittlung in die Schweiz bezogenen Verbotes

von Aktivitäten ausländischer Vermittler im Ausland ersichtlich. Es kann hier offen bleiben, ob die indirekte Vermittlung unter den Vermittlungsbegriff des [§ 421g SGB III](#) fällt. Zwar setzt ein Anspruch des privaten Vermittlers nach [§ 421g Abs. 2 SGB III](#) voraus, dass der Vermittler als Dritter in Kontakt sowohl mit dem Arbeitsuchenden als auch dem Arbeitgeber tritt und durch seine Tätigkeit aktiv die Abschlussbereitschaft beider derart gefördert hat, dass ein Arbeitsvertrag geschlossen wurde (vgl. BSG, Urteil vom 6. Mai 2008 - B 7/7a AL 8/07 R - juris - Rn. 12). Diesen Anforderungen könnte jedoch unter Umständen dadurch genügt werden, dass sich der private deutsche Vermittler beim Kontakt mit dem schweizerischen Arbeitgeber durch einen konzessionierten schweizerischen Vermittler vertreten lässt oder diesen als Erfüllungsgehilfen einschaltet. Dies kann freilich dahinstehen, denn der Beigeladene ist vom Kläger nicht im angeführten Sinne "indirekt", sondern - wie schon das SG zutreffend festgestellt hat - "direkt", also ohne Einschaltung eines schweizerischen Vermittlers, in ein Beschäftigungsverhältnis bei der BB vermittelt worden. Die BB ist bei der Vermittlung des Beigeladenen als dessen Arbeitgeberin - und nicht als (weitere) Vermittlerin - aufgetreten (vgl. die Vermittlungs- und Beschäftigungsbestätigungen vom 14. Juni 2008 und vom 5. November 2008 sowie den Einsatzvertrag vom 30. Mai 2008 und die Arbeitgeberbescheinigung vom 22. Dezember 2008). Insoweit kommt es auch nicht darauf an, dass der Kläger möglicherweise keinerlei Tätigkeiten auf eidgenössischem Gebiet entfaltet. Aus der in Art. 2 AVG geregelten Bewilligungspflicht für private Arbeitsvermittler sowie aus Art 1 Buchst. c. AVG, der als Zweck des AVG den Schutz der Arbeitnehmer, welche eine private oder die öffentliche Arbeitsvermittlung oder den Personalverleih in Anspruch nehmen, benennt, ergibt sich, dass schweizerische Arbeitgeber die danach zwingend erforderliche Einschaltung eines schweizerischen Arbeitsvermittlers nicht dadurch umgehen können, dass sie über eine von ihnen im Ausland eingerichtete "Vertretung" unmittelbar mit ausländischen Arbeitsvermittlern in Kontakt treten. Schließlich kann die hier vorliegende Konstellation auch nicht im Sinne einer indirekten Vermittlung dahingehend gedeutet werden, dass der Beigeladene über die "Vertretung Deutschland" der BB in M (= zugelassene schweizerische Arbeitsvermittlerin) an die BB in B (= Arbeitgeberin) vermittelt worden ist. Dies würde voraussetzen, dass es sich bei der "Vertretung Deutschland" um ein Tochterunternehmen oder zumindest um eine Zweigniederlassung der BB handelt, wofür der Sachverhalt keinerlei Anhaltspunkte bietet. Selbst wenn entgegen den vorstehenden Ausführungen die BB in eine vom Kläger eingeschaltete "Untervermittlerin" und die Arbeitgeberin "aufzuspalten" wäre und die BB mithin in einer "Doppelrolle" hätte agieren können, wäre aufgrund der bestehenden wirtschaftlichen Verflechtung (vgl. dazu [BSGE 96, 190](#)) zwischen einer als Vermittlerin auftretenden "Vertretung Deutschland" und einer als Arbeitgeberin fungierenden Zentrale der BB kein - für die Auszahlung eines VGS nach [§ 421g SGB III](#) voraussetzender - Vergütungsanspruch entstanden. Lässt sich - wie dargelegt - ein Anspruch des Klägers auf Auszahlung der ersten Rate des VGS mithin nicht auf der Grundlage des [§ 421g Abs. 1 Satz 4 SGB III](#) begründen, so kommt entgegen der Auffassung des Klägers zur Vermeidung einer "Wettbewerbsverzerrung" auch eine Auszahlung unter Berufung auf [Art. 3 Abs. 1 Grundgesetz](#) nicht in Betracht. Dabei kann offen bleiben, ob und gegebenenfalls unter welchen Umständen die Beklagte Arbeitnehmer in die Schweiz vermittelt. Da ein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht nicht besteht (vgl. BSG, Urteil vom 22. Juni 2010 - [B 1 A 1/09 R](#) - juris), ergibt sich ungeachtet der rechtlichen Bewertung solcher Vermittlungstätigkeiten der Beklagten für den Kläger kein Anspruch auf Förderung einer direkten Vermittlung von Arbeitnehmern in die Schweiz, solange diese Vermittlungstätigkeit - wie hier - gegen die in Einklang mit dem EUSchwAbk aufrechterhaltenen schweizerischen Arbeitsvermittlungsvorschriften verstößt. Die erstmals im Berufungsverfahren (vgl. Schriftsätze vom 8. Juni 2008 und 1. Dezember 2009) erhobene Klage auf Auszahlung der zweiten Rate der Vermittlungsgebühr in Höhe von weiteren 1.000,- EUR ist bereits unzulässig. Denn es fehlt insoweit an der funktionalen Zuständigkeit des Landessozialgerichts (vgl. [§ 29 SGG](#)). Im Übrigen wäre auch diese Klage aus den dargelegten Erwägungen unbegründet.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) iVm [§ 154 Verwaltungsgerichtsordnung \(VwGO\)](#). Dem Beigeladenen sind keine Kosten aufzuerlegen (vgl. [§ 154 Abs. 3 VwGO](#)). Außergerichtliche Kosten des Beigeladenen sind aus Billigkeitsgründen nicht zu erstatten (vgl. [§ 162 Abs. 3 VwGO](#)). Gründe für eine Zulassung der Revision gemäß [§ 160 Abs. 2 Nrn. 1 oder 2 SGG](#) liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BRB

Saved

2011-03-09