

L 13 AL 4973/10

Land

Baden-Württemberg

Sozialgericht

LSG Baden-Württemberg

Sachgebiet

Arbeitslosenversicherung

Abteilung

13

1. Instanz

SG Heilbronn (BWB)

Aktenzeichen

S 9 AL 4429/09

Datum

07.10.2010

2. Instanz

LSG Baden-Württemberg

Aktenzeichen

L 13 AL 4973/10

Datum

27.03.2012

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Leitsätze

Ein kanadischer Staatsangehöriger, der als Handlungsgehilfe - obschon bei einem in der Schweiz beheimateten Unternehmen angestellt - im Bundesgebiet wohnt und ausschließlich dort tätig ist, steht in einem Versicherungspflichtverhältnis gem. [§ 24 SGB III](#).

Zur Frage der Abgrenzung abhängiger Beschäftigung von selbständiger Tätigkeit bei einem mit der Vermittlung von Geschäften für einen Unternehmer Betrauten, der keinerlei unternehmerisches Risiko zu tragen hat und einer nicht vernachlässigbaren Weisungsgebundenheit unterliegt.

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Sozialgerichts Heilbronn vom 7. Oktober 2010 aufgehoben. Die Beklagte wird unter Aufhebung des Bescheides vom 24. Juni 2009 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 13. November 2009 verurteilt, dem Kläger ab dem 1. Juni 2009 Arbeitslosengeld in gesetzlicher Höhe und gesetzlicher Dauer zu bewilligen.

Die Beklagte trägt die außergerichtlichen Kosten des Klägers in beiden Rechtszügen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten darüber, ob dem Kläger ab dem 1. Juni 2009 Arbeitslosengeld (Alg) zusteht.

Der 1965 geborene Kläger ist kanadischer Staatsbürger und hält sich seit 1986 überwiegend in der Bundesrepublik Deutschland auf. Der Kläger war in dieser Zeit als Berufseishockeyspieler, unterbrochen von wiederholten Zeiten der Arbeitslosigkeit, tätig. Er beendete seine Profikarriere als Eishockeyspieler mit Ablauf des 3. April 2006. Er bezog dann in der Folgezeit bis einschließlich 15. Juli 2006 Krankengeld. Ab 21. September 2006 wurde ihm auf Grundlage eines bereits am 14. April 2005 neu entstandenen Alg-Anspruchs Alg für weitere 131 Tage bewilligt. Unter dem 27. November 2006 teilte der Kläger der Beklagten mit, er werde ab 1. Dezember 2006 als selbständiger Handelsvertreter tätig. Der Kläger war in der Folgezeit dann für die Firma C.-B. in der Schweiz tätig.

Am 20. Mai 2009 meldete er sich mit Wirkung zum 1. Juni 2009 bei der Beklagten arbeitslos und beantragte die Gewährung von Alg. Ausweislich der beigelegten Arbeitsbescheinigung der Firma C.-B. war der Kläger in der Zeit vom 10. November 2006 bis 31. Mai 2009 als Eishockeystockverkäufer in Deutschland tätig. Einem gleichfalls vorgelegten Arbeitszeugnis der Firma C.-B. vom 19. Juni 2009 lässt sich entnehmen, dass der Kläger hauptsächlich die Aufgaben hatte, entsprechende Spezialgeschäfte sowie Eishockeyclubs zu besuchen und dort Sportgerät zu verkaufen und darüber hinaus an Ausstellungen, Messen und Events im Hockey-Sektor teilzunehmen. Der ebenfalls vorgelegte Arbeitsvertrag vom 9. März 2009, mit dem das Arbeitsverhältnis mit der C.-B. letztmalig befristet bis zum 31. Mai 2009 verlängert worden ist, sah ein Bruttomonatsgehalt von 3.000 CHF inklusive eines 13. Monatsgehalts für eine "Anstellung zu 100 %" sowie eine Umsatzbeteiligung von 20 % vor. Der Anspruch auf Urlaub sowie auf den 13. Monatslohn werde "pro rata auf die im Unternehmen getätigten Monate kalkuliert". Nachdem die Arbeitszeit sehr unregelmäßig sei und gemäß der Notwendigkeit der Nachfrage der Kunden sowie den persönlichen Wünschen des Klägers von diesem selbst bestimmt werde, werde man bei Beendigung des Arbeitsvertrages keine Überstunden, keine nicht bezogenen Urlaubstage sowie auch keine anderen Kompensationen ausbezahlen. Der Kläger wurde gebeten, die in Anspruch genommenen Urlaubstage mitzuteilen, damit sie im "Stempelsystem" erfasst werden könnten. Mit Bescheid vom 24. Juni 2009 lehnte die Beklagte den Antrag des Klägers auf Alg ab. Die Antwortschäftszeit als eine der Voraussetzungen für den Bezug von Alg sei nicht erfüllt. Der Kläger habe innerhalb der Rahmenfrist von zwei Jahren vor dem 1. Juni 2009 nicht mindestens zwölf Monate in einem Versicherungspflichtverhältnis gestanden. Die im Ausland erzielten Versicherungszeiten hätten nicht zur Erfüllung einer Anwartschaft herangezogen werden können, da der Kläger unmittelbar vor der Arbeitslosmeldung nicht versicherungspflichtig in der Bundesrepublik Deutschland beschäftigt gewesen sei. Der hiergegen am 16. Juli 2009 eingelegte Widerspruch wurde damit begründet, der Kläger sei für die

C.-B. ab 1. Dezember 2006 als Außendienstmitarbeiter tätig gewesen mit der Aufgabe, Sportgeräte der Firma von seinem "Homeoffice" in Deutschland aus bundesweit in Deutschland zu vertreiben. Nur etwa alle sechs Wochen sei der Kläger für etwa drei Tage zum Betriebsitz der Firma in die Schweiz gefahren, um dort an Geschäftsbesprechungen teilzunehmen und die anstehenden weiteren Aufgaben mit der Geschäftsleitung zu besprechen. Die Anstellung des Klägers bei der C.-B. sei im Rahmen eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses erfolgt, wobei die Sozialversicherungsabgaben in der Schweiz abgeführt worden seien. Indem er seinen Wohnsitz und Lebensmittelpunkt während der gesamten Dauer seiner Beschäftigung in der Bundesrepublik beibehalten habe, sei der Kläger als ein sogenannter Grenzgänger zu betrachten gewesen. Aus diesem Grund seien die in der Schweiz angefallenen Versicherungszeiten, für seinen Anspruch auf Alg in vollem Umfang zu berücksichtigen. Auch gelte die aufgrund eines Abkommens zwischen der EU und der Schweiz auch für schweizerische Sachverhalte anzuwendende VO (EWG) 1408/71 aufgrund der VO (EWG) 859/2003 ausdrücklich auch für Drittstaatsangehörige, sofern sie nur ihren Lebensmittelpunkt und rechtmäßigen Wohnsitz in einem Land der EU hätten. Nachdem der Kläger auch diese Voraussetzungen erfülle, seien in der Schweiz erworbene Versicherungszeiten bei seinem Anspruch auf Alg auch aus diesem Grund in vollem Umfang zu berücksichtigen. Ergänzend führte der Kläger noch aus, er sei im Rahmen von regelmäßig zeitlich befristeten Arbeitsverträgen zunächst als Verkäufer von Eishockeyschlägern in Deutschland und Österreich angestellt worden. Später sei das Vertriebsgebiet des Klägers auf das Bundesgebiet beschränkt worden. Demzufolge sei der Tätigkeitsschwerpunkt des Klägers auch in der Bundesrepublik gelegen gewesen.

Mit Widerspruchsbescheid vom 13. November 2009 wies die Beklagte den Widerspruch zurück. Das Beschäftigungsverhältnis als Eishockeystockverkäufer in Deutschland bei der C.-B. sei nicht versicherungspflichtig im Sinn des § 24 Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) gewesen. Der Kläger sei kanadischer Staatsangehöriger. Die Verordnung zur Gleichstellung von Drittstaatsangehörigen, VO (EG) 859/2003, gelte nicht im Verhältnis zur Schweiz.

Hiergegen hat der Kläger, vertreten durch seinen Bevollmächtigten, am 9. Dezember 2009 Klage beim Sozialgericht Heilbronn (SG) erhoben. Zur Begründung hat er vorgetragen, die Beklagte habe zu Unrecht die Anwendung der VO (EG) 859/2003 auf den Kläger verneint. Art. 1 der Verordnung bestimme eindeutig, dass auf Drittstaatsangehörige wie den Kläger die VO (EWG) 1408/71 anzuwenden sei. Aufgrund des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 finde aber die VO (EWG) 1408/71 auch im Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten der EU und der Schweiz Anwendung. Die Erweiterung des Anwendungsbereichs dieser VO auf Drittstaatsangehörige wie den Kläger bedürfe keiner Ratifizierung der VO (EG) 859/2003 durch die Schweiz. Die VO (EG) 859/2003 sei unmittelbar geltendes Recht und müsse jedenfalls von der Bundesrepublik angewandt werden. Der Kläger habe eine unbegrenzte Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis für Deutschland und bereits seit langem seinen ständigen Wohnsitz hier. Auch sein Lebensmittelpunkt sei angesichts der familiären Verhältnisse eindeutig in Deutschland. Der Kläger habe die Vertretung der schweizerischen Firma in Deutschland übernommen und sei nur in regelmäßigen Abständen von ca. sechs Wochen in die Schweiz gereist, um an Geschäftsbesprechungen teilzunehmen. Insoweit seien die Vorschriften über Grenzgänger unmittelbar auf den Kläger anwendbar. Zwar sei nach der VO (EWG) 1408/71 für den Bezug von Alg eine Zwischenbeschäftigung in Deutschland erforderlich. Gerade diese Regelung gelte aber zwischen der Schweiz und Deutschland aufgrund des bereits angeführten bilateralen Abkommens nicht. Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten und hat darauf hingewiesen, dass die Schweiz die VO (EG) 859/2003 bisher nicht übernommen habe. Diese gelte daher im Verhältnis zur Schweiz wegen des fehlenden "Übernahmebeschlusses" nicht.

Das SG hat die Klage mit Urteil vom 7. Oktober 2010 abgewiesen. Der Kläger sei im maßgeblichen Zeitraum nicht in einem Versicherungspflichtverhältnis gestanden, weshalb die Anwartschaftszeit nicht erfüllt sei. Der Kläger sei nicht im Inland beschäftigt gewesen; vielmehr sei er bei einem schweizerischen Unternehmen angestellt gewesen. Die Regelung über die sogenannte Ausstrahlung nach § 4 Abs. 1 Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) würden hier nicht greifen. Vielmehr finde vorliegend § 5 Abs. 1 SGB IV (Einstrahlung) Anwendung, welcher gerade besage, dass die Vorschriften über die Versicherungspflicht nicht für Personen gelten, die im Rahmen eines außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzbuches bestehenden Beschäftigungsverhältnisses in den Geltungsbereich des Gesetzes (das Bundesgebiet) entsandt werden. Der Kläger könne sich auch weder auf das deutsch-schweizerische Sozialversicherungsabkommen noch auf Gemeinschaftsrecht berufen. Auf ersteres könne sich der Kläger schon deshalb nicht berufen, da es sich nur an Personen richten würde, die die deutsche oder schweizerische Nationalität hätten. Der Kläger könne sich aber auch nicht auf Gemeinschaftsrecht berufen, da er als kanadischer Staatsbürger kein EU-Bürger sei. Die VO (EG) 859/2003, die die Bestimmungen der VO (EWG) 1408/71 auf Drittstaatsangehörige ausweite, finde keine Anwendung, da die Schweiz kein EU-Staat sei und die erstgenannte Verordnung unstreitig nicht ratifiziert habe.

Gegen das - ausweislich des in der Akte befindlichen Empfangsbekennnisses dem Klägerbevollmächtigten am 8. Oktober 2010 zugestellte - Urteil hat der Kläger am 22. Oktober 2010 Berufung eingelegt. Zur Begründung der Berufung hat der Kläger im Wesentlichen sein Vorbringen aus erster Instanz wiederholt. Im Berufungsverfahren hat der Kläger noch den erstmaligen Arbeitsvertrag vom 9. November 2006 vorgelegt; demzufolge war das Arbeitsverhältnis zunächst bis 31. Mai 2007 befristet und ein Bruttogehalt von 3.500 CHF bzw. 2.000 CHF (ab 1. März 2007), ein 13. Gehalt in Höhe von 2.000 CHF sowie daneben eine Umsatzbeteiligung von 15 % vereinbart. Dem Kläger wurden für die Laufzeit des Vertrags zwölf Urlaubstage zugestanden. Der Kläger hatte sich daneben einer Verschwiegenheits- und Wettbewerbsklausel zu unterwerfen. Der Arbeitsvertrag nimmt - wie auch die Vertragsverlängerung vom 9. März 2009 - Bezug auf ein so genanntes Personalreglement vom 10. November 2006, welches der Kläger gleichfalls vorgelegt hat. Dieses enthielt unter anderem Berichtspflichten des Klägers sowie Einzelheiten über die Vergütung von Spesen und über das von der Firma C.-B. dem Kläger zur Verfügung gestellte Firmenfahrzeug.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Heilbronn vom 7. Oktober 2010 aufzuheben und die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides vom 24. Juni 2009 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 13. November 2009 zu verurteilen, ihm Arbeitslosengeld in gesetzlicher Höhe ab dem 1. Juni 2009 zu bewilligen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Nach ihrer Auffassung ist das Urteil des SG in der Sache nicht zu beanstanden. Zur Begründung werde Bezug auf die zutreffenden Ausführungen in den Entscheidungsgründen des Urteils sowie den Vortrag der Beklagten in der ersten Instanz genommen. Die VO (EG) 859/03 sei noch nicht in die zwischen die Mitgliedstaaten der EU und der Schweiz anzuwendenden Rechtsvorschriften aufgenommen worden und daher im Verhältnis zur Schweiz nicht anwendbar. In der Folge sei die VO (EWG) 1408/71 im Verhältnis zur Schweiz nur auf Staatsangehörige der EU und der Schweiz anwendbar.

Wegen der weiteren Darstellung des Sachverhalts wird die auf die beigezogene Verwaltungsakte der Beklagten sowie die Gerichtsakten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die gemäß [§§ 143, 144 Abs. 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) statthafte Berufung ist zulässig; sie ist form- und fristgerecht ([§ 151 Abs. 1 SGG](#)) eingelegt worden. Die Berufung hat auch in der Sache Erfolg; der Kläger hat Anspruch auf Alg ab 1. Juni 2009.

Gemäß [§ 118 Abs. 1 SGB III](#) in der hier anzuwendenden Fassung vom 23. Dezember 2003 ([BGBl. I S. 2848](#)) haben Arbeitnehmer Anspruch auf Alg bei Arbeitslosigkeit, wenn sie 1. arbeitslos sind, 2. sich bei der Agentur für Arbeit arbeitslos gemeldet und 3. die Anwartschaftszeit erfüllt haben. Diese Voraussetzungen liegen hier vor.

1. Der Kläger hat sich am 20. Mai 2009 - nach rechtzeitiger Arbeitssuchendmeldung am 25. Februar 2009 - mit Wirkung zum 1. Juni 2009 arbeitslos gemeldet. Er war zu diesem Zeitpunkt arbeitslos im Sinne des [§ 119 Abs. 1 SGB III](#), nachdem er ab dem 1. Juni 2009 nicht mehr in einem Beschäftigungsverhältnis stand (Beschäftigungslosigkeit - [§ 119 Abs. 1 Nr. 1 SGB III](#)). Er hat weiterhin im Alg-Antrag vom 20. Mai 2009 ausdrücklich erklärt, alle Möglichkeiten zu nutzen, um seine Beschäftigungslosigkeit zu beenden (Eigenbemühungen - [119 Abs. 1 Nr. 2 SGB III](#)). Er hat sich darüber hinaus den Vermittlungsbemühungen der Beklagten zur Verfügung gestellt ([§ 119 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 5 SGB III](#) - Verfügbarkeit). Das Vorliegen dieser Voraussetzungen ist zwischen den Beteiligten auch nicht streitig.

2. Darüber hinaus hat der Kläger aber auch die weitere Voraussetzung der Anwartschaftszeit gemäß [§§ 118 Abs. 1 Nr. 3, 123 SGB III](#) erfüllt. Gemäß [§ 123 Satz 1 SGB III](#) hat die Anwartschaftszeit erfüllt, wer in der Rahmenfrist mindestens zwölf Monate in einem Versicherungspflichtverhältnis gestanden ist. Die Rahmenfrist wiederum beträgt zwei Jahre und beginnt mit dem Tag vor der Erfüllung aller sonstiger Voraussetzungen für den Anspruch auf Alg ([§ 124 Abs. 1 SGB III](#)). Die maßgebliche Rahmenfrist umfasst demnach den Zeitraum vom 1. Juni 2007 bis zum 31. Mai 2009. In diesem Zeitraum stand der Kläger in einem Versicherungspflichtverhältnis. Gemäß der Legaldefinition in [§ 24 Abs. 1 SGB III](#) stehen Personen in einem Versicherungspflichtverhältnis, die als Beschäftigte oder aus sonstigen Gründen versicherungspflichtig sind. Nach [§ 25 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#) wiederum sind als Beschäftigte versicherungspflichtig diejenigen Personen, die gegen Arbeitsentgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt sind. Jedenfalls ab 1. Juni 2008 stand der Kläger in einem Beschäftigungsverhältnis im Sinne des [§ 25 Abs. 1 SGB III](#), da sich ausweislich des vorgelegten Arbeitsvertrags vom 19. Mai 2008 seine Tätigkeit als Verkäufer der C.-B. ab diesem Zeitpunkt ausschließlich auf das Bundesgebiet beschränkt hatte. Aus der Tatsache, dass der Sitz der Arbeitgeberin in der Schweiz liegt, ergibt sich nichts anderes. Der geltend gemachte Anspruch ist ausschließlich nach bundesdeutschem Recht zu beurteilen. Anderes ergibt sich weder aus Gemeinschaftsrecht, bilateralen Abkommen noch aus nationalem Recht.

a) Gemäß [§ 3 Abs. 1 SGB IV](#) gelten die Vorschriften über die Versicherungspflicht und die Versicherungsberechtigung, soweit sie eine Beschäftigung oder eine selbstständige Tätigkeit voraussetzen, für alle Personen, die im Geltungsbereich dieses Gesetzbooks beschäftigt oder selbstständig tätig sind. Für die Frage, ob die deutschen Rechtsvorschriften anzuwenden sind, kommt es damit auf den Beschäftigungs- oder Tätigkeitsort an; maßgebend hierfür sind grundsätzlich die [§§ 9 bis 11 SGB IV](#) (Hauck/Haines, SGB IV, Kommentar, § 3 Rdnr. 7; LPK-SGB IV, Kommentar, § 9 Rdnr. 2; a.A. JurisPK-SGB IV, 2. Aufl. 2011, § 9 Rdnr. 6). [§ 9 Abs. 1 SGB IV](#) definiert dabei für Beschäftigte den Beschäftigungsort als den Ort, an dem die Beschäftigung tatsächlich ausgeübt wird. Maßgeblich sind allein die tatsächlichen Verhältnisse und nicht rechtliche Vereinbarungen. Entscheidend hierfür ist regelmäßig die körperliche Anwesenheit (LPK-SGB IV, a.a.O., Rdnr. 4). Im vorliegenden Fall kommen demnach als Anknüpfungspunkt für die tatsächliche Ausübung lediglich das vom Kläger an seinem Wohnort in Sachsenheim eingerichtete "Homeoffice" sowie die an verschiedenen Orten im ganzen Bundesgebiet entfalteten Verkaufstätigkeiten in Betracht. Soweit in [§ 9 Abs. 2](#) und [3 SGB IV](#) ein Beschäftigungsort fingiert wird ("gilt"), sind diese Ausnahmen hier nicht einschlägig. In Betracht kommt allerdings [§ 9 Abs. 5 Satz 1 SGB IV](#). Danach gilt als Beschäftigungsort der Ort, an dem der Betrieb seinen Sitz hat, wenn eine feste Arbeitsstätte nicht vorhanden ist und die Beschäftigung an verschiedenen Orten ausgeübt wird. Betriebssitz der C.-B. ist Porrentruy, Schweiz. Hier erlangt aber [§ 9 Abs. 5 Satz 3 SGB IV](#) Bedeutung: Ist nämlich nach den Sätzen 1 und 2 des Abs. 5 ein Beschäftigungsort im Geltungsbereich dieses Gesetzbooks (SGB IV) nicht vorhanden, gilt als Beschäftigungsort der Ort, an dem die Beschäftigung erstmals im Geltungsbereich dieses Gesetzbuches ausgeübt wird. Ungeachtet dessen, wo der Kläger erstmalig im Bundesgebiet seine Tätigkeit als Eishockeystockverkäufer aufgenommen hat - zu erwägen ist zum einen Sachsenheim als der Ort, an dem er sein "Homeoffice" eingerichtet hat, wie auch derjenige Ort, an dem erstmalig eine Verkaufshandlung stattgefunden hat - gilt damit gemäß gesetzlicher Fiktion als Beschäftigungsort ein Ort im Bundesgebiet, womit der Anwendungsbereich des SGB IV für die hier streitige Tätigkeit als Eishockeystockverkäufer eröffnet wäre. Für den Fall einer selbstständigen Tätigkeit sieht [§ 11 Abs. 1 SGB IV](#) eine entsprechende Anwendung der Vorschriften für die Beschäftigungsorte in [§ 9 SGB IV](#) vor. Soweit eine feste Arbeitsstätte nicht vorhanden ist und die selbstständige Tätigkeit an verschiedenen Orten ausgeübt wird, gilt gemäß [§ 11 Abs. 2 SGB IV](#) abweichend hiervon als Tätigkeitsort der Ort des Wohnsitzes bzw. des gewöhnlichen Aufenthalts, womit gleichfalls das Bundesgebiet maßgeblich wäre.

b) Allerdings erfährt [§ 3 SGB IV](#) Modifikationen; so zum einen durch die [§§ 4](#) (hier evident nicht einschlägig) und [5 SGB IV](#). [§ 5 SGB IV](#) schränkt als vor die Klammer gezogene allgemeine Vorschrift den Anwendungsbereich des [§ 3 SGB IV](#) ein. [§ 5 SGB IV](#) hat aber seinerseits weitgehend nur eine Auffangfunktion für Entscheidungen aus denjenigen Staaten, gegenüber denen die Bundesrepublik weder durch ein bilaterales Sozialversicherungsabkommen noch durch einen multilateralen Vertrag gebunden ist. Solche Regelungen des über- und zwischenstaatlichen Rechts haben gemäß [§ 6 SGB IV](#) Vorrang vor [§ 5 SGB IV](#). Es ist deshalb an erster Stelle zu prüfen, ob auf den konkreten Sachverhalt primäres oder sekundäres Gemeinschaftsrecht Anwendung findet, welches eine vorrangige Kollisionsregelung enthält. In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob der konkrete Sachverhalt von einem zwischenstaatlichen Abkommen erfasst ist. aa) Das soeben gefundene Ergebnis einer Anwendbarkeit der Vorschriften über die Versicherungspflicht und der Versicherungsberechtigung nach dem SGB IV bleibt vom Gemeinschaftsrecht unberührt. Die am 1. Mai 2010 in Kraft getretene VO (EG) 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, die in Art. 11 ff. Kollisionsregelungen für das anzuwendende

Recht trifft, findet keine Anwendung, da der vorliegende Sachverhalt mit der Schweiz einen Nichtmitgliedsstaat betrifft und das Abkommen zwischen der EG und ihren Mitgliedsstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit allein die Anwendung der VO (EWG) 1408/71 im Verhältnis zu diesen Staaten regelt (Schreiber/Wunder/Dern, VO (EG) 883/2004, Kommentar, Art. 90 Rdnr. 5). Die Anwendung der an die Stelle der VO (EWG) 1408/71 getretenen VO (EG) 883/2004 bedarf eines bislang nicht abgeschlossenen völkerrechtlichen Vertrags, weshalb für die Übergangszeit die VO (EWG) 1408/71 fortgilt. Diese Verordnung findet indes auf den Kläger keine Anwendung, da er - wie das SG zutreffend entschieden hat - nicht dem persönlichen Geltungsbereich dieser Verordnung unterfällt. Gemäß Art. 2 Abs. 1 VO (EWG) 1408/71 gilt diese Verordnung für Arbeitnehmer, für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedsstaaten gelten oder galten, soweit sie Staatsangehörige eines Mitgliedsstaates sind oder als Staatenlose oder Flüchtlinge im Gebiet eines Mitgliedsstaats wohnen, sowie für deren Familienangehörige. Der Kläger ist als kanadischer Staatsangehöriger nicht Staatsangehöriger eines Mitgliedsstaats und auch nicht Staatenloser oder Flüchtling im Sinne des Art. 1d bzw. 1e der Verordnung. Zwar sieht die VO (EG) 859/2003 eine Erstreckung der Bestimmungen der VO (EWG) 1408/71 auf Drittstaatsangehörige vor. Gemäß Art. 1 dieser Verordnung finden demnach die Bestimmungen der VO (EWG) 1408/71 auf Drittstaatsangehörige Anwendung, wenn sie ihren rechtmäßigen Wohnsitz in einem Mitgliedsstaat haben und ihre Situation mit einem Element über die Grenzen eines Mitgliedsstaats hinausweist. Nachdem aber die Schweizerische Eidgenossenschaft mit der EG sowie deren Mitgliedsstaaten kein Abkommen über die Anwendung der VO (EG) 859/2003 geschlossen hat, findet diese Verordnung ihrerseits keine Anwendung im Verhältnis zwischen EG und ihren Mitgliedsstaaten einerseits und der Schweiz andererseits. Im Verhältnis zum Kläger ist die Schweiz damit, bezogen auf die genannten Verordnungen, als Drittstaat zu werten. Wie aber auch den der VO (EG) 859/2003 vorangestellten Erwägungen zu entnehmen ist, erfolgt keine Erstreckung der Bestimmungen der VO (EWG) 1408/71 auf Situationen, die mit keinem Element über die Grenze eines einzelnen Mitgliedsstaats hinausweisen; dies gilt insbesondere dann, wenn die Situation eines Drittstaatsangehörigen ausschließlich Verbindungen zu einem Drittstaat - dazu zählt, wie ausgeführt, insoweit auch die Schweiz - und einem einzigen Mitgliedsstaat aufweist (vgl. Ziff. 12 der dem Verordnungstext der VO (EG) 859/2003 vorangestellten Erwägungen). Nur ergänzend sei darauf verwiesen, dass sich im Übrigen ein anderes Ergebnis auch bei Anwendung der VO (EWG) 1408/71 nicht ergäbe: Die einschlägige Kollisionsnorm in Art. 13 Abs. 2a der VO (EWG) 1408/71 bestimmt, dass ein Arbeitnehmer, der im Gebiet eines Mitgliedsstaats beschäftigt ist, den Rechtsvorschriften dieses Staates unterliegt; dies auch dann, wenn er im Gebiet eines anderen Mitgliedsstaats wohnt oder - wie hier - sein Arbeitgeber oder das Unternehmen das ihn beschäftigt, seinen Betriebssitz im Gebiet eines anderen Mitgliedsstaats hat. Auch die VO (EWG) 1408/71 knüpft damit für die anzuwendenden Rechtsvorschriften an den Territorialitätsgrundsatz an. Als Ausnahme von diesem Territorialitätsgrundsatz sieht als einzige vorliegend in Betracht kommende Sonderregelung Art. 14 Abs. 1a VO (EWG) 1408/71 vor, dass ein Arbeitnehmer, der im Gebiet eines Mitgliedsstaats von einem Unternehmen beschäftigt wird, dem er gewöhnlich angehört und von diesem Unternehmen zur Ausführung einer Arbeit für dessen Rechnung in das Gebiet eines anderen Mitgliedsstaats entsandt wird, weiterhin den Rechtsvorschriften des ersten Staates unterliegt, sofern die voraussichtliche Dauer dieser Arbeit zwölf Monate nicht überschreitet und er nicht einen anderen Arbeitnehmer ablöst, für den die Entsendungszeit abgelaufen ist. Eine Entsendung setzt indes gemeinschaftsrechtlich begrifflich einen Ortswechsel voraus; ein solcher fehlt, wenn "Ortskräfte", d.h. bereits im auswärtigen Beschäftigungsstaat wohnhafte Arbeitnehmer eingestellt werden (Schreiber/Wunder/Dern, a.a.O., Art. 12 Rdnr. 9). Abgesehen davon, dass auch die übrigen Voraussetzungen, insbesondere die Begrenzung auf eine voraussichtliche Dauer von zwölf Monaten, nicht vorliegen dürften, lag demnach keine Entsendung im Sinne der VO (EWG) 1408/71 vor.

bb) Eine andere Beurteilung ergibt sich vorliegend auch nicht aufgrund von anzuwendendem zwischenstaatlichen Recht. Der Kläger unterlag nicht dem persönlichen Geltungsbereich des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland über Arbeitslosenversicherung vom 20. Oktober 1982. Gemäß Art. 3 des Abkommens gilt dieses für Staatsangehörige der beiden Vertragsstaaten (Art. 3a), für Flüchtlinge und Staatenlose, die im Gebiet eines der beiden Vertragsstaaten wohnen (Art. 3b) sowie für Grenzgänger ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit (Art. 3c). Für den Kläger kommt demnach ausschließlich die Eröffnung des persönlichen Geltungsbereichs als Grenzgänger gemäß Art. 3c des Abkommens in Betracht. Gemäß Art. 1 Nr. 6 des Abkommens ist Grenzgänger ein Arbeitnehmer, für den aufgrund seiner regelmäßigen und ordnungsgemäßen Beschäftigung in der Grenzzone eines Vertragsstaats dessen Rechtsvorschriften gelten und der in der Grenzzone des anderen Vertragsstaats wohnt. Nachdem aber der Kläger jedenfalls seit Juni 2008 sowohl seine regelmäßige sowie ordnungsgemäße Beschäftigung wie auch seinen Wohnsitz im Bundesgebiet hatte, liegen diese Voraussetzungen nicht vor. Auch die zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Kanada bzw. der Provinz Quebec abgeschlossenen Sozialversicherungsabkommen (Abkommen über soziale Sicherheit vom 14. November 1985 mit Zusatzabkommen vom 1. Dezember 2003 bzw. Abkommen vom 14. Mai 1987) gebieten keine andere Beurteilung des Falls, da sie schon nicht einschlägig sind.

cc) Somit verbleibt es im vorliegenden Fall bei der grundsätzlichen Anwendbarkeit deutschen Rechts. Die Anwendbarkeit deutschen Rechts wird vorliegend auch nicht durch [§ 5 SGB IV](#) als einzige in Betracht kommende vorrangige nationale Regelung zur Eingrenzung des von [§ 3 SGB IV](#) festgelegten räumlichen Anwendungsbereiches des SGB IV ausgeschlossen. Gemäß [§ 5 Abs. 1 SGB IV](#) gelten die Vorschriften über die Versicherungspflicht und die Versicherungsberechtigung, soweit sie eine Beschäftigung voraussetzen, nicht für Personen, die im Rahmen eines außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzbuchs bestehenden Beschäftigungsverhältnisses in diesen Geltungsbereich entsandt werden, wenn die Entsendung infolge der Eigenart der Beschäftigung oder vertraglich im Voraus zeitlich begrenzt ist (Abs. 1). Für Personen, die eine selbstständige Tätigkeit ausüben, gilt Abs. 1 entsprechend (Abs. 2). Für eine Anwendung dieser Vorschrift fehlt es bereits an einer Entsendung des Klägers. Diesem Begriff ist ein Bewegungselement immanent, d.h. der Beschäftigte muss sich vom Ausland nach Deutschland begeben (JurisPK-SGB IV, Kommentar, § 5 Rdnr. 40). An einer solchen Bewegung ins Bundesgebiet fehlt es aber vorliegend. Vielmehr hat der Kläger unmittelbar eine Beschäftigung im Bundesgebiet aufgenommen. Für die unmittelbare oder entsprechende Anwendung von [§ 5 Abs. 1 SGB IV](#) fehlt es darüber hinaus an einer zeitlichen Begrenzung der Tätigkeit im Bundesgebiet infolge der Eigenart der Beschäftigung bzw. einer vertraglichen Vereinbarung.

c) Aber auch soweit der Kläger vor dem 1. Juni 2008 als Verkäufer der C.-B. neben dem Bundesgebiet auch für Österreich zuständig war, ergibt sich - ohne dass es hierauf ankäme - kein abweichendes Ergebnis. In diesem Falle findet im Verhältnis zu Österreich als weiteren Mitgliedstaat der Europäischen Union die VO (EG) 883/2004 unmittelbar Anwendung. Die VO (EU) 1231/2010 vom 24. November 2010 erstreckt dabei den Anwendungsbereich auch auf Drittstaatsangehörige (Art. 1 VO [EU] 1231/2010). Auch die VO (EG) 883/2004 stellt bei der Bestimmung des anzuwendenden Rechts dabei grundsätzlich auf das Territorialitätsprinzip ab (Art. 11 Abs. 3a der Verordnung). Gemäß Art. 13 Abs. 1a der Verordnung unterliegt eine Person, die gewöhnlich in zwei oder mehr Mitgliedstaaten eine Beschäftigung ausübt, den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats, wenn sie dort einen wesentlichen Teil ihrer Tätigkeit ausübt. Im Falle der Ausübung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit gilt dasselbe (Art. 13 Abs. 2a der Verordnung). Nachdem der Kläger den ganz überwiegenden Teil seiner Verkäufertätigkeit im Bundesgebiet entfaltet hat, bleibt es damit auch in Ansehung des vorrangigen Gemeinschaftsrechts bei der

Anwendbarkeit deutschen Rechts.

d) Ist demnach deutsches Recht maßgeblich, war der Kläger auch versicherungspflichtig im Sinne des [§ 25 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#) beschäftigt. Beschäftigung in diesem Sinne ist die nicht selbstständige Arbeit ([§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#)). Der Kläger war im Streitgegenständlichen Zeitraum nicht als selbständiger Handelsvertreter tätig, sondern als abhängig beschäftigter Handlungsgehilfe. Nach den Vorschriften des Handelsrechts ist Handelsvertreter, wer als selbständiger Gewerbetreibender ständig damit betraut ist, für einen anderen Unternehmer Geschäfte zu vermitteln; selbständig ist dabei, wer im wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann ([§ 84 Abs. 1](#) des Handelsgesetzbuchs -HGB). Liegen die zuletzt genannten Voraussetzungen nicht vor, so ist ein mit der Vermittlung von Geschäften für einen Unternehmer Betrauter dessen Handlungsgehilfe ([§ 59 HGB](#)). Für das Handelsrecht sind hiernach Personen, die ständig mit der Vermittlung von Geschäften betraut sind, entweder selbständige Handelsvertreter oder angestellte Handlungsgehilfen; Zwischenformen sind rechtlich nicht zugelassen. Die Vertragstypen des Handelsvertreters und des mit der Vermittlung von Geschäften betrauten Handlungsgehilfen unterscheiden sich mithin nicht nach der Art der zu leistenden Dienste, sondern allein nach dem Maß an persönlicher Freiheit, das dem Dienstpflichtigen bei seiner Tätigkeit eingeräumt ist: Kann er seine Vermittlungstätigkeit im wesentlichen frei gestalten, ist er Handelsvertreter, im anderen Falle Handlungsgehilfe (BSG vom 29. Januar 1981 - [12 RK 63/79](#) = SozR 2400 § 2 Nr. 16 - juris Rdnr. 18).

Die maßgebliche persönliche Selbständigkeit kommt dabei vornehmlich in den vom Gesetz in [§ 84 Abs. 1 Satz 2 HGB](#) genannten Merkmalen zum Ausdruck. Außer ihnen können indes noch weitere Umstände von Bedeutung sein, soweit sie als Indizien für das Vorliegen der ausdrücklich im Gesetz genannten Merkmale der Selbständigkeit anzusehen sind oder sich schon aus der Unternehmereigenschaft des Handelsvertreters ergeben; zu ihnen gehört im besonderen das eigene Unternehmerrisiko als Gegenstück der unternehmerischen Betätigungsfreiheit (BSG a.a.O., juris Rdnr. 21). Nach diesen Grundsätzen, die Rechtsprechung und -lehre zu [§ 84 HGB](#) entwickelt haben, ist Handelsvertreter, wer von einem Unternehmer ständig mit der Vermittlung von Geschäften betraut ist, sofern er nach dem Gesamtbild seiner Tätigkeit persönlich selbständig ist, insbesondere im wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann und ein entsprechendes Unternehmerrisiko trägt; liegen diese Voraussetzungen nicht vor, ist er angestellter Handlungsgehilfe (BSG a.a.O.). Von den gleichen Grundsätzen ist auch im Recht der Sozialversicherung auszugehen und danach die versicherungsfreie Tätigkeit eines selbständigen Handelsvertreters von der versicherungspflichtigen Beschäftigung eines abhängigen Handlungsgehilfen abzugrenzen (BSG a.a.O.; BSG vom 24. September 1981 - [12 RK 43/79](#) - SozR 2200 § 165 Nr. 63 - juris Rdnr. 21).

Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze spricht hier gegen eine selbstständige Tätigkeit des Klägers für die C.-B. vor allem die Abwesenheit jedweden unternehmerischen Risikos. Dieser bezog zuletzt eine monatliche Festvergütung von 4.000,00 CHF (bis einschließlich 28. Februar 2009) bzw. 3.000,00 CHF (ab 1. März 2009). Die gleichfalls vorgesehene Umsatzbeteiligung des Klägers, die zunächst 15%, später dann 20% des Verkaufsvolumens betrug, vermag den Eindruck fehlenden unternehmerischen Risikos nicht zu mindern. Ein solcher provisionsbezogener Vergütungsbestandteil ist auch in abhängigen Beschäftigungsverhältnissen nicht unüblich und machte hier im Verhältnis zu den Festbezügen nur einen kleineren Teil aus (ca. 8.000,00 CHF im Zeitraum vom 1. Juni 2008 bis 31. Mai 2009 gegenüber ca. 52.000,00 CHF Festlohn im selben Zeitraum). Der Kläger hatte auch im übrigen die persönlichen und sächlichen Kosten des Geschäftsbetriebs nicht zu tragen. Gemäß dem Personalreglement vom 10. November 2006, bestätigt durch die Angaben des Klägers in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat, trug die C.-B. sämtliche im Zusammenhang mit der Tätigkeit des Klägers anfallende Spesen. So übernahm die C.-B. bspw. die Kosten für Telefongespräche, Mahlzeiten, geschäftliche Einladungen, Hotelübernachtungen, Kraftstoffe, Parkgebühren, Kosten des öffentlichen Personennahverkehrs und stellte dem Kläger ein Fahrzeug zur Verfügung, für dessen Wartung, Pflege und Reinigung sie vollständig aufkam. Dem Kläger wurde ein Kostenvorschuss gezahlt, der dann gegen die vom Kläger vorgelegten Belege verrechnet wurde. Dabei erfolgte eine vollständige Erstattung der den Kostenvorschuss übersteigenden Beträge. Der Kläger musste demnach nicht befürchten, dass er zeitweise überhaupt nichts verdiente und musste auch keine Abzüge für eine etwaige Schlechtleistung hinnehmen; es fehlte vollständig an dem für die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit typischen Unternehmerrisiko (vgl. BSG vom 10. August 2000 - [B 12 KR 21/98 R](#) = [SozR 3-2400 § 7 Nr. 15](#) - juris Rdnr. 23). Der Eindruck einer abhängigen Beschäftigung wird noch durch das dem Kläger gewährte 13. Gehalt und sowie den ihm zustehenden Anspruch auf bezahlten Urlaub unterstrichen.

Dem gegenüber steht zwar, dass der Kläger nur eingeschränkt in den Betrieb der C.-B. eingegliedert und Weisungen zum äußeren Arbeitsablauf hinsichtlich Ort, Zeit und Dauer der Beschäftigung unterworfen war. Das BSG hat indes bereits in der Vergangenheit anerkannt, dass eine Weisungsabhängigkeit im Einzelfall auch stark zurücktreten oder fehlen kann, ohne dass dies der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses entgegenstehe (vgl. BSG vom 24. September 1981, [a.a.O.](#), juris Rdnr. 23). So kann es gerechtfertigt sein, bei einer Übernahme des Unternehmerrisikos durch den Dienstberechtigten, auch soweit damit beim Dienstpflichtigen nur eine Einschränkung seiner Gestaltungsfreiheit verbunden ist, auf dessen Unselbständigkeit zu schließen. Dies ist jedenfalls bei einer mehr oder weniger vollständigen Übernahme des Unternehmerrisikos durch den Dienstberechtigten und einer entsprechend stärkeren Einschränkung der Betätigungsfreiheit des Dienstpflichtigen geboten (BSG vom 29. Januar 1981, [a.a.O.](#), juris Rdnr. 31). Vorliegend ist zu berücksichtigen, dass der Kläger zwar in der Einteilung seiner täglichen Arbeitszeit weitgehend frei war, wobei diese allerdings in nicht geringem Umfang durch das Erfordernis ausgedehnter Dienstreisen zu den einzelnen Verkaufsstätten geprägt war. Er unterlag allerdings einer ausgedehnten Berichtspflicht, indem ihm aufgegeben war, die C.-B. über das wöchentliche Programm zu informieren und über die Ergebnisse seiner Geschäftsreisen entsprechend zu berichten (zur Bedeutung einer Berichtspflicht für die Frage der Versicherungspflicht vgl. BSG vom 28. Oktober 1960 - [3 RK 13/56](#) = SozR Nr. 20 § 165 RVO - juris Rdnr. 22). Er war einem Wettbewerbsverbot unterworfen und durfte andere Produkte nur mit schriftlicher Zustimmung der C.-B. vertreten. Er war damit praktisch gehalten, seine Arbeitskraft arbeitnehmergleich ausschließlich der C.-B. zur Verfügung zu stellen (BSG a.a.O.). Das vorhandene Weisungsrecht der C.-B. wird auch dadurch bestätigt, dass diese die Befugnis besaß, dem Kläger aus Anlass bestimmter Veranstaltungen wie beispielsweise Messeveranstaltungen aufzugeben, diese zu besuchen und dort als Repräsentant des Unternehmens aufzutreten. So hatte der Kläger wiederholt für 5-6 Tage den Unternehmensstand bei der Messe in München zu betreuen.

Mit diesem nicht völlig vernachlässigbaren Maß von Weisungsgebundenheit auf der einen und der dem Kläger gewährten vollständigen Risikoentlastung auf der anderen Seite ist zur Überzeugung des Senats die Beurteilung als selbständiger Handelsvertreter nicht vereinbar. Vielmehr ist von einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis auszugehen. Nachdem der Kläger diese Beschäftigung auch gegen Arbeitsentgelt ausgeübt hat, bestand Versicherungspflicht gemäß [§ 25 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#). Beginn und Ende der Versicherungspflicht hängen dabei ausschließlich vom Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen ab; die Arbeitslosenversicherung ist eine Zwangsversicherung, die auch ohne bzw. gegen den Willen der Arbeitsvertragsparteien eintritt, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen

vorliegen. Demnach spielt hier keine Rolle, dass der Kläger sowie sein damaliger Arbeitgeber von einer Versicherungspflicht nach schweizerischem Recht ausgegangen sind und in der Bundesrepublik keine Sozialversicherungsbeiträge entrichtet worden sind.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#) und berücksichtigt, dass der Kläger in vollem Umfang obsiegt hat.

Gründe für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2012-10-02