

## L 13 AL 2443/14

Land  
Baden-Württemberg  
Sozialgericht  
LSG Baden-Württemberg  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
13  
1. Instanz  
SG Freiburg (BWB)  
Aktenzeichen  
S 15 AL 1307/13  
Datum  
28.04.2014  
2. Instanz  
LSG Baden-Württemberg  
Aktenzeichen  
L 13 AL 2443/14  
Datum  
17.03.2015  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie

Urteil

Leitsätze

1.) Ein deutscher 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](#).  
2.) Die Gleichstellung eines ausländischen Insolvenzereignisses mit einem Insolvenzereignis in Deutschland erreicht nur dann die vom Gesetzgeber gewollte Wirkung, wenn an das Vorliegen einer Beschäftigung im Inland keine überzogenen Anforderungen gestellt werden.  
3.) 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.  
Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Freiburg vom 28. April 2014 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat dem Kläger auch die außergerichtlichen Kosten des Berufungsverfahrens zu erstatten.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten darum, ob Insolvenzgeld nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) zu leisten ist.

Der 1958 geborene Kläger deutscher Staatsangehörigkeit war ab dem 1. März 2011 bei der F. Suisse AG mit Sitz in St. (Schweiz) als "Head of Expansion Europe" beschäftigt. In dieser Funktion war er für den Vertrieb von Fruchtmark sowie die Verbreitung sogenannter "Smoothies" (Ganzfruchtgetränke) hauptsächlich auf dem deutschen Markt verantwortlich. Hinsichtlich des genauen Inhalts und Umfangs seiner Beschäftigung wird ergänzend auf den Arbeitsvertrag vom 12. Januar 2011 (Bl. 24 ff. der SG-Akte) sowie das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 28. April 2014 (Bl. 30 f. der SG-Akte) verwiesen.

Nachdem der Kläger seinen Lohn für die Monate Juni und Juli 2012 nicht erhalten hatte, kündig-te er mit Schreiben vom 23. Juli 2012 sowie 1. August 2012 das Beschäftigungsverhältnis bei der F. Suisse AG fristlos.

Am 9. November 2012 eröffnete das Kantonsgericht N. über die F. Suisse AG infolge Bilanzdeponie den Konkurs (vgl. Schreiben des Betreibungs- und Konkursamtes N. vom 16. November 2012; Bl. 22 der SG-Akte). Am 16. November 2012 wurde die F. Suisse AG liquidiert und aufgelöst (vgl. Internet-Ausdruck vom 16. April 2014; Bl. 23 der SG-Akte).

Am 22. November 2012 stellte der Kläger bei der Beklagten einen Antrag auf Insolvenzgeld wegen ausstehender Arbeitsentgeltansprüche.

Mit Bescheid vom 5. Dezember 2012 lehnte die Beklagte den Antrag ab. Zur Begründung wurde ausgeführt, aus dem Antrag und der beigefügten Gehaltsabrechnung gehe hervor, dass die Sozialversicherungsbeiträge nach schweizerischem Recht berechnet und an die schweizerischen Träger der Sozialversicherung abgeführt wurden. Aus diesem Grund könne nicht von einem inländischen Beschäftigungsverhältnis ausgegangen werden. Zuständig sei nicht der deutsche, sondern der schweizerische Leistungsträger.

Gegen den Ablehnungsbescheid erhob der Kläger mit Schriftsatz vom 19. Dezember 2012 Widerspruch, der mit Widerspruchsbescheid vom 15. Februar 2013 als unbegründet zurückgewiesen wurde.

Am 19. März 2013 hat der Kläger Klage zum Sozialgericht Freiburg (SG) erhoben. Er hat die Ansicht vertreten, es liege eine Inlandsbeschäftigung vor. Er sei zwar bei einem Arbeitgeber mit Sitz im Ausland beschäftigt gewesen, die tatsächlichen und rechtlichen

Interessen begründeten allerdings ein im Schwerpunkt in der inländischen Rechtsordnung gegründetes Beschäftigungs-verhältnis. Sein Arbeitgeber habe von der Schweiz aus keinerlei wirtschaftliche Aktivitäten ent-wickelt. Er habe nicht nur in Deutschland gewohnt, sondern auch ausschließlich von dort aus gearbeitet.

Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten und hat sich im Wesentlichen auf die Begründung des angegriffenen Widerspruchsbescheides vom 15. Februar 2013 berufen. Zur Begründung hat sie ergänzend vorgetragen, der Betrieb der F. Suisse AG sei ausschließlich in der Schweiz organisiert gewesen, so dass der schweizerische Sozialversicherungsträger leistungspflichtig sei.

Mit Urteil vom 28. April 2014 hat das SG der Klage stattgegeben. Der Bescheid vom 5. Dezember 2012 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 15. Februar 2013 sei rechtswidrig und verletze den Kläger in seinen Rechten. Der Kläger habe Anspruch auf Insolvenzgeld in gesetzlicher Höhe.

Die - näher dargelegten - Voraussetzungen des [§ 165 Abs. 1 S. 1 SGB III](#) lägen vor. Arbeitnehmer hätten Anspruch auf Insolvenzgeld, wenn sie im Inland beschäftigt gewesen seien und bei einem Insolvenzereignis für die vorausgegangenen drei Monate des Arbeitsverhältnisses noch Ansprüche auf Arbeitsentgelt hätten. Als Insolvenzereignis gelte die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Arbeitgebers ([§ 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB III](#)), die Abweisung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse ([§ 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB III](#)) oder die vollständige Beendigung der Betriebstätigkeit im Inland, wenn ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht gestellt worden sei und ein Insolvenzverfahren offensichtlich mangels Masse nicht in Betracht komme ([§ 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB III](#)). Auch bei einem ausländischen Insolvenzereignis hätten im Inland beschäftigte Arbeitnehmer einen Anspruch auf Insolvenzgeld ([§ 165 Abs. 1 S. 3 SGB III](#)).

Vorliegend sei ein Insolvenzereignis gem. [§ 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 1](#) i.V.m. S. 3 SGB III gegeben. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Sinne des [§ 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB III](#) meine zwar in erster Linie die Eröffnung nach deutschem Recht, also im Inland, so das SG mit weiteren Hinweisen. Nach [§ 165 Abs. 1 S. 3 SGB III](#) werde die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens im Ausland allerdings einem inländischen Insolvenzereignis gleichgestellt, um einen Insolvenz-geldanspruch für im Inland beschäftigte Arbeitnehmer zu begründen. Nach Art. 191 des Schweizerischen Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) könne der Schuldner die Konkursöffnung beantragen, indem er sich beim Gericht zahlungsunfähig erkläre. Ausweislich der Mitteilung des Betreibungs- und Konkursamts N. vom 16. November 2012 (Bl. 22 der SG-Akte) sei am 9. November 2012 der Konkurs über die F. Suisse AG eröffnet worden. Am 16. November 2012 sei die F. Suisse AG liquidiert und aufgelöst worden. Ein in einem inländischen Insolvenzereignis gleichgestelltes ausländisches Insolvenzereignis liege somit vor.

Ein Anspruch auf Insolvenzgeld bestehe allerdings nur bei einem inländischen Beschäftigungs-verhältnis des Arbeitnehmers, was sich nach [§§ 3 ff.](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) bestimme. Diese durch das Job-AQTIV-Gesetz vom 10. Dezember 2001 ([BGBl. I 2001, 3443](#)) eingeführte ausdrückliche gesetzliche Regelung diene der Umsetzung von Vorgaben der Europäischen Union, nach denen ein Arbeitnehmer ausschließlich nach den in seinem Beschäftigungsstaat geltenden Regeln vor den Folgen einer Insolvenz seines Arbeitgebers ausweislich der Bundestagsdrucksache [BT-Drs.14/7347, S. 73](#) geschützt werde. Nach Art. 9 Abs. 1 RL 2008/94/EG solle bei in mehreren Mitgliedstaaten tätigen Unternehmen die Garantieeinrichtung des Staates zuständig sein, in dem die Arbeitnehmer ihre Tätigkeit gewöhnlich verrichten oder verrichtet hätten. Auch die im Inland beschäftigten Arbeitnehmer eines ausländischen Arbeitgebers hätten danach Anspruch auf Insolvenzgeld, wenn im Ausland ein Insolvenzereignis eintrete und die hier beschäftigten Arbeitnehmer im Drei-Monats-Zeitraum Entgeltausfälle haben würden. Entscheidend sei hierbei, ob der rechtliche und tatsächliche Schwerpunkt des Arbeitsverhältnisses im Inland liege (Schneider, in: jurisPK-SGB III, 1. Aufl. 2014, § 165 Rn. 35). Hierbei erfolge eine weite Auslegung (Kühl, in: Brand, SGB III, 6. Aufl. 2012, § 165 Rn. 15). Anhaltspunkte hierfür könnten der Sitz des Arbeitgebers, das anwendbare Recht, der Gerichtsstand, die Nationalität des Arbeitnehmers sowie die Währung des Arbeitsent-geltes sein (Voelzke, in: Hauck/Noftz, K § 165 Rn. 187; Peters-Lange, in: Gagel, SGB II/SGB III, 52. Erg.-Lief. 2014, § 165 Rn. 61; Kühl, a.a.O.).

Das SG habe insbesondere nach der mündlichen Verhandlung vom 28. April 2014 keine Zweifel, dass der Schwerpunkt der Beschäftigung des Klägers in Deutschland gelegen habe und der Kläger damit im Sinne des [§ 165 Abs. 1 S. 1 SGB III](#) im Inland beschäftigt gewesen sei.

Dabei werde nicht verkannt, dass vorliegend einige Indizien gegen die Anwendbarkeit des deutschen Insolvenzgeldrechts sprächen. So liege der Sitz des Arbeitgebers im Ausland (Ziff. IL 7. des Arbeitsvertrages), als anwendbares Recht wurde schweizerisches Recht vereinbart (Ziff. XV. 1. des Arbeitsvertrages) und der Lohn wurde in Schweizer Franken ausgezahlt (Ziff. V. 1. des Arbeitsvertrages). Stehe - wie vorliegend - die dauerhafte Tätigkeit des Arbeitnehmers im Inland zum Zeitpunkt des Insolvenzereignisses jedoch fest, könnten diese Indizien einen Anspruch auf Insolvenzgeld im Inland nicht ausschließen, so das SG unter Hinweis auf LSG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 24. September 2009 - [L 1 AL 91/08](#), Rn. 22 bei juris und dessen Bezugnahme auf BSG, Urt. v. 23. November 1981 - [10/8b RAR 8/80](#). In diesem Fall sei die Beklagte als Leistungsträger für die Zahlung von Insolvenzgeld zuständig, ohne dass es darauf ankomme, ob der Arbeitgeber ein Unternehmen mit Sitz oder Niederlassung in einem Drittstaat sei oder ob er eine Niederlassung oder eine dieser vergleichbare Organisation im Inland unterhalte.

Auch die höchstrichterliche Rechtsprechung lasse insoweit erkennen, dass der Anwendungsbe-reich des deutschen Insolvenzgeldrechts über die Grenzen der Ausstrahlung nach [§ 4 SGB IV](#) hinaus unter Berufung auf einen tatsächlichen oder auch nur geplanten Schwerpunkt der Beschäftigung in Deutschland zu erweitern sei, so das SG unter Hinweis auf BSG, Urt. v. 23. Februar 1994 - [10 RAR 8/93](#), Rn. 19 und 22 bei juris; Schmidt, a.a.O., Rn. 38. Auch liege eine Einstrahlung im Sinne des [§ 5 SGB IV](#) mit der Folge der Nichtanwendbarkeit des deutschen Sozialversicherungsrechts und des Ausschlusses von Insolvenzgeld nicht vor, wenn die Tätigkeit dauerhaft im Inland ausgeübt werden solle. Für den Zeitraum, in dem der Kläger nach dem Willen der Arbeitsvertragsparteien in Deutschland tätig sein sollte und dies tatsächlich auch gewesen sei, stehe ihm daher ein Anspruch auf Insolvenzgeld gegen die Beklagte zu. Dass dem Grunde nach Arbeitsentgelt ausgefallen sei, sei zwischen den Beteiligten nicht streitig. Auch eine rechtzeitige Antragstellung gem. [§ 324 Abs. 3 S. 1 SGB III](#) liege vor.

Gegen das ihr am 13. Mai 2014 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 4. Juni 2014 Berufung eingelegt. Sie wiederholt und vertieft ihr bisheriges Vorbringen und macht im Wesentlichen geltend, dass eine Auslandsbeschäftigung vorliege und keine inländische Beschäftigung nach [§ 165 Abs. 1](#) Satz SGB III. Mit der Geltendmachung von Ansprüchen beim kantonalen Beitreibungsamt N. habe der Kläger selbst gezeigt, dass er zunächst davon ausgegangen sei, das Ansprüche nach schweizerischem Sozialversicherungsrecht geltend zu machen seien.

Auf jeden Fall könne eine Bewilligung von Insolvenzgeld zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung erster Instanz nicht erfolgen. Ein Lohnausfall als Tatbestandsmerkmal läge nicht vor, falls der Kläger ausgefallenes Arbeitsentgelt im Wege der Beitreibung hätte erlangen können. Er habe dort einen entsprechend Antrag gestellt.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgericht Freiburg vom 28. April 2014 aufzuheben und die Klage abzuweisen

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Es müssten in Einklang mit dem SG die tatsächlichen Verhältnisse zugrunde gelegt werden. Die Beitreibung des Anspruchs gegenüber der Schuldnerin (F. Suisse AG) seien erfolglos geblieben. Mit Schreiben vom 12. Dezember 2013 habe das Beitreibungs- und Konkursamt N. einen Verlustschein infolge Konkurses über den Betrag von 48.824,00 CHF erteilt.

Wegen des weiteren Vorbringens und der Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die Verwaltungsakten der Beklagten sowie auf die Prozessakten beider Instanzen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die gemäß den [§§ 143, 144, 151](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) zulässige Berufung der Beklagten ist nicht begründet. Der Kläger hat einen näher bezeichneten Insolvenzgeldanspruch gegen die Beklagte, weshalb die Berufung gegen das stattgebende Urteil des SG zurückzuweisen war.

Gegenstand der kombinierten Anfechtungs- und Verpflichtungsklage ist der den Antrag der Klägers vom 22. November 2012 ablehnende Bescheid der Beklagten vom 5. Dezember 2012 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 15. Februar 2013. Dieser erweist sich als rechtswidrig und verletzt den Kläger in seinen Rechten.

Das SG hat in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils zutreffend die rechtlichen Grundlagen für das vom Kläger beanspruchte Insolvenzgeld dargelegt. Das SG hat ebenso zutreffend ausgeführt, dass der Kläger einen diesbezüglichen Anspruch hat. Die Entscheidung der Beklagten ist daher zu beanstanden. Der Senat schließt sich den Ausführungen des SG nach eigener Überprüfung und unter Berücksichtigung des gesamten Vorbringens der Beklagten uneingeschränkt an, macht sich diese aufgrund eigener Überzeugungsbildung vollinhaltlich zu eigen, weist die Berufung aus den Gründen der angefochtenen Entscheidung gemäß [§ 153 Abs. 2 SGG](#) zurück und sieht insoweit von einer weiteren Darstellung der Entscheidungsgründe ab.

Ergänzend ist auszuführen, dass bereits zur Vorgängernorm [§ 183 Abs. 1 S. 2 SGB 3](#) (in der Fassung vom 10. Dezember 2001, gültig vom 1. Januar 2002 bis 11. Dezember 2006) anerkannt war, dass ein ausländisches Insolvenzereignis- entgegen früherer Rechtslage- auch einen Insolvenzgeldanspruch für im Inland beschäftigte Arbeitnehmer begründet. Eine Anwendung findet statt, wenn das maßgebende Insolvenzereignis - hier die Eröffnung des Konkurs- bzw. Insolvenzverfahrens im Ausland - nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts zum 1. Januar 2002 eingetreten ist. Dies ist nunmehr in [§ 165 Abs. 1 S. 3 SGB III](#) (vom 20. Dezember 2011; gültig ab 1. April 2012) durch Gleichstellung ausdrücklich normiert. Die Höhe des Anspruchs im Einzelnen zu klären ist, nach Erlassen des Grundurteils ([§ 130 Abs. 1 S. 1 SGG](#)) Aufgabe der Beklagte, da nunmehr feststeht, dass (überhaupt) ein Geldbetrag zu zahlen ist. Das BSG ([SGb 1991, 323](#)) hat es insofern sogar schon genügen lassen, wenn ein Zahlungsanspruch wahrscheinlich ist (siehe auch SG Frankfurt, Urteil vom 1. August 2003 - [S 33 AL 4293/02](#) -, Rn. 26, juris). Der Umstand, dass das Beitreibungs- und Konkursamt N. mittlerweile einen Verlustschein infolge Konkurses über den Betrag von 48.824,00 CHF erteilt hat, ändert hieran nichts. Vielmehr wird nunmehr sogar der komplette finanzielle Ausfall im Sinne des zeitweiligen Vortrags der Beklagten ebenfalls belegt. Ob es entsprechend dem Vorbringen der Beklagten nicht möglich ist, eine diesbezüglich Forderung bei zwei verschiedenen Ämtern unterschiedlicher Länder geltend zu machen, kann - auch nach der weiteren Darstellung zum zwischenstaatlichen Recht unten 2.2) - mangels Entscheidungserheblichkeit offenbleiben. Denn zumindest im Falle einer Ablehnung in einem Land ergeben sich keine doppelten Zahlungen aus demselben Anlass. Ob für den Fall eines erfolgten Zahlungsausspruchs in der Schweiz eine Verrechnung in Deutschland zu erfolgen hat, kann vorliegend dahinstehen.

Nach den tatsächlichen Feststellungen des SG, die vom Senat übernommen werden, sind somit sämtliche Normvoraussetzungen erfüllt. Der Kläger hat nachweislich noch Ansprüche auf Arbeitsentgelt, das drei Monate übersteigt. Mangels Masse kommt ein Insolvenzverfahren nicht in Betracht, wobei ein ausländische Insolvenzereignis (hier: Schweiz) ausdrücklich im Normtext gleichgestellt ist. Auf die Feststellungen des SG zum Insolvenzereignis wird Bezug genommen. Der Kläger war - entsprechend den weiteren Ausführungen- auch im Inland beschäftigt.

Weiterhin ergänzend auszuführen ist, dass es an einem inländischen Beschäftigungsverhältnis - entgegen dem Vortrag der Beklagten- gerade nicht mangelt.

1) 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 Gesetzbuchs 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 rechtlichen 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 das vom Kläger an seinem Wohnort Müllheim eingerichtete "Homeoffice" sowie die an verschiedenen Orten im ganzen Bundesgebiet entfalteten Verkaufsaktivitäten 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 F. Suisse AG war Stans, 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 Gesetzbuchs (SGB IV) nicht vorhanden, gilt als Beschäftigungsort der Ort, an dem die Beschäftigung erstmals im Geltungsbereich dieses Gesetzbuchs ausgeübt wird. Ungeachtet dessen, wo der Kläger erstmalig im Bundesgebiet seine Tätigkeit für den Vertrieb von Fruchtmarmalade sowie die Verbreitung sogenannter "Smoothies" (im Folgenden: Vertriebsbeauftragter Frucht) aufgenommen hat - zu erwägen ist zum einen Müllheim als der Ort, an dem er wie vertraglich vereinbart 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 Vertriebsbeauftragter Frucht 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. Auf andere EU-Staaten kommt es, auch nach der in der mündlichen Verhandlung geäußerten Ansicht der Beklagten, nicht mehr an.

2) 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 Entsendungen 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 (grundlegend LSG Baden-Württemberg, Entscheidung vom 27. März 2012, Aktenzeichen [L 13 AL 4973/10](#), juris). 2.1) Das soeben gefundene Ergebnis einer Anwendbarkeit der Vorschriften über die Versicherungspflicht und der Versicherungsberechtigung nach dem SGB IV bleibt von Veränderungen durch das Gemeinschaftsrecht unberührt.

Die am 1. Mai 2010 in Kraft getretene EU-Verordnung (im Folgenden: VO (EG)) Nr. 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 an sich unmittelbar 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) Nr. 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) Nr. 1408/71 getretenen VO (EG) Nr. 883/2004 bedurfte eines zunächst nicht abgeschlossenen völkerrechtlichen Vertrags, weshalb für eine Übergangszeit zunächst die VO (EWG) 1408/71 im Verhältnis zur Schweiz fortgegolten hat. Die Anwendung der VO (EG) Nr. 883/2004 in den Beziehungen zwischen der Schweiz und den EU-Mitgliedstaaten ist mittlerweile sichergestellt. Die VO (EU) Nr. 883/2004 (und auch diejenige Nr. 987/2009), welche die VO (EWG) Nr. 1408/71 und Nr. 574/72 abgelöst haben, sind nunmehr seit dem 1. April 2012 in den Beziehungen zwischen der Schweiz und den EU-Mitgliedstaaten anwendbar. Ab dem 1. Januar 2015 sind auch die durch die Verordnungen (EG) Nr. 1244/2010, Nr. 465/2012 und Nr. 1224/2012 erfolgten Änderungen in den Beziehungen zwischen der Schweiz und den EU-Mitgliedstaaten anwendbar. Die VO (EG) Nr. 883/2004 bezieht somit nunmehr auch alle wirtschaftlich nichtaktiven Personen mit ein. Das europäische Koordinierungsrecht soll damit der Mobilität aller Bürgerinnen und Bürger unabhängig von ihrem Erwerbsstatus dienen. Es gilt für alle Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der EU, des EWR und der Schweiz und für Drittstaatsangehörige im Rahmen der VO (EU) Nr. 1231/2010.

Wie auch die VO (EWG) Nr. 1408/71 knüpfen damit die anzuwendenden Rechtsvorschriften an den Territorialitätsgrundsatz an. Als Ausnahme von diesem Territorialitätsgrundsatz sah als einzige in Betracht kommende Sonderregelung Art. 14 Abs. 1a VO (EWG) Nr. 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 früheren VO (EWG) Nr. 1408/71 bzw. der Nachfolgeregelungen vor. Eine weitere Auseinandersetzung ist daher entbehrlich.

2.2) Eine andere Beurteilung ergibt sich vorliegend auch nicht aufgrund von anzuwendendem zwischenstaatlichen Recht. Der Geltungsbereich des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland über Arbeitslosenversicherung vom 20. Oktober 1982 ist nicht eröffnet, da es vorliegend nicht um Arbeitslosengeld geht.

Die Richtlinie (RL) Nr. 80/987/EWG vom 20. Oktober 1980 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitsgebers ist nach mehrfacher Änderung durch die RL Nr. 2008/94/EG vom 22. Oktober 2008 ersetzt worden. Artikel 9 in Kapitel IV, der sich auf ein Unternehmen, das im Hoheitsgebiet mindestens zweier Mitgliedstaaten tätig ist, bezieht und dessen Zahlungsunfähigkeit fordert, eröffnet selbst im Fall seiner Einschlägigkeit in grenzüberschreitenden Fällen die Zuständigkeit der die Garantieeinrichtung desjenigen Staates, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer die Arbeit gewöhnlich verrichtet hat. An einer gewöhnlichen Verrichtung in Deutschland bestehen auf Basis der mitgeteilten Fakten keine Zweifel. Auch die Beklagte hat im Termin am 28. April 2014 ausdrücklich anerkannt, dass der Schwerpunkt der Beschäftigung des Klägers in Deutschland gelegen hat (Bl. 22 RS SG-Akte). Angesichts des Wortlauts kommt es gerade nicht auf die Garantieeinrichtung des Staates an, dessen Sozialversicherungsrecht das Beschäftigungsverhältnis unterlegen hat, weshalb die Beklagte diese Position des Bescheids vom 5. Dezember 2012 zuletzt wohl nicht mehr erneuerte.

Andere einschlägige Abkommen im Hinblick auf Insolvenzgeld sind nicht ersichtlich.

2.3) 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 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 Geltungsbereiches 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.

3) 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 F. Suisse AG vor allem die Abwesenheit jedweden unternehmerischen Risikos. Er ist vielmehr im Sinne eines "Vertriebsbeauftragten Frucht" ausweislich der mit ihm geschlossenen Vereinbarung mit Anwesenheits- und Besprechungspflichten als abhängiger Handlungsgehilfe einzuordnen. Denn der Kläger hatte auch im Übrigen die persönlichen und sächlichen Kosten des Geschäftsbetriebs nicht zu tragen. Dem gegenüber steht zwar, dass der Kläger jeweils nur eingeschränkt in den Betrieb F. Suisse AG 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 entgegenstünde (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). Durch die vereinbarten Zielerreichungsprämien ergibt sich keine gegenteiliges Bild. Denn die sind nur Bestandteil der Vergütungsvereinbarung neben einem "Fixum an Monatsraten" und damit - wie geregelt- Lohnbestandteil (Arbeitsvertrag V Ziff. 1; Bl. 26 ff. SG-Akte).

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 Partnern bzw. Wiederverkäufern geprägt war. Er unterlag einer Berichtspflicht, indem ihm aufgegeben war, den Verwaltungsrat der F. Suisse AG mit detaillierten Angaben zu informieren und sich mit diesem abzustimmen (Arbeitsvertrag II Ziff. 4 S. 3) 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 (Arbeitsvertrag VI Ziff. 1 S.2) und durfte keine anderen Produkte als die der F. Suisse AG vertreten. Er war damit praktisch gehalten, seine Arbeitskraft arbeitnehmergleich ausschließlich der F. Suisse AG zur Verfügung zu stellen (BSG a.a.O.). Das vorhandene Weisungsrecht der F. Suisse AG wird auch dadurch bestätigt, dass diese die Befugnis besaß, dem Kläger aus Anlass von Koordinationssitzungen aufzugeben, im Office in Stans oder im Showroom in Zürich zu erscheinen (Arbeitsvertrag IV Ziff. 3 S. 3) oder auch auf Messen aufzutreten (Arbeitsvertrag II Ziff. 4).

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.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#). Im Rahmen des dem Senat nach [§ 193 SGG](#) eingeräumten Ermessens war für den Senat maßgeblich, dass die Beklagte mit der Rechtsverfolgung ohne Erfolg geblieben ist und die Beklagte keinen Anlass zur Klageerhebung gegeben hat. Der Senat hält es auch im Falle einer Zurückweisung des Rechtsmittels für erforderlich, nicht nur über die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zu entscheiden, sondern auch über die Kosten der vorausgehenden Instanz (so Lüdtkke, Kommentar zum SGG, 4. Aufl., [§ 197a SGG](#) Rdnr. 3; er-kennender Senat, Urteil vom 19. November 2013, [L 13 R 1662/12](#), veröffentlicht in Juris; a.A. Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, Kommentar zum SGG, 11. Auflage, [§ 193 SGG](#) Rdnr. 2a; Hintz/Lowe, Kommentar zum SGG, [§ 193 SGG](#) Rdnr. 11; Jansen, Kommentar zum SGG, 4. Auflage, [§ 193 SGG](#) Rdnr. 4).

Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2015-06-11