

**Zur Beitragspflicht einer Gesellschaft ungarischen Rechts, die in der Bundesrepublik Deutschland keine selbständige Zweigniederlassung unterhält und zu deren Geschäftszweck die Vermittlung ausschließlich ungarischer Arbeitnehmer aus dem Fleischerhandwerk an deutsche Schlachtereien und Fleischverarbeitungsunternehmen gehört.**

§§ 122, 150 SGB VII, § 24 SGB IV,  
§ 3 Nr. 1, §§ 5 und 6 SGB IV

Urteil des LSG Rheinland-Pfalz vom 26.10.2009 – L 2 U 46/09 –  
Bestätigung des Urteils des SG Mainz vom 19.08.2008 – S 5 U 33/06 –

**Streitig** war die Heranziehung der Klägerin – eine in der Rechtsform mit einer GmbH vergleichbare Gesellschaft ungarischen Rechts, die in der Bundesrepublik Deutschland keine selbständige Zweigniederlassung unterhält – zur **Zahlung von Beiträgen zur gesetzlichen UV für die Jahre 1997-2003** (nebst Säumniszuschlägen) für die von ihr in der Bundesrepublik Deutschland beschäftigten Arbeitnehmer. Zum Geschäftszweck der Kl. gehört die Vermittlung ausschließlich ungarischer Arbeitnehmer aus dem Fleischerhandwerk an deutsche Schlachtereien und Fleischverarbeitungsunternehmen. Auf der Grundlage des *deutsch-ungarisches Werkvertragsabkommen* und des *deutsch-ungarisches Sozialversicherungsabkommen* (vgl. Rz. 3) hatte die Kl. bei deutschen Firmen ungarische Arbeitnehmer aufgrund kontingentierter Werkverträge in der Bundesrepublik Deutschland für wechselnde Einsatzorte befristet für die Dauer von maximal 24 Monaten eingesetzt. Zu den Betriebsverhältnissen in Ungarn und der Anzahl der dort beschäftigten Arbeitnehmer hatte die Kl. keine Angaben gemacht. Von der zuständigen ungarischen Sozialversicherungsbehörde, der Nationalen Kasse für Gesundheitsversicherung (OEP), waren aufgrund des deutsch-ungarischen Entsendeabkommens D/H 101-Bescheinigungen ausgestellt worden, wonach die Arbeitnehmer ausschließlich dem ungarischen Sozialversicherungsrecht unterfielen.

Nach Auffassung des LSG findet auf die Beschäftigungsverhältnisse der ungarischen Arbeitnehmer **deutsches Sozialversicherungsrecht** Anwendung. Grundsätzlich würden nach § 3 Nr. 1 SGB IV die deutschen Rechtsvorschriften über die Versicherungspflicht und die Versicherungsberechtigung für alle Personen gelten, die im Geltungsbereich des Gesetzes beschäftigt seien (Territorialitätsprinzip). Unabhängig von der Staatsangehörigkeit der Beschäftigten gelte bei einem Vollzug des Beschäftigungsverhältnisses im Inland grundsätzlich deutsches Sozialversicherungsrecht, sofern keine Ausnahme vom Territorialitätsprinzip eingreife. Gemäß § 5 SGB IV würden die deutschen Vorschriften nicht für Personen gelten, die im Rahmen eines außerhalb des Geltungsbereichs des Sozialgesetzbuchs bestehenden Beschäftigungsverhältnisses in diesen Geltungsbereich entsandt würden, wenn die Entsendung infolge der Eigenart der Beschäftigung oder vertraglich im Voraus zeitlich begrenzt sei (Einstrahlung). Umgekehrt gelte Entsprechendes für die in § 4 SGB IV geregelten Fälle der Entsendung in das Ausland (Ausstrahlung). Regelungen des über- und zwischenstaatlichen Rechts blieben nach § 6 SGB IV unberührt. Als zwischenstaatliches Recht kämen für die Zeit bis zum 30.4.2000 das deutsch-ungarische Werkvertragsabkommen und für den sich anschließenden Zeitraum ab dem 1.5.2000 bis zum 31.12.2003 das deutsch-ungarische Sozialversicherungsabkommen in Frage. Dies gelte jedenfalls, soweit in diesen Abkommen Regelungen zur Sozialversicherungspflicht getroffen worden sein. Aus zwischenstaatlichem Recht ließen sich jedoch keine vom deutschen Recht abweichenden, vorrangigen Regelungen zur Sozialversicherungspflicht entnehmen (wird ausgeführt, Rz. 46 ff.). Es liege kein Entsendefall vor. Es gebe keine überzeugenden Gründe dafür, Arbeitnehmer, die für einen in einem Vertragsstaat ansässigen Arbeitgeber Beschäftigungen nur im anderen Vertragsstaat ausüben würden, von der Versicherungspflicht freizustellen. In diesem Fall bleibe es bei dem sich aus dem Territorialitätsprinzip ergebenden Grundsatz der beschäftigungsbezogenen Versicherungspflicht.

Eine andere rechtliche Beurteilung ergebe sich auch nicht aus dem Umstand, dass die Kl. D/H 101-Bescheinigungen (s.o.) vorgelegt habe (Rz. 59 ff.). Diese seien vorliegend offensichtlich feh-

lerhaft gewesen, da die Arbeitnehmer lediglich zum Zwecke des Einsatzes in der Bundesrepublik eingestellt worden seien und eine Weiterbeschäftigung in Ungarn mangels Betriebsstätte faktisch nicht möglich gewesen sei, und würden keine Bindungswirkung entfalten.

Die Klägerin habe somit in den Jahren 1997 bis 2003 der deutschen Sozialversicherungspflicht unterlegen und sei daher zu Recht von der Beklagten für diese Jahre zur Zahlung von Beiträgen zur gesetzlichen Unfallversicherung (nebst Säumniszuschlägen) für die von ihr in der Bundesrepublik Deutschland beschäftigten Arbeitnehmer herangezogen worden.

(Mit Beschluss vom 10.06.2010 – B 2 U 4/10 B – hat das BSG die Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision durch das LSG als unzulässig verworfen und den Streitwert für das Beschwerdeverfahren vor dem BSG und die Vorinstanzen auf 179.177,31 € festgesetzt.)

Das **Landessozialgericht Rheinland-Pfalz** hat mit **Urteil vom 26.10.2009**  
**- L 2 U 46/09 -**

wie folgt entschieden:

## Tatbestand

1

Streitig ist die Versicherungspflicht der Klägerin sowie deren Heranziehung zur Zahlung von Beiträgen und Säumniszuschlägen auf Beiträge zur gesetzlichen Unfallversicherung für die von ihr in der Bundesrepublik Deutschland beschäftigten Arbeitnehmer.

2

Die Klägerin, die in der Bundesrepublik Deutschland keine selbständige Zweigniederlassung unterhält, ist eine in der Rechtsform mit einer GmbH vergleichbare Gesellschaft ungarischen Rechts (Kft) mit Sitz in B . Sie ist seit dem 27.5.2004 die Rechtsnachfolgerin der Firma I . Zu ihrem Geschäftszweck gehört die Vermittlung ausschließlich ungarischer Arbeitnehmer aus dem Fleischerhandwerk an deutsche Schlachtereien und Fleischverarbeitungsunternehmen.

3

Nach Eingang einer Unfallmeldung leitete die Beklagte im Jahr 2000 Ermittlungen zur Geschäftstätigkeit der Klägerin ein. Diese ergaben, dass die Klägerin bei deutschen Firmen auf der Grundlage der "Vereinbarung zwischen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Regierung der Ungarischen Volksrepublik über die Entsendung ungarischer Arbeitnehmer aus in der Ungarischen Volksrepublik ansässigen Unternehmen zur Beschäftigung auf der Grundlage von Werkverträgen vom 3.1.1989" (im Folgenden: deutsch-ungarisches Werkvertragsabkommen; BGBl 1989 Teil II, Seite 245) und des am 1.5.2000 in Kraft getretenen Gesetzes zum Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Ungarn über soziale Sicherheit (im Folgenden: deutsch-ungarisches Sozialversicherungsabkommen, BGBl 1999 II, Seite 902) ungarische Arbeitnehmer aufgrund kontingentierter Werkverträge in der Bundesrepublik Deutschland für wechselnde Einsatzorte befristet für die Dauer von maximal 24 Monaten eingesetzt hatte.

4

Zu den Betriebsverhältnissen in Ungarn und der Anzahl der dort beschäftigten Arbeitnehmer machte die Klägerin keine Angaben.

5

Von der zuständigen ungarischen Sozialversicherungsbehörde, der Nationalen Kasse für Gesundheitsversicherung (OEP), wurden aufgrund des deutsch-ungarischen Entsendeabkommens D/H 101-Bescheinigungen ausgestellt, wonach die Arbeitnehmer ausschließlich dem ungarischen Sozialversicherungsrecht unterfielen.

6

Mit Bescheid vom 11.12.2001 stellte die Beklagte ihre Zuständigkeit als Unfallversicherungsträger für das klägerische Unternehmen ab dem 27.10.1996 fest und veranlagte die Klägerin nach dem bis zum 31.12.2000 geltenden Gefahrtarif zum Gewerbebezweig "Ausbeinerei/Zerlegerei" und zur Gefahrklasse 23,0 und für die Zeit ab dem 1.1.2001 zur Gefahrklasse 17,8.

7

Mit weiterem Bescheid vom gleichen Tag zog die Beklagte die Klägerin aufgrund einer Schätzung zu Beiträgen für das Jahr 1996 (26.178,14 DM) heran.

8

Die gegen die Bescheide vom 11.12.2001 am 23.1.2002 erhobenen Widersprüche begründete die Klägerin damit, sie habe im Jahr 1996 keine Tätigkeit in der Bundesrepublik entfaltet. Erst im Januar 1997 seien 4 Arbeitnehmer zur Ausführung des Werkvertrages zum Einsatz gebracht worden. Im Übrigen sei die Zuständigkeit der Beklagten nicht gegeben, da ihre Arbeitnehmer ausschließlich der ungarischen Sozialversicherung unterfielen.

9

Mit Bescheid vom 21.7.2004 hob die Beklagte den angefochtenen Beitragsbescheid für das Jahr 1996 auf. Sie forderte von der Beklagten erneut die Beantwortung der gestellten Fragen und die Vorlage der angeforderten Unterlagen. Die Klägerin verwies auf die Bindungswirkung der erteilten Entsendebescheinigung D/H 101.

10

Die Beklagte erließ in der Folgezeit weitere Beitragsbescheide, nämlich am 17.12.2002 einen Beitragsbescheid für das Jahr 1997 (86.871,34 Euro), am 18.12.2003 einen Beitragsbescheid für das Jahr 1998 (17.112,10 Euro), am 29.11.2004 einen Beitragsbescheid für das Jahr 1999 (24.328,67 Euro), am 11.7.2005 Beitragsbescheide für das Jahr 2000 (9.621,81 Euro), für das Jahr 2001 (8.097,41 Euro), für das Jahr 2002 (11.474,28 Euro) und für das Jahr 2003 (20.928,70 Euro). Mangels Vorlage von Lohnnachweisen nahm sie die Festsetzung der Höhe der Beiträge im Wege der Schätzung vor und orientierte sich dabei an der Entgeltsumme, die sie aus dem Nettoumsatz unter Abzug der Sozialversicherungsbeiträge errechnete. Mit Bescheiden vom 21.1.2005 und 24.8.2005 setzte sie außerdem Säumniszuschläge in Höhe von 243 Euro und 500 Euro fest.

11

Die Widersprüche der Klägerin gegen die Beitragsbescheide und gegen die Säumnisbescheide wurden mit Widerspruchsbescheid vom 19.10.2005 als unbegründet zurückgewiesen. Die Beitragsbescheide basierten auf Schätzungen der Lohnsummen, nachdem die Klägerin ihrer Mitwirkungspflicht nicht nachgekommen war. Der Widerspruch gegen den Zuständigkeits- und Veranlagungsbescheid vom 11.12.2001 wurde als verfristet angesehen und als unzulässig zurückgewiesen. Zugleich wurde die Zuständigkeit der Beklagten als gegeben angesehen.

12

Die Klägerin hat am 17.11.2005 Klage zum SG Berlin erhoben, welche mit Beschluss vom 6.1.2006 an das örtlich zuständige SG Mainz verwiesen wurde.

13

Die Beklagte hat während des Klageverfahrens am 27.3.2006 Beitragsbescheide gleichen Inhalts an die Klägerin als Rechtsnachfolgerin der I erlassen.

14

Die Klägerin hat zur Begründung der Klage ihre Auffassung wiederholt und ergänzend ausgeführt, die Beklagte habe zu Unrecht ihre Versicherungs- und Beitragspflicht angenommen. Das zuständige LAA Hessen habe Zustimmungsbescheide für die Beschäftigung der ungarischen Arbeitnehmer im Rahmen der geschlossenen Werkverträge erteilt. Sie habe auf die Richtigkeit dieser Bescheinigungen vertraut. Bei einer Entsendung im Rahmen des deutsch-ungarischen Werkvertragsabkommens bestehe eine Befreiung von der Sozialversicherungspflicht. Die aufgrund der Regelung in Art. 4 der Vereinbarung zur Durchführung des deutsch-ungarischen Sozialversicherungsabkommens eingeführten „D/H 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/H 101-Bescheinigung“ sei nicht zu erkennen. Nach Auffassung der ungarischen OEP sei eine Einstellung von Arbeitnehmern für den Zweck der Entsendung mit der Regelung im Sozialversicherungsabkommen ohne weiteres vereinbar und eine Geschäftstätigkeit in Ungarn nicht erforderlich. Eine Grundlage für eine abweichende Beurteilung und Prüfung der Sozialversicherungspflicht durch die deutschen Behörden sei nicht gegeben. Die Beklagte habe keine Prüfungscompetenz und könne daher auch keine weiteren Angaben und Unterlagen verlangen. Diese Auffassung werde durch das BSG im Urteil vom 16.12.1999 - B 14 KG 1/99 geteilt. Im Übrigen seien die Beiträge für das Jahr 1997 verjährt.

15

Die Beklagte hat darauf verwiesen, dass die D/H 101-Bescheinigungen anders als die E 101-Bescheinigungen keine Bindungswirkung entfalteten, so dass sie diese eigenständig prüfen und beurteilen dürfe. Dies ergebe sich aus der Rechtsprechung des LSG Rheinland-Pfalz. Auch der BGH (Urteil vom 24.10.2007 - 1 StR 189/07) gehe nicht von einer Bindungswirkung aus.

16

Das SG hat durch Urteil vom 19.8.2008 die Klage abgewiesen. Es hat zur Begründung ausgeführt, die an die Klägerin als Rechtsnachfolgerin der I gerichteten Bescheide seien nach § 96 SGG zum Gegenstand des Verfahrens geworden, da sie die ergangenen Bescheide abänderten. Diese Bescheide seien rechtmäßig. Es bestehe Versicherungspflicht für die in der Bundesrepublik eingesetzten Arbeitnehmer der Klägerin.

17

Gegen dieses ihr am 5.1.2009 zugestellte Urteil richtet sich die am 5.2.2009 zum Landessozialgericht (LSG) Rheinland-Pfalz eingelegte Berufung der Klägerin.

18

Sie trägt vor:

19

§ 5 SGB IV fordere für eine Einstrahlung ein im Ausland bestehendes Beschäftigungsverhältnis. Wesentliches Indiz für das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnis sei die Frage, gegen wen sich der Entgeltanspruch richte (Aus- und Einstrahlungsrichtlinien Nr. 3.3.1). Im vorliegenden Falle richte sich der Entgeltanspruch gegen die Gesellschaft im Ausland, da es keine inländische Rechtspersönlichkeit gebe, gegen die sich der Anspruch richten könne. Aufgrund des geschlossenen Werkvertragsabkommens zwischen der Bundesrepublik und Ungarn sei von den zuständigen Ministerien die Auskunft erteilt worden, dass die Werkvertragsarbeitnehmer grundsätzlich nicht der Sozialversicherungspflicht in der Bundesrepublik Deutschland unterlägen. Hierfür spreche ein Schreiben des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung vom 6.12.1995, welches sich auf die Kündigung des Abkommens zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Sozialistischen Republik Rumänien über Sozialversicherung vom 29.6.1973 beziehe, außerdem ein von der AOK Siegerland-Wittgenstein verfasstes Schreiben vom 7.6.1990 und ein von der Bau-Berufsgenossenschaft Wuppertal verfasstes Schreiben vom 14.7.1993. Darüber hinaus fehlten in den vom LAA Hessen ausgestellten Zustimmungsbescheiden Belehrungen dahingehend, dass die Sozialversicherungspflicht noch abschließend zu klären sei. Die D/H 101-Bescheinigungen entfalteten konstitutive Wirkung. Dies ergebe sich schließlich auch aus § 109 Abs. 1 Nr. 4 SGB IV. Hierzu verweise sie auf das Urteil des BSG vom 16.12.1999 - B 16 KG 1/99 R zum deutsch-mazedonischen Sozialversicherungsabkommen, Beschlüsse des Sozialgerichts Berlin vom 9.11.2007 - S 84 KR 2249/07 ER und des Landessozialgerichts Berlin-Brandenburg vom 24.4.2007 - L 1 B 1030/05 KR sowie auf ein Urteil des Bayerischen Landessozialgerichts vom 27.2.2007 - L 5 KR 32/04). Soweit der BGH in Strafsachen eine andere Auffassung vertrete, sei er nicht das Fachgericht zur Beurteilung sozialversicherungsrechtlicher Tatbestände. Schließlich ergebe sich aus einem Protokoll der Arbeitsgruppe für zwischenstaatliches Sozialversicherungsrecht über eine Sitzung vom 31.8.2000/1.9.2000, dass an der in den Richtlinien vom 20.11.1997 vereinbarten Auslegung weiter festgehalten werde. Danach komme es für die Frage der Entsendung ausschließlich darauf an, ob die Arbeitnehmer nach Beendigung der Entsendung in ihr Heimatland zurückkehrten und dort weiterhin der Sozialversicherungspflicht unterlägen.

20

Die Klägerin beantragt,



21

das Urteil des Sozialgerichts Mainz vom 19.8.2008, den Zuständigkeits- und Veranlagungsbescheid der Beklagten vom 11.12.2001, die Beitragsbescheide vom 17.12.2002, 18.12.2003, 29.11.2004, 11.7.2005 und die Bescheide über Säumniszuschläge vom 21.1.2005 und 24.8.2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 19.10.2005, geändert durch die Bescheide vom 27.3.2006, aufzuheben,

22

hilfsweise, die Revision zuzulassen.

23

Die Beklagte beantragt,

24

die Berufung zurückzuweisen.

25

Die Beklagte hat entgegnet, sie könne nicht erkennen, inwiefern das von der Klägerin vorgelegte Schreiben des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung vom 6.12.1995, welches sich mit der Ausgestaltung des Versicherungsschutzes von Werkvertragsarbeitnehmern aus Rumänien befasst, für den im vorliegenden Verfahren zu entscheidenden Sachverhalt Relevanz besitze. Die von der Klägerin aufgezeigte Rechtsauffassung der AOK Siegerland-Wittgenstein im Schreiben vom 7.6.1990 und von der Bau-Berufsgenossenschaft Wuppertal im Schreiben vom 14.7.1993 werde von ihr nicht geteilt. Entgegen der Auffassung der Klägerin ergebe sich die konstitutive Wirkung der D/H 101-Bescheinigungen nicht aus § 109 Abs. 1 Nr. 4 SGB IV. Diese Vorschrift setze, wie das SG Mainz zutreffend in einem Beschluss vom 27.6.2003 - S ER 21/03 U entschieden habe, voraus, dass Beschäftigte im Rahmen eines außerhalb des Geltungsbereichs des SGB IV bestehenden Beschäftigungsverhältnisses in dessen Geltungsbereich entsandt worden seien. Wann dies der Fall sei, regle die Vorschrift nicht. Zur geltend gemachten konstitutiven Wirkung der D/H 101-Bescheinigung habe der BGH in Urteilen vom 24.10.2007 - StR 160/07 und 198/07 die Bindungswirkung der D/H 101-Bescheinigungen verneint. Soweit die Klägerin dem BGH die Kompetenz zur Beurteilung von Fragen der Entsendung abspreche, sei dies nicht nachvollziehbar. Dem von der Klägerin zitierten BSG-Urteil vom 16.12.1999 lasse sich entnehmen, dass bei offensichtlicher Fehlerhaftigkeit der Bescheinigung von einer fehlenden Verbindlichkeit auszugehen sei. Auch das Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung habe in einem Schreiben vom 14.9.2001 an das zuständige ungarische Fachministerium ausdrücklich erklärt, dass eine konstitutive Wirkung der Entsendebescheinigungen nicht gewollt sei. In den vom Klägervertreter genannten Beschlüssen des Sozialgerichts Berlin, des Landessozialgerichts Berlin-Brandenburg sowie des Bayerischen Landessozialgerichts sei dieses Schreiben nicht berücksichtigt worden. Sie verweise auf die gegenteilige Rechtsprechung des erkennenden Senats, welcher die konstitutive Wirkung der deutsch-polnischen Entsendebescheinigung in seinem Beschluss vom 23.6.2003 - L 2 ER 7/03 verneint habe. Soweit die Klägerin auf ein Protokoll der Arbeitsgruppe für zwischenstaatliches Sozialversicherungsrecht über eine Sitzung vom 31.8.2000/1.9.2000 verweise, sei das Zitat des Beratungsergebnisses unvollständig. Der entscheidende Passus, wonach der VDR ein entsprechendes Antwortschreiben entwerfe

und den Spitzenverbänden zur Abstimmung vorlege, werde bezeichnenderweise nicht wiedergegeben. Schließlich seien die Beiträge für das Jahr 1997 auch nicht verjährt. Nach § 25 Abs. 1 SGB IV verjährten Ansprüche auf Beiträge in vier Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem sie fällig geworden seien. Diese Vierjahresfrist sei erst am 31.12.2002 abgelaufen gewesen, so dass der Geltendmachung der Beiträge für 1997 im Beitragsbescheids vom 17.12.2002 der Einwand der Verjährung nicht entgegengehalten werden könne.

26

Der Senat hat eine in einem Parallelverfahren eingeholte Auskunft des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (BMAS) vom 25.01.2007 zum Gegenstand des Verfahrens gemacht.

27

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Prozessakte und auf die Verwaltungsakten der Beklagten (2 Bände) verwiesen. Sie waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung und Beratung.

## **Entscheidungsgründe**

28

Die nach den §§ 143 ff Sozialgerichtsgesetz (SGG) zulässige Berufung ist unbegründet.

29

Gegenstand des Verfahrens sind der Zuständigkeits- und Veranlagungsbescheid vom 11.12.2001, die Beitragsbescheide für die Jahre 1997 bis 2003 vom 17.12.2002, 18.12.2003, 29.11.2004, 11.7.2005, 11.7.2005 und die Säumnisbescheide vom 21.1.2005 und 24.8.2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 19.10.2005, geändert durch Bescheide vom 27.3.2006.

30

Die Bescheide vom 27.3.2006, deren Kassation die Klägerin erstrebt, sind nur deklaratorischer Natur. Denn ihr Regelungsgehalt besteht lediglich in der Korrektur einer unrichtigen Klägerbezeichnung in den Ausgangsbescheiden. Es handelt sich daher weder um Bescheide, die die Voraussetzungen des § 96 SGG erfüllen noch um eine Klageänderung im Sinne des § 99 SGG.

31

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

32

Die Klägerin unterlag in den Jahren 1997 bis 2003 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.

33

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

34

§ 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 Verordnungsgeber 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 Gewerbebezweig 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).

35

Im vorliegenden Fall ist der Gewerbebezweig 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.



36

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

37

Die zutreffend veranlagte Klägerin unterliegt der Pflicht, Beiträge zur gesetzlichen Unfallversicherung an die Beklagte zu entrichten. Die Berechtigung zur Erhebung von Säumniszuschlägen ergibt sich aus § 24 SGB IV.

38

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).

39

Auf die Beschäftigungsverhältnisse der ungarischen Arbeitnehmer findet deutsches Sozialversicherungsrecht Anwendung.

40

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.

41

Dies gilt, sofern keine Ausnahme vom Territorialitätsprinzip eingreift.

42

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).

43

Regelungen des über- und zwischenstaatlichen Rechts bleiben nach § 6 SGB IV unberührt.

44

Als zwischenstaatliches Recht kommen für die Zeit bis zum 31.4.2000 das deutsch-ungarische Werkvertragsabkommen und für den sich anschließenden Zeitraum ab dem

1.5.2000 bis zum 31.12.2003 das deutsch-ungarische Sozialversicherungsabkommen in Frage. Dies gilt jedenfalls, soweit in diesen Abkommen Regelungen zur Sozialversicherungspflicht getroffen wurden.

45

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

46

In den Artikeln des deutsch-ungarischen Werkvertragsabkommen geht es im Wesentlichen um die Frage, unter welchen Bedingungen ungarische 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.

47

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 Ungarn einbringen und damit bei dem entsandten Betrieb in Ungarn weiter beschäftigt werden. Da folglich nicht mit jedem Einsatz von Werkvertragsarbeitnehmern die politischen Intentionen der Regierungen verwirklicht werden, ist es auch nicht angezeigt, bei jedem Werkvertragsarbeitnehmer einen Entsendefall anzunehmen.

48

Dem widerspricht auch nicht eine vom Senat eingeholte Auskunft des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales vom 25.1.2007. Dort heißt es bezogen auf den Zeitraum der Geltung des deutsch-ungarischen Werkvertragsabkommens (bis 30.4.2000):

49

„Das anzuwendende Versicherungsrecht für Personen, die aus Ungarn nach Deutschland entsandt wurden, richtete sich zum einen nach deutschem Recht (Einstrahlung nach § 5 SGB IV) und zum anderen nach ungarischem Recht. Folglich kam es zu Doppelversicherungen, wenn nach deutschem Recht keine Entsendung im Sinne der Einstrahlung vorlag und es sich nach ungarischem Recht um eine Entsendung handelte. Andererseits konnte es auch passieren, dass in keinem der Staaten ein Versicherungsschutz bestand, weil nach deutschem Recht die Voraussetzungen einer Entsendung im Sinne der Einstrahlung vorlagen und auf ungarischer Seite die Voraussetzungen für den Fortbestand der Versicherungspflicht in Ungarn nicht erfüllt waren.“

50

Hinsichtlich der Zeit ab dem 1.5.2000, d.h. nach dem Inkrafttreten des deutsch-ungarischen Sozialversicherungsabkommens, ergibt sich keine Änderung in der rechtlichen Beurteilung des Falles. Auch in der Zeit vom 1.5.2000 bis zum 31.12.2003 lag daher kein Entsendefall vor.

51

Die Voraussetzungen einer Entsendung sind weder in diesem Abkommen (Art. 1, 7 bis 11 des Abkommens) noch in der Durchführungsvereinbarung zu diesem Abkommen noch im Schlussprotokoll zum Abkommen eigenständig definiert oder näher konkretisiert (so auch die o.g. Auskunft des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung).

52

Nach Art. 7 des Abkommens unterstehen Arbeitnehmer, die in einem Vertragsstaat beschäftigt sind und im Rahmen dieses Beschäftigungsverhältnisses von ihren Arbeitgebern in den anderen Vertragsstaat entsandt werden, um dort eine Arbeit für diesen Arbeitgeber auszuführen, in Bezug auf diese Beschäftigung für die ersten 24 Monate allein den Rechtsvorschriften des Entsendestaates, als wären sie noch in dessen Hoheitsgebiet beschäftigt.

53

Für eine weitere Zugrundelegung des deutschen Entsendebegriffs und die Geltung der Einstrahlungsvoraussetzungen des § 5 SGB IV auch für die Zeit der Geltung dieses Abkommens spricht, dass sowohl § 5 SGB IV als auch Art. 7 des Abkommens einen „Rahmen eines bestehenden Beschäftigungsverhältnisses“ erwähnen. Aus der wiedergegebenen Wortfolge lässt sich daher nach dem BSG-Urteil vom 10.8.1999 (B 2 U 30/89 R in SozR 3-2400 § 4 Nr. 5) auf das Erfordernis einer Anschlussbeschäftigung schließen. Für diese Auslegung spricht, dass bei einer bestehenden Absicht zur eigenständigen Begriffsbestimmung eine solche ohne Weiteres in das Regelwerk aufgenommen hätte werden können.

54

Auch nach der eingeholten Auskunft des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (BMAS) vom 25.01.2007 finden sich in den Verhandlungsunterlagen und den Protokollen der Vertragspartner zum Entsendebegriff keine weiterführenden Informationen.

55

Dieser Bewertung kann sich der Senat nur anschließen, nachdem die Auswertung der im Laufe des Verfahrens vorgelegten zahlreichen Protokolle und Schreiben der beteiligten Stellen der ungarischen und deutschen Seite zur Auslegung des deutsch-ungarischen Sozialversicherungsabkommens keine eindeutigen Schlussfolgerungen erlaubt. Vergleicht man deren Inhalt miteinander, wird deutlich, dass sich kein einheitliches Bild ergibt.

56

Soweit man Art. 7 des Abkommens die Maßgeblichkeit der ungarischen Rechtsvorschriften entnimmt, ergibt sich ebenfalls keine anderes Ergebnis. Denn auch nach der ungarischen

schen Legaldefinition des Entsendebegriffs ist zumindest eine Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmer bei ihrem Arbeitgeber nach Abschluss der Tätigkeit im anderen Vertragsstaat erforderlich.

57

Der Begriff der Entsendung ist im ungarischem Arbeitsrecht, nämlich in § 105 des Arbeitsgesetzbuchs der Republik Ungarn (Gesetz Nr. XXII von 4.5.1992, ArbGB), definiert. Gemäß § 105 Abs. 1 ArbGB kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer aus wirtschaftlichen Interessen zeitweilig zu einer Arbeitsverrichtung außerhalb des gewöhnlichen Ortes seiner Arbeitsverrichtung verpflichten (Entsendung). Voraussetzung dafür ist nach § 105 Abs. 1 S. 2 ArbGB, dass der Arbeitnehmer auch während dieses Zeitraums seine Arbeit auf Anleitung und Anweisung des Arbeitgebers verrichtet. Es wird nicht als Entsendung angesehen, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit - aus der Natur der Arbeit heraus - gewöhnlich außerhalb der Niederlassung verrichtet (§ 105 Abs. 1 S. 3 ArbGB).

58

Nach der Legaldefinition des § 105 Abs. 1 S. 1 des ungarischen ArbGB ist folglich für eine Entsendung erforderlich, dass der Arbeitnehmer gewöhnlich an einem anderen als dem Ort der Entsendung für den Arbeitgeber tätig ist. Für eine Entsendung ist mithin nicht nur der Fortbestand der beidseitigen arbeitsvertraglichen Verpflichtungen während und nach der Entsendung (Satz 2 der Bestimmung) erforderlich, sondern darüber hinaus die gewöhnliche, d.h. tatsächliche Tätigkeit für den Arbeitgeber sowohl vor als auch nach der Entsendung. Damit sind im ungarischen Recht sogar deutlicher formulierte Entsendevoraussetzungen gesetzlich festgeschrieben als im deutschen Recht. Die ungarische Rechtsordnung verlangt eine Vor- und Nachbeschäftigung, um die Bindung an das System der sozialen Sicherheit im Entsendestaat aufrecht zu erhalten. Eine Ausnahme von einer Versicherungspflicht, die an eine im Inland ausgeübte Beschäftigung anknüpft, ist nur dann sachlich gerechtfertigt, wenn ein ausreichend enger Bezug zu einer Beschäftigung im anderen Vertragsstaat besteht, die die Entsendung überdauert. Es gibt auch keine überzeugenden Gründe dafür Arbeitnehmer, die für einen in einem Vertragsstaat ansässigen Arbeitgeber Beschäftigungen nur im anderen Vertragsstaat ausüben, von der Versicherungspflicht freizustellen. In diesem Fall bleibt es bei dem sich aus dem Territorialitätsprinzip ergebenden Grundsatz der beschäftigungsbezogenen Versicherungspflicht. Eine Entsendung im Sinne der ungarischen Rechtsvorschriften liegt nicht vor, wenn der Arbeitnehmer für seinen Arbeitgeber weder vor noch nach dem Einsatz im Ausland „gewöhnlich“ tätig sein kann. Die Klägerin hat keine näheren Angaben zu Art und zum Umfang ihrer Tätigkeit in Ungarn gemacht und keinen Nachweis darüber geführt, dass in Ungarn überhaupt ein nennenswerter Geschäftsbetrieb unterhalten wird. Indem lediglich der Geschäftszweck verfolgt wird, Arbeitnehmer für eine Tätigkeit in der Bundesrepublik einzustellen, entspricht dies nicht den Erfordernissen des § 105 ArbGB an einen „gewöhnlichen Ort der Arbeitsverrichtung“.

59

Eine andere rechtliche Beurteilung ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass die Klägerin aufgrund Art. 4 Abs 3 der Durchführungsvereinbarung zum deutsch-ungarischen Sozialversicherungsabkommen (zum Inkrafttreten Art. 42 des Gesetzes iVm der Bekanntmachung vom 23.3.2000, BGBl II, 644) D/H 101-Bescheinigungen vorgelegt hat, die von der Nationalen Kasse für Gesundheitsversicherung OEP auf ihren Antrag hin erlassen wurden

und denen nach Auffassung der Klägerin eine den E 101-Bescheinigungen vergleichbare Bindungswirkung zukommen soll.

60

Weder aus den Vorschriften des deutsch-ungarischen Sozialversicherungsabkommens noch der Durchführungsvereinbarung ergibt sich, dass die Entsendebescheinigungen konstitutiven Charakter haben sollten oder der Verbindungsstelle des Entsendestaates ein Vorrang bei der Auslegung des Begriffs der Entsendung zukommen sollte.

61

Auch auf die Entscheidung des BSG vom 16.12.1999 (B 14 KG 1/99 R) zum Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien über soziale Sicherheit vom 12.10.1968 (BGBl 1969 II, S. 1438) in der Fassung des Änderungsabkommens von 30.9.1974 (BGBl 1975 II, S. 93) kann sich die Klägerin nicht stützen. Das BSG hat für den Anwendungsbereich dieses Abkommens aus einer Vereinbarung der Verbindungsstelle, wonach die Verbindungsstelle des Entsendestaates vorrangig darüber entscheiden sollte, ob ein Arbeitnehmer die Voraussetzungen der Entsendung im Sinne des Abkommens erfülle, eine Bindungswirkung der Entsendebescheinigung für die versicherungsrelevante Rechte des Beschäftigungsstaates abgeleitet und ausgeführt, dass nach richtiger Auslegung des Abkommens die Verbindungsstelle zu einer solchen Regelung berechtigt gewesen sein. Da das deutsch-ungarische Sozialversicherungsabkommen eine solche Vereinbarung der Verbindungsstelle über eine konstitutive Wirkung der Entsendebescheinigung nicht vorsieht und eine entsprechende Vereinbarung auch nicht getroffen worden ist, ist die genannte Entscheidung des BSG auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar.

62

Aus EU-Recht (etwa die EWG-Verordnung 1408/71) lässt sich die konstitutive Wirkung der Entsendebescheinigung ebenfalls 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 sowie 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 Betriebssitz 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. Die konstitutive Wirkung von E 101-Bescheinigungen innerhalb der Mitgliedsstaaten im Bereich der Europäischen Union lässt sich nicht auf Abkommensstaaten, zu denen Ungarn 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, 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).

63

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

64

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.

65

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).

66

Im vorliegenden Fall waren die ausgestellten Bescheinigungen offensichtlich fehlerhaft, da die Arbeitnehmer lediglich zum Zwecke des Einsatzes in der Bundesrepublik eingestellt wurden und eine Weiterbeschäftigung in Ungarn mangels Betriebsstätte faktisch nicht möglich war.

67

Entfalten D/H 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 für den gesamten streitigen Zeitraum nach deutschem Recht, d.h. nach den §§ 3 ff SGB IV und den hierzu entwickelten Grundsätzen.

68

Nach deutschem Recht liegt eine Entsendung nicht vor.

69

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.

70

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.

71

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

72

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).

73

In der Praxis der Versicherungsträger mag von einem ausländischen Beschäftigungsverhältnis ausgegangen werden, wenn das Unternehmen das Entgelt des im Ausland Tätigen steuerlich und sozialversicherungsrechtlich ebenso behandelt wie das der im Inland tätigen Mitarbeiter (vgl. Aus- und Einstrahlungsrichtlinien Nr. 3.3.1). Diese Tatsache ist jedoch lediglich ein Indiz. Behandelt das Unternehmen das Entgelt sozialversicherungsrechtlich falsch, so begründet diese falsche Handhabung kein inländisches Beschäftigungsverhältnis (BSGE 61, 123 = SozR 5870 § 1 Nr. 11, KassKomm- Seewald, Rn 8 zu § 4 SGB IV).

74

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 befusste, 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 Ausnahmegesetze zum Territorialitätsprinzip in § 3 SGB IV. Ausnahmegesetze 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).

75

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.

76

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

77

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.

78

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

79

Trotz entsprechender Aufforderungen durch die Beklagten und das SG hat die Klägerin keine Angaben zur Art und zum Umfang fleischergewerblichen Aktivitäten in Ungarn gemacht. Sie hat daher nicht nachgewiesen, dass eine Weiterbeschäftigung der in Deutschland eingesetzten Arbeitnehmer nach Rückkehr in die Heimat faktisch möglich gewesen wäre. Denn es ist nicht mit Nachweisen belegt, dass sie in Budapest Betriebseinrichtungen und Produktionsstätten unterhielt. Die Klägerin konnte ihre Arbeitnehmer nach der Rückkehr aus Deutschland nicht in einem eigenen Schlachthof oder in einem eigenen Zerlegebetrieb unterbringen. Es bestand daher nicht einmal eine Option für die zahlreichen für den Einsatz in Deutschland eingestellten Kräfte, nach ihrer Rückkehr aus der Bundesrepublik am ungarischen Firmensitz weiterbeschäftigt zu werden. Sie wäre faktisch dazu gar nicht in der Lage gewesen, selbst wenn Rückkehrer die Weiterbeschäftigung angestrebt hätten.

80

Es hätte auch nicht genügt, die Möglichkeit zu haben, mit den zurückkehrenden Arbeitnehmern in Ungarn Werkverträge oder Arbeitnehmerüberlassung bei anderen Schlachthö-

fen und Zerlegebetrieben durchzuführen. Denn bei der Prüfung der Weiterbeschäftigung sind Einsatzmöglichkeiten der Rückkehrer im Rahmen von Werkverträgen mit anderen ungarischen 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).

81

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. Die Vorlage schriftlicher Arbeitsverträge ist zwar angekündigt worden, jedoch nicht erfolgt. Zudem dürfte es bereits wegen des Lohngefälles zwischen Ungarn und der Bundesrepublik am Willen der eingesetzten Arbeitnehmer gefehlt haben, das Beschäftigungsverhältnis in Ungarn fortzusetzen, damit aber an der einen Vertragsschluss kennzeichnenden übereinstimmenden Willenserklärung der Parteien.

82

Einwände gegen die Berechnungsgrundlagen sind von der Klägerin nicht geltend gemacht worden und auch nicht ersichtlich. Mangels Vorlage von Lohnnachweisen war die Beklagte zur Festsetzung der Beiträge im Wege der Schätzung (§ 165 Abs 3 SGB VII) berechtigt. Dabei hat sie sich an der geschätzten Entgeltsumme orientiert, die sie aus dem Nettoumsatz unter Abzug der Sozialversicherungsbeiträge errechnete.

83

Die Beiträge für das Jahr 1997 sind auch noch nicht verjährt. Nach § 25 Abs 2 SGB IV verjähren Beitragsansprüche in vier Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem sie fällig geworden sind, d.h. am 31.12.2002, so dass im Zeitpunkt der Bescheiderteilung am 17.12.2002 noch keine Verjährung eingetreten war.

84

Die Rechtsgrundlage für die Verhängung von Säumniszuschlägen ergibt sich aus § 24 SGB VII.

85

Nach alledem war die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

86

Die Kostenentscheidung richtet sich nach §§ 183, 193, 197a SGG.

87

Die Festsetzung des Streitwerts findet ihre Rechtsgrundlage in § 52 Gerichtskostengesetz (GKG). Der Streitwert errechnet sich aus der Summe sämtlicher Beiträge und Säumniszuschläge.

88

Revisionszulassungsgründe nach § 160 Abs 2 SGG liegen nicht vor.