



Veröffentlichte ID	: C-743/23
Nummer des Schriftstücks	: 1
Registernummer	: 1275975
Datum der Einreichung	: 04/12/2023
Datum der Eintragung in das Register	: 05/12/2023
Art des Schriftstücks	: Vorabentscheidungsersuchen

Referenz der Einreichung über e-Curia	: Schriftstück : DC197869
Nummer der Datei	: 1
Einreicher	: Marx Jeanet (J364642)

L 2 KR 14/23
S 1 KR 888/20



beglaubigte Abschrift

Landessozialgericht für das Saarland

Beschluss

In dem Rechtsstreit

A, Str.,,

– Kläger und Berufungsbeklagter –

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwältin B,
..... Str.,,

gegen

den GKV-Spitzenverband, vertreten durch den Geschäftsführer, Pennefeldsweg
12c, 53177 Bonn,

– Beklagter und Berufungskläger –

weiter beteiligt:

Moguntia Food Group AG, vertreten durch den Vorstand, Steingraben 14, 4051 Ba-
sel,

– Beigeladene –

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte,
.....str.,,

hat der 2. Senat des Landessozialgerichts für das Saarland
durch die Vizepräsidentin des Landessozialgerichts B, den Richter am Landessozi-
algericht C und den Richter am Landessozialgericht D sowie
die ehrenamtliche Richterin E und den ehrenamtlichen Richter F
aufgrund mündlicher Verhandlung vom 15. November 2023

beschlossen:

- I. **Das Verfahren wird ausgesetzt.**
- II. **Dem Europäischen Gerichtshof werden folgende Fragen zur Auslegung des Unionsrechts nach Art. 267 AEUV vorgelegt:**
 1. **Ist Art. 13 Abs. 1 VO (EG) Nr. 883/2004 in Verbindung mit Art. 14 Abs. 8 VO (EG) Nr. 987/2009 dahin auszulegen, dass bei der Prüfung, ob ein wesentlicher Teil der Tätigkeit in einem Mitgliedstaat ausgeübt wird, alle Tätigkeiten des Arbeitnehmers einschließlich seiner Tätigkeit in Drittstaaten zu berücksichtigen sind?**
 2. **Oder ist Art. 13 Abs. 1 VO (EG) Nr. 883/2004 in Verbindung mit Art. 14 Abs. 8 VO (EG) Nr. 987/2009 dahin auszulegen, dass bei der Prüfung, ob ein wesentlicher Teil der Tätigkeit in einem Mitgliedstaat ausgeübt wird, nur die Tätigkeiten des Arbeitnehmers zu berücksichtigen sind, die in Mitgliedstaaten ausgeübt werden?**

Gründe:

A. Gegenstand und Sachverhalt des Ausgangsverfahrens

I. Streitgegenstand

Streitig ist, ob der Kläger vom 1.12.2015 bis 30.11.2020 in Deutschland oder in der Schweiz der Krankenversicherungspflicht unterlag.

II. Sachverhalt

Der am 16.12.1977 geborene und in Deutschland wohnende Kläger war im Zeitraum vom 1.12.2015 bis zum 31.12.2020 bei der Beigeladenen, die ihren Sitz in der Schweiz hat, abhängig beschäftigt. Er ist Lebensmitteltechniker und wurde von seiner Arbeitgeberin im Rahmen seiner Tätigkeit als Exporttechnologe eingesetzt. Seine Tätigkeit bestand darin, die Kunden vor Ort aufzusuchen und dort zu beraten, Schulungen und Seminare durchzuführen sowie Verkostungen. Die Kunden befanden sich überwiegend in den Drittstaaten Russland, Moldawien, Weißrussland, Ukraine und Iran. In der Schweiz und in Deutschland arbeitete er gewöhnlich an je 10 ½ Tagen im Quartal. Im Übrigen war er in Ländern außerhalb der Europäischen

Union tätig. Bei der Tätigkeit in Deutschland handelte es sich um Arbeiten im Home-office am Wohnort des Klägers. Der Kläger hat seine monatliche Vergütung einheitlich erhalten und ohne anteilige Zuweisung je nach Tätigkeitsort.

Er wandte sich am 19.11.2015 an den Beklagten und verwies darauf, dass er bei der Beigeladenen beschäftigt sei und weniger als 25 % seiner Beschäftigung in Deutschland ausübe.

Zum 1.12.2015 schloss der Kläger eine Krankenversicherung in der Schweiz bei der „SWICA Gesundheitsorganisation“ ab. Mit Schreiben vom 22.2.2016 teilte das Amt für Sozialbeiträge des Kantons Basel-Stadt mit, dass es den Nachweis der Krankenversicherung erhalten habe und zur Kenntnis nehme, dass der Kläger die gesetzliche Versicherung nach KVG (Krankensicherungsgesetz) in der Schweiz gemäß den bilateralen Abkommen (EU/EFTA-Prämie für Deutschland) abgeschlossen habe. Der Kläger werde informiert, dass der Wechsel zu einer gesetzlichen oder privaten Versicherung im Ausland grundsätzlich nicht mehr möglich sei. Am 16.12.2015 wurde dem Kläger eine Grenzgängerbewilligung für die Schweiz erteilt.

Mit Bescheid vom 18.8.2016 stellte der Beklagte gestützt auf Art. 13 VO (EG) Nr. 883/2004 fest, dass für das klägerische Beschäftigungsverhältnis für die Zeit vom 1.12.2015 bis zum 30.11.2020 die deutschen Rechtsvorschriften über die soziale Sicherheit Anwendung fänden, und stellte eine entsprechende A1-Bescheinigung aus. Der Kläger übe die Beschäftigung gewöhnlich in zwei oder mehr Mitgliedsstaaten aus. Mehr als ein wesentlicher Teil der Beschäftigung werde in seinem Wohnstaat, Deutschland, erbracht, so dass die deutschen Rechtsvorschriften über die soziale Sicherheit Anwendung fänden.

Gleichlautende Schreiben ergingen auch unter Beifügung der A1-Bescheinigung an die Beigeladene und das Bundesamt für Sozialversicherungen in Bern sowie zum Zwecke der Beitragsüberwachung auch an die deutsche Krankenkasse Barmer GEK und die deutsche gesetzliche Unfallversicherung.

Den dagegen erhobenen Widerspruch des Klägers wies der Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 18.12.2020 zurück. In den Gründen wurde ausgeführt, dass

sich der Kläger gegen die Festlegung der deutschen Rechtsvorschriften über die soziale Sicherheit für den Zeitraum vom 1.1.2014 bis zum 30.12.2016 (*gemeint: vom 1.12.2015 bis 30.11.2020, Anmerkung des Senats*) wende. Er sei in Deutschland wohnhaft und seit dem 1.12.2015 bei der Beigeladenen beschäftigt. Er übe diese Beschäftigung gewöhnlich in mehreren Staaten aus. Auf den vorliegenden Sachverhalt fänden die Regelungen der VO (EG) Nr. 883/2004 und der VO (EG) Nr. 987/2009 Anwendung. Sei eine Person in zwei oder mehr Mitgliedsstaaten erwerbstätig, so ergebe sich aus Art. 13 Abs. 1 Buchst. a VO (EG) Nr. 883/2004, dass diese den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaates unterliege, wenn sie dort einen wesentlichen Teil ihrer Beschäftigung ausübe. Zur Feststellung, ob dies der Fall sei, seien die Kriterien aus Art. 14 Abs. 8 VO (EG) Nr. 987/2009 in Betracht zu ziehen. Werde bei der Gesamtbewertung festgestellt, dass eine Person mindestens 25 % ihrer Arbeitszeit im Wohnmitgliedstaat leiste und/oder mindestens 25 % des Arbeitsentgeltes für ihre dortige Tätigkeit beziehe, gelte dies als Indikator, dass ein wesentlicher Teil der Tätigkeit in diesem Mitgliedstaat ausgeübt werde. Da die vorgenannten Verordnungen ausschließlich innerhalb ihres räumlichen Geltungsbereiches anzuwenden seien, komme es nur auf die Tätigkeiten in den Ländern an, die in diesen Geltungsbereich fielen. Insofern sei im konkreten Fall nur auf die Arbeitszeitanteile des Klägers in Deutschland und der Schweiz abzustellen. In diesem Kontext übe der Kläger einen wesentlichen Teil der Beschäftigung im Wohnstaat aus.

Dagegen hat der Kläger am 28.12.2020 Klage erhoben.

Er hat ausgeführt, seine Beschäftigungszeit in der Schweiz habe den Zeitraum vom 1.1.2015 bis einschließlich zum 31.12.2020 umfasst. Nicht nachvollziehbar sei vor diesem Hintergrund die fehlerhafte Festlegung des Beklagten im Widerspruchsbescheid mit der Zeitangabe „1.1.2014 bis 31.12.2016.“ Bei der Bestimmung des wesentlichen Anteils der Arbeitszeit sei auch nicht allein auf die Arbeitszeiten in Deutschland und der Schweiz abzustellen, sondern vielmehr insgesamt auf seine Beschäftigung, mithin auch auf die Tätigkeiten in Drittstaaten. Weiter sei nicht erkennbar, dass der Beklagte ordnungsgemäß nach Art. 16 Abs. 2 VO (EG) Nr. 987/2009 den Träger der Schweiz unterrichtet habe, so dass der angefochtene Bescheid keine Bindungswirkung entfalten könne. Er sei zudem in der gesamten Zeit

seiner Beschäftigung in der Schweiz bei den Sozialversicherungsbehörden als sozialversicherungspflichtig beschäftigt geführt worden. Das Amt für Sozialbeiträge des Kantons Basel-Stadt habe für ihn verbindlich den Beitritt zur Krankenversicherung nach dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung als Grenzgänger in der Schweiz festgestellt (Bescheid vom 22.2.2016, der nach Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 987/2009 auch für den Beklagten verbindlich sei). Auch habe der Beklagte in keiner Weise dafür Sorge getragen, dass durch die deutschen Sozialversicherungsträger die Entscheidung vom 18.8.2016 umgesetzt werde. Überdies habe sich der Beklagte in keiner Weise bemüht, das Widerspruchsverfahren in einer angemessenen Zeit abzuschließen. Vielmehr sei dieses vier Jahre lang liegen gelassen worden. Aufgrund dieses Verhaltens des Beklagten habe der Kläger darauf vertrauen können, dass der Beklagte an dem Ausgangsbescheid nicht festhalte. Zudem habe der Beklagte auch nicht ordnungsgemäß die Beigeladene im Verwaltungsverfahren unter Beachtung von § 12 SGB X beteiligt.

Der Beklagte hat ausgeführt, dass im Widerspruchsbescheid die zeitliche Geltung seiner Festlegung vom 18.8.2016 nicht geändert worden sei. Dies ergebe sich bereits aus dem Tenor des Widerspruchsbescheides, wonach der Widerspruch zurückgewiesen werde. Soweit in den Entscheidungsgründen des Widerspruchsbescheides ein Geltungszeitraum vom 1.1.2014 bis zum 31.12.2016 angegeben worden sei, handele es sich um eine offensichtliche Unrichtigkeit. Als Träger des Wohnortstaates des Klägers sei der Beklagte für die von ihm getroffene Entscheidung unter Beachtung von Art. 16 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 987/2009 i.V.m. § 219a SGB V zuständig gewesen. Auch habe der Beklagte sowohl den Schweizer Träger als auch die Beigeladene über seine Entscheidung vom 18.8.2016 informiert.

Während des Klageverfahrens hat der Beklagte die zunächst unterbliebene Beteiligung der Beigeladenen nachgeholt und mit einem an die Beigeladene adressierten Widerspruchsbescheid vom 6.7.2022 an seiner Entscheidung festgehalten. Die vom Kläger gegen diesen Widerspruchsbescheid erhobene Klage ist mit der Begründung abgewiesen worden, dass dieser Widerspruchsbescheid bereits Gegenstand des vorliegenden Klageverfahrens geworden ist (Gerichtsbescheid des Sozialgerichts für das Saarland [SG] vom 2.5.2023 – S 1 KR 180/22, Urteil des Senats vom 15.11.2023 – L 2 KR 36/23).

Das SG hat das Bundesamt für Sozialversicherungen in Bern gebeten mitzuteilen, ob der Beklagte das Beteiligungsverfahren nach Art. 16 der VO (EG) Nr. 987/2009 eingehalten habe und weiter, ob die rechtliche Einschätzung des Beklagten vom 18.8.2016 geteilt werde. Das Bundesamt für Sozialversicherungen Bern hat mitgeteilt (Schreiben vom 20.5.2022), dass die Festlegung des Beklagten vom 18.8.2016 nicht an den zuständigen schweizerischen Träger, die Ausgleichskasse Basel Stadt, weitergeleitet worden sei. Mit der Festlegung der anwendbaren Rechtsvorschriften durch den Beklagten sei man einverstanden. Es werde darauf hingewiesen, dass die Festlegung der anwendbaren Rechtsvorschriften einen rückwirkenden Zeitraum betreffen und die A1-Bescheinigung auch für einen rückwirkenden Zeitraum ausgestellt werden könne. Zudem sei die Bescheinigung A1 lediglich deklaratorischer Natur. Liege eine Bescheinigung nicht vor, bestimme sich nach den allgemeinen Grundsätzen der VO (EG) Nr. 883/2004, welches das maßgebende Sozialversicherungsstatut sei. Da die Schweiz nun von der erfolgten Festlegung der anwendbaren Rechtsvorschriften durch den Beklagten Kenntnis erhalten habe und einverstanden sei, sei der Umstand, dass die Festlegung im Jahr 2016 in der Schweiz nicht korrekt registriert worden sei, nicht weiter von Relevanz. Die Ausgleichskasse Basel Stadt habe für den Kläger - in Unkenntnis der vorliegenden Sachlage und der Festlegung des Beklagten - bereits eine Bescheinigung A1 für die Dauer vom 1.1.2019 bis 31.12.2020 ausgestellt, welches die Anwendung der schweizerischen Rechtsvorschriften über Soziale Sicherheit nachweise. Werde die Festlegung des deutschen Rechts allerdings bestätigt, seien die Schweizer Bescheinigung für ungültig zu erklären und die Beiträge an den schweizerischen Arbeitgeber zu erstatten. Für die Zeiträume vom 1.12.2015 bis 31.12.2018 sowie ab 1.1.2021 seien der Ausgleichskasse keine A1-Bescheinigung vorgelegt und auch keine Entsendungen über den schweizerischen Arbeitgeber beantragt worden.

Mit Gerichtsbescheid vom 4.8.2022 hat das SG den Beklagten unter Aufhebung des Bescheides vom 18.8.2016 in der Gestalt des Widerspruchbescheides vom 18.12.2020 und des Widerspruchbescheides vom 6.7.2022 verurteilt, für die Beschäftigung des Klägers bei der Beigeladenen vom 1.12.2015 bis zum 31.12.2020 nach Art. 13 VO (EG) Nr. 883/2004 i.V.m. Art. 16 VO (EG) Nr. 987/2009 die Anwendbarkeit der Rechtsvorschriften der Schweiz festzulegen.

Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, die Anwendbarkeit schweizerischen Rechts ergebe sich nach Art. 13 Abs. 1 Buchst. b VO (EG) Nr. 883/2004, mithin nach den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem das Unternehmen, das den Kläger beschäftige, seinen Sitz (hier: Schweiz) habe, da der Kläger keinen wesentlichen Teil seiner Tätigkeiten in dem Wohnmitgliedstaat (hier: Deutschland) ausübe. Verblieben von ca. 65 Tätigkeitstagen im Quartal nur 10 ½ in Deutschland (knapp 1/6), könne man dies nicht mehr als wesentlich iSd Art. 13 Abs. 1 VO (EG) Nr. 883/2004 und Art. 14 Abs. 8 VO (EG) Nr. 987/2009 ansehen.

Ausgehend von der Sichtweise des Beklagten, nur die Schweiz und Deutschland mit den dortigen Beschäftigungsanteilen für die Rechtszuordnung zu beachten, könnte dann auch nur für dort geleistete Beschäftigung die Entscheidung nach Art. 16 Abs. 2 VO (EG) Nr. 987/2009 getroffen werden. Dies lasse sich weder dem Wortlaut der Art. 13 Abs. 1, Abs. 3 VO (EG) Nr. 883/2004, 14 Abs. 8 VO (EG) Nr. 987/2009 entnehmen, noch entspreche es deren Sinn und Zweck, für die (eine) Beschäftigung zur Festlegung der anwendbaren Rechtsvorschriften zu gelangen. Die Normauslegung des Beklagten würde dazu führen, dass ein einheitlicher Lebenssachverhalt, hier das Beschäftigungsverhältnis, unnatürlich auseinandergerissen werde. Im hier entschiedenen Sinne habe auch bereits der Europäische Gerichtshof (EuGH) am 19.5.2022 unter dem Az. C 33/21 entschieden (vgl. dort v.a. die Rn 61 – Rn 68 bei juris). Zuständig für die nach dem Verpflichtungsausspruch zu treffende Festlegung der anwendbaren Rechtsvorschriften sei der Beklagte, was sich aus § 219a Abs. 1 SGB V i.V.m. Art. 16 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 987/2009 ergebe.

Gegen den ihm am 9.8.2022 zugestellten Gerichtsbescheid hat der Beklagte am 6.9.2022 Berufung eingelegt.

Zur Begründung hat er vorgetragen, die Regelungen der Verordnung und damit die Rechtsfolge der Festlegung bezögen sich ausschließlich auf Tätigkeiten innerhalb des Geltungsbereichs der Verordnungen. Hätte der europäische Gesetzgeber gewollt, dass man Tätigkeiten in Drittstaaten im Rahmen der Prüfung des Art. 13 VO (EG) Nr. 883/2004 berücksichtige, wären hierzu Regelungen getroffen worden, die

auch die anderen in Art. 13 VO (EG) Nr. 883/2004 geregelten Konstellationen abdecken.

Das Urteil des EuGH (Az.: C-33/21) betreffe die besondere Situation des Flugpersonals. In dem Urteil des EuGH werde an keiner Stelle davon gesprochen, dass die betroffenen Personen in einem Staat tätig gewesen seien, in dem die Verordnung nicht gelte. Das genannte Urteil sei damit für die Klärung dieser Frage nicht geeignet. Weiter werde auf zwei weitere Urteile des EuGH (vom 8.5.2019, Az.: C-631/17 und vom 25.11.2021, Az.: C-372/20) verwiesen, die darauf hinwiesen, dass auch der EuGH zu dieser Thematik noch keine gefestigte Auffassung habe und die bisherige Rechtsprechung widersprüchlich sei.

Im Übrigen werde darauf hingewiesen, dass der Beklagte - für den Fall, er würde die Anwendung der schweizerischen Rechtsvorschriften über Soziale Sicherheit aufgrund eines verpflichtenden Urteils festlegen - zwar für die Festlegung des anzuwendenden Rechts bei Wohnstaat in Deutschland zuständig sei, jedoch nicht für die Ausstellung der A1-Bescheinigung (bei Geltung des schweizerischen Rechts). Das Verfahren nach Art. 16 VO (EG) Nr. 987/2009 sehe vor, dass der zuständige schweizerische Träger über die Festlegung unterrichtet werde und sodann die A1-Bescheinigung ausstelle. Die Feststellung sei zunächst nur vorläufig und der zuständige schweizerische Träger habe in diesem Fall das Recht, innerhalb von zwei Monaten zu widersprechen (Art. 16 Abs. 3 VO (EG) Nr. 987/2009). Die zuständige schweizerische Stelle wäre nicht an ein Urteil eines deutschen Gerichts gebunden, da dieses keine Wirkung außerhalb des Hoheitsgebiets Deutschlands entfalte. Wie bereits bekannt sei, teile die zuständige schweizerische Stelle die Auffassung des Beklagten und halte eine Berücksichtigung der Arbeitszeit außerhalb des Geltungsbereichs der VO (EG) Nr. 883/2004 nicht für möglich. Es sei somit davon auszugehen, dass die schweizerische Stelle von ihrer Möglichkeit, Einspruch einzulegen, Gebrauch machen werde.

Der Beklagte beantragt,

den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts für das Saarland vom 4.8.2022 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger und die Beigeladene beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigen die angefochtene Entscheidung.

B. Entscheidungsgründe

Der Senat setzt das Verfahren gemäß §§ 153 Abs. 1, 114 Sozialgerichtsgesetz (SGG) aus und legt dem EuGH die im Tenor genannten Fragen gemäß Art. 267 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) zur Vorabentscheidung vor.

Nach Vorprüfung geht der Senat davon aus, dass es von der zutreffenden Auslegung der Art. 13 VO (EG) Nr. 883/2004 und Art. 14 VO (EG) Nr. 987/2009 abhängt, wo der Kläger in dem streitigen Zeitraum vom 1.12.2015 bis 30.11.2020 der Krankenversicherungspflicht unterlag.

I. Die maßgeblichen Rechtsvorschriften

1. Nationales Recht

§ 2 des Gesetzes zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit in Europa

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales ist zuständige Behörde nach Artikel 1 Buchstabe m der Verordnung (EG) Nr. 883/2004.

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales hat den beklagten GKV-Spitzenverband, DVKA als zuständige Stelle für die Festlegung des anzuwendenden Rechts nach Art. 16 Abs. 2 VO (EG) Nr. 987/2009 in Fällen der gewöhnlichen Erwerbstätigkeit in mehreren Mitgliedstaaten bestimmt, wenn die betreffende Person wie hier ihren Wohnort in Deutschland hat (GMBI Nr. 1/2011).

§ 219a Sozialgesetzbuch Fünftes Buch - Gesetzliche Krankenversicherung (SGB V)

1) ¹Der Spitzenverband Bund der Krankenkassen nimmt die Aufgaben der Deutschen Verbindungsstelle Krankenversicherung - Ausland (Verbindungsstelle) wahr. ²Er erfüllt dabei die ihm durch über- und zwischenstaatliches sowie durch innerstaatliches Recht übertragenen Aufgaben. ³Insbesondere gehören hierzu

1. (...)

2. (...)

3. Festlegung des anzuwendenden Versicherungsrechts,
(...)

2. Unionsrecht

Abkommen EG–Schweiz/Abkommen über die Freizügigkeit

Art. 8 des am 21. Juni 1999 in Luxemburg unterzeichneten Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit (ABl. 2002, L 114, S. 6, im Folgenden: FZA) sieht vor:

„Die Vertragsparteien regeln die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit gemäß Anhang II ...“

Anhang II Art. 1 des FZA in der durch den Beschluss Nr. 1/2012 des im Rahmen des FZA eingesetzten Gemischten Ausschusses vom 31. März 2012 (ABl. 2012, L 103, S. 51) geänderten Fassung lautet:

„(1) Die Vertragsparteien kommen überein, im Bereich der Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit untereinander die in

Abschnitt A dieses Anhangs genannten Rechtsakte der Europäischen Union in der durch diesen Abschnitt geänderten Fassung oder gleichwertige Vorschriften anzuwenden.

(2) Der Begriff ‚Mitgliedstaat(en)‘ in den Rechtsakten, auf die in Abschnitt A dieses Anhangs Bezug genommen wird, ist außer auf die durch die betreffenden Rechtsakte der Europäischen Union erfassten Staaten auch auf die Schweiz anzuwenden.“

In Abschnitt A dieses Anhangs II wird u. a. auf die VO (EG) Nr. 883/2004 Bezug genommen (EuGH, Urteil vom 23.1.2020 – C-29/19, juris Rn 3 ff.; vgl. auch BSG, Urteil vom 29.3.2022 – B 11 AL 4/21 R, juris Rn 14; BSG, EuGH-Vorlage vom 23.10.2018 – B 11 AL 9/17 R, juris Rn 14).

Art. 13 VO (EG) Nr. 883/2004 (Ausübung von Tätigkeiten in zwei oder mehr Mitgliedstaaten)

(1) *Eine Person, die gewöhnlich in zwei oder mehr Mitgliedstaaten eine Beschäftigung ausübt, unterliegt:*

a) den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats, wenn sie dort einen wesentlichen Teil ihrer Tätigkeit ausübt oder wenn sie bei mehreren Unternehmen oder Arbeitgebern beschäftigt ist, die ihren Sitz oder Wohnsitz in verschiedenen Mitgliedstaaten haben,

oder

b) den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem das Unternehmen oder der Arbeitgeber, das bzw. der sie beschäftigt, seinen Sitz oder Wohnsitz hat, sofern sie keinen wesentlichen Teil ihrer Tätigkeiten in dem Wohnmitgliedstaat ausübt.

(...)

(5) *Die in den Absätzen 1 bis 4 genannten Personen werden für die Zwecke der nach diesen Bestimmungen ermittelten Rechtsvorschriften so behandelt, als ob sie ihre gesamte Beschäftigung oder selbstständige Erwerbstätigkeit in dem betreffenden Mitgliedstaat ausüben und dort ihre gesamten Einkünfte erzielen würden.*

Artikel 14 VO (EG) Nr. 987/2009

(...)

(8) Bei der Anwendung von Artikel 13 Absätze 1 und 2 der Grundverordnung bedeutet die Ausübung „eines wesentlichen Teils der Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit“ in einem Mitgliedstaat, dass der Arbeitnehmer oder Selbständige dort einen quantitativ erheblichen Teil seiner Tätigkeit ausübt, was aber nicht notwendigerweise der größte Teil seiner Tätigkeit sein muss.

Um festzustellen, ob ein wesentlicher Teil der Tätigkeit in einem Mitgliedstaat ausgeübt wird, werden folgende Orientierungskriterien herangezogen:

a)

im Falle einer Beschäftigung die Arbeitszeit und/oder das Arbeitsentgelt und

b)

im Falle einer selbständigen Erwerbstätigkeit der Umsatz, die Arbeitszeit, die Anzahl der erbrachten Dienstleistungen und/oder das Einkommen.

Wird im Rahmen einer Gesamtbewertung bei den genannten Kriterien ein Anteil von weniger als 25 % erreicht, so ist dies ein Anzeichen dafür, dass ein wesentlicher Teil der Tätigkeit nicht in dem entsprechenden Mitgliedstaat ausgeübt wird.

(...)

Art. 16 VO (EG) Nr. 987/2009

(1) Eine Person, die in zwei oder mehreren Mitgliedstaaten eine Tätigkeit ausübt, teilt dies dem von der zuständigen Behörde ihres Wohnmitgliedstaats bezeichneten Träger mit.

(2) Der bezeichnete Träger des Wohnorts legt unter Berücksichtigung von Artikel 13 der Grundverordnung und von Artikel 14 der Durchführungsverordnung unverzüglich fest, welchen Rechtsvorschriften die betreffende Person unterliegt. Diese erste Festlegung erfolgt vorläufig. Der Träger unterrichtet die bezeichneten Träger jedes Mitgliedstaats, in dem die Person eine Tätigkeit ausübt, über seine vorläufige Festlegung.

(3) Die vorläufige Festlegung der anzuwendenden Rechtsvorschriften nach Absatz 2 erhält binnen zwei Monaten, nachdem die von den zuständigen Behörden des betreffenden Mitgliedstaats bezeichneten Träger davon in Kenntnis gesetzt wurden, endgültigen Charakter, es sei denn, die anzuwendenden Rechts-

vorschriften wurden bereits auf der Grundlage von Absatz 4 endgültig festgelegt, oder mindestens einer der betreffenden Träger setzt den von der zuständigen Behörde des Wohnmitgliedstaats bezeichneten Träger vor Ablauf dieser zweimonatigen Frist davon in Kenntnis, dass er die Festlegung noch nicht akzeptieren kann oder diesbezüglich eine andere Auffassung vertritt.

(4) Ist aufgrund bestehender Unsicherheit bezüglich der Bestimmung der anzuwendenden Rechtsvorschriften eine Kontaktaufnahme zwischen den Trägern oder Behörden zweier oder mehrerer Mitgliedstaaten erforderlich, so werden auf Ersuchen eines oder mehrerer der von den zuständigen Behörden der betreffenden Mitgliedstaaten bezeichneten Träger oder auf Ersuchen der zuständigen Behörden selbst die geltenden Rechtsvorschriften unter Berücksichtigung von Artikel 13 der Grundverordnung und der einschlägigen Bestimmungen von Artikel 14 der Durchführungsverordnung einvernehmlich festgelegt.

Sind die betreffenden Träger oder zuständigen Behörden unterschiedlicher Auffassung, so bemühen diese sich nach den vorstehenden Bedingungen um Einigung; es gilt Artikel 6 der Durchführungsverordnung.

(5) Der zuständige Träger des Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften entweder vorläufig oder endgültig als anwendbar bestimmt werden, teilt dies unverzüglich der betreffenden Person mit.

(6) Unterlässt eine Person die Mitteilung nach Absatz 1, so erfolgt die Anwendung dieses Artikels auf Initiative des Trägers, der von der zuständigen Behörde des Wohnmitgliedstaats bezeichnet wurde, sobald er — möglicherweise durch einen anderen betroffenen Träger — über die Situation der Person unterrichtet wurde.

II. Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefragen für das Verfahren

Die Festlegung des anzuwendenden Rechts in Fällen der gewöhnlichen Erwerbstätigkeit in mehreren Mitgliedstaaten basiert auf Art. 13 VO (EG) Nr. 883/2004, dessen Durchführung Art. 16 VO (EG) Nr. 987/2009 regelt.

1. Art. 16 Abs. 1 VO (EG) Nr. 987/2009 ist einschlägig, da der Kläger in zwei Mitgliedstaaten eine Tätigkeit ausgeübt hat, nämlich in Deutschland und der Schweiz. Indem das FZA in Abschnitt A seines Anhangs II in dessen verschiedenen Fassungen die Verordnungen Nr. 1408/71 und Nr. 883/2004 ausdrücklich erwähnt, erstreckt es den Geltungsbereich dieser Verordnungen somit auf die Schweizerische Eidgenossenschaft, so dass die Schweizerische Eidgenossenschaft für die Zwecke der vorliegenden Rechtssache nicht als Drittstaat, sondern als Mitgliedstaat anzusehen ist (EuGH, Urteil vom 15.9.2022 – C-58/21, juris Rn 38).

2. Zuständige Behörde iSd Art. 16 Abs. 1 VO (EG) Nr. 987/2009 ist nach Art. 1 Buchst. m VO (EG) Nr. 883/2004 in Deutschland gemäß § 2 des Gesetzes zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit in Europa das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS). Das BMAS hat den beklagten GKV-Spitzenverband, DVKA als zuständige Stelle für die Festlegung des anzuwendenden Rechts nach Art. 16 Abs. 2 VO (EG) Nr. 987/2009 in Fällen der gewöhnlichen Erwerbstätigkeit in mehreren Mitgliedstaaten bestimmt, wenn die betreffende Person wie hier ihren Wohnort in Deutschland hat (GMBI Nr. 1/2011, Nr. 1, S. 11; *S. Klein* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, 4. Aufl., § 219a SGB V, Stand: 13.07.2020, Rn 47). Die Entscheidung wird durch die Ausstellung der Bescheinigung A1 dokumentiert (*S. Klein, aaO.*, jurisPK-SGB V, § 219a SGB V, Rn 48).

3. Nach Art. 16 Abs. 2 S. 1 und 2 VO (EG) Nr. 987/2009 hat der Beklagte unter Berücksichtigung von Art. 13 VO (EG) Nr. 883/2004 und Art. 14 VO (EG) Nr. 987/2009 unverzüglich vorläufig festzulegen, welchen Rechtsvorschriften der Kläger unterliegt.

Nach Art. 14 Abs. 8 VO (EG) Nr. 987/2009 bedeutet bei der Anwendung von Art. 13 Abs. 1 VO (EG) Nr. 883/2004 die Ausübung „eines wesentlichen Teils der Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit“ in einem Mitgliedstaat, dass der Arbeitnehmer oder Selbständige dort einen quantitativ erheblichen Teil seiner Tätigkeit ausübt, was aber nicht notwendigerweise der größte Teil seiner Tätigkeit sein muss.

Um festzustellen, ob ein wesentlicher Teil der Tätigkeit in einem Mitgliedstaat ausgeübt wird, werden im Falle einer Beschäftigung die Arbeitszeit und/oder das Arbeitsentgelt herangezogen.

Wird im Rahmen einer Gesamtbewertung bei den genannten Kriterien ein Anteil von weniger als 25 % erreicht, so ist dies ein Anzeichen dafür, dass ein wesentlicher Teil der Tätigkeit nicht in dem entsprechenden Mitgliedstaat ausgeübt wird.

Das Arbeitsentgelt gibt keinen Hinweis darauf, dass der Kläger einen wesentlichen Teil seiner Beschäftigung in Deutschland ausübte. Er hat seine monatliche Vergütung einheitlich erhalten und ohne anteilige Zuweisung je nach Tätigkeitsort.

Maßgebliche Bedeutung kommt somit der Arbeitszeit zu. Der Kläger hat von ca. 65 Tätigkeitstagen im Quartal 10,5 Tage (ca. 16%) in Deutschland, weitere 10,5 Tage (ca. 16%) in der Schweiz und die restlichen Tage in Drittstaaten gearbeitet.

Wäre auf die Gesamtarbeitszeit des Klägers unter Berücksichtigung auch seiner Tätigkeit in den Drittstaaten abzustellen, würde der Senat die Berufung des Beklagten zurückweisen. In diesem Fall würde in Deutschland der Anteil der Tätigkeit weniger als 25% betragen und somit keinen wesentlichen Teil der Beschäftigung ausmachen. Dies hätte zur Folge, dass das schweizerische Recht anwendbar wäre. Der Kläger könnte dann auch verlangen, dass der Beklagte die Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts feststellt. Dies ergibt sich aus Art. 16 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 987/2009. Danach legt der bezeichnete Träger des Wohnorts, also der Beklagte, unter Berücksichtigung von Art. 13 der Grundverordnung und von Art. 14 der Durchführungsverordnung unverzüglich fest, welchen Rechtsvorschriften die betreffende Person unterliegt.

Wäre auf die Arbeitszeit des Klägers nur unter Berücksichtigung seiner Tätigkeit in Deutschland und der Schweiz ohne Berücksichtigung der Tätigkeit in den Drittstaaten abzustellen, würde der Senat der Berufung des Beklagten stattgeben und den Gerichtsbescheid des SG aufheben. In diesem Fall würde in Deutschland der Anteil

der Tätigkeit 50% betragen und somit einen wesentlichen Teil der Beschäftigung ausmachen. Dies hätte zur Folge, dass das deutsche Recht anwendbar wäre.

III. Entscheidungen des EuGH

Der EuGH hat sich zu der Frage, ob bei der Feststellung, ob ein wesentlicher Teil der Tätigkeit in einem Mitgliedstaat ausgeübt wird, auf die gesamte Tätigkeit unter Einbeziehung der Tätigkeit, die in Drittstaaten ausgeübt wird, abzustellen ist, soweit ersichtlich, noch nicht eindeutig geäußert.

1. Im Urteil des EuGH vom 19.5.2022 (Az.: C-33/21) ging es um die Frage, welche Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit gemäß den einschlägigen Bestimmungen der VO (EG) Nr. 1408/71 und der VO (EG) Nr. 883/2004 in ihren beiden Fassungen auf fliegendes Personal einer in einem Mitgliedstaat (Irland) ansässigen Fluggesellschaft anwendbar sind, das nicht von E101-Bescheinigungen erfasst ist und täglich 45 Minuten in einem für die Besatzung bestimmten, als „*crew room*“ bezeichneten Raum arbeitet, über den die Fluggesellschaft im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats (Italien) verfügt, in dem das fliegende Personal wohnt, das sich für den Rest der Arbeitszeit an Bord von Flugzeugen dieser Fluggesellschaft befindet (*vergleiche Rn. 50*).

Diesem Urteil des EuGH kann nicht entnommen werden, ob im Rahmen des Art. 13 Abs. 1 VO (EG) Nr. 883/2004 auch die Tätigkeiten zu berücksichtigen sind, die in einem Drittstaat ausgeübt werden. Nach Auffassung des Senats kann nicht, wie dies das SG getan hat, unterstellt werden, dass es für den EuGH offenbar bei der Bestimmung des wesentlichen Teils der Tätigkeiten im Wohnmitgliedstaat (konkret Italien) nicht erheblich sei, in welchen weiteren Verwaltungs- oder Drittstaaten die Arbeitnehmer noch tätig gewesen seien, da sonst hierzu ausdrücklich Ausführungen erfolgt wären. Das Urteil des EuGH enthält keine Ausführungen dazu, ob die in Rede stehenden Arbeitnehmer überhaupt in Drittstaaten tätig waren. Bei dieser Sachlage bestand für den EuGH keine Veranlassung, sich mit der hier streitgegenständlichen Frage auseinanderzusetzen.

2. In dem von dem Beklagten zitierten Urteil des EuGH vom 8.5.2019 (Az.: C-631/17) hat der Hoge Raad der Niederlande (Oberster Gerichtshof der Niederlande) dem EuGH folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt (Rn 18):

Auf die Rechtsvorschriften welches Mitgliedstaats verweist die Verordnung Nr. 883/2004, wenn es um einen Abgabenschuldner geht, der (a) in Lettland wohnt, (b) die lettische Staatsangehörigkeit besitzt, (c) bei einem in den Niederlanden ansässigen Arbeitgeber beschäftigt ist, (d) als Seemann tätig ist, (e) seine Arbeit an Bord eines unter der Flagge der Bahamas fahrenden Seeschiffs verrichtet und (f) diese Tätigkeit außerhalb des Gebiets der Europäischen Union ausübt?

Der EuGH hat in diesem Verfahren zunächst entschieden, dass das in Rede stehende Arbeitsverhältnis trotz der Tätigkeit außerhalb des Gebiets der Union eine hinreichend enge Anknüpfung an das Gebiet der Union behält, weil der Arbeitnehmer in der maßgeblichen Zeit seinen Wohnsitz in Lettland behalten hatte und sich der Sitz seines Arbeitgebers in den Niederlanden befand. Daraus folgt für das vorliegende Verfahren, dass der Umstand, dass der Kläger nicht nur in Deutschland und in der Schweiz tätig war, sondern auch in Drittstaaten, den hinreichend engen Bezug zwischen dem Arbeitsverhältnis des Klägers und dem Gebiet der Union nicht ausschließt. Dies ist zwischen den Beteiligten auch nicht streitig. Abgesehen davon wird aber vom EuGH ausgeführt, dass die Sonderregelungen der Art. 12 bis 16 VO (EG) Nr. 883/2004 und somit insbesondere Art. 13 Abs. 1 VO (EG) Nr. 883/2004 nicht einschlägig sind. Dem Urteil des EuGH kann somit nicht entnommen werden, ob im Rahmen des Art. 13 Abs. 1 VO (EG) Nr. 883/2004 auch die Tätigkeiten zu berücksichtigen sind, die in einem Drittstaat ausgeübt werden.

3. Eine Klärung der hier streitgegenständlichen Frage ergibt sich auch nicht aus dem weiteren vom Beklagten erwähnten Urteil des EuGH vom 25.11.2021 (Az.: C-372/20). Die Beschwerdeführerin im dortigen Ausgangsverfahren und ihre Kinder waren deutsche Staatsangehörige mit gemeldetem Wohnsitz in Deutschland; ihr Ehemann und Vater der Kinder war brasilianischer Staatsangehöriger und hatte nie einen gemeldeten Wohnsitz in Deutschland (Rn. 26). Die Beschwerdeführerin

schloss einen Arbeitsvertrag mit einer österreichischen Nichtregierungsorganisation. Nach diesem Vertrag befand sich der Dienort der Beschwerdeführerin in Wien (Österreich) und ihre Familienangehörigen sowie sie selbst wurden von der Wiener Gebietskrankenkasse (Österreich) sozialversicherungsrechtlich erfasst. Nach Absolvierung eines Vorbereitungskurses vom 6. September bis zum 21. Oktober 2016 in Wien trat die Beschwerdeführerin des Ausgangsverfahrens am 31. Oktober 2016 ihren Auslandseinsatz in Uganda an.

Der EuGH hat zunächst erneut entschieden, dass der bloße Umstand, dass ein Arbeitnehmer seine Tätigkeit außerhalb des Gebiets der Union ausübt, nicht ausreicht, um die Anwendung der Unionsvorschriften, insbesondere der VO (EG) Nr. 883/2004, auszuschließen, wenn das Arbeitsverhältnis eine hinreichend enge Anknüpfung an das Gebiet der Union behält (Orientierungssatz Nr. 1 sowie Rn. 36). Der EuGH hat eine hinreichend enge Anknüpfung an das Gebiet der Union, insbesondere in Österreich, bejaht (der Arbeitgeber ist in Österreich ansässig). Die Arbeitnehmerin absolvierte dort vor ihrem Einsatz in einem Drittland eine Vorbereitungszeit sowie nach ihrem Einsatz eine Wiedereingliederungszeit. Der Arbeitsvertrag wurde nach österreichischem Recht geschlossen, die Arbeitnehmerin ist dem österreichischen System der sozialen Sicherheit angeschlossen und sie nimmt ihre Aufgaben im Rahmen der Entwicklungshilfe der Republik Österreich wahr (vergleiche Orientierungssatz Nr. 2 sowie Rn. 43). Der EuGH hat Art. 11 Abs. 3 Buchst. a VO (EG) Nr. 883/2004 dahin ausgelegt, dass er die Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats des Arbeitgebers, d. h. die österreichischen Rechtsvorschriften, als die einzigen Rechtsvorschriften bestimmt, denen die Arbeitnehmerin unterliegt, und auf die subsidiäre Vorschrift in Art. 11 Abs. 3 Buchst. e VO (EG) Nr. 883/2004 nicht zurückgegriffen werden muss. Die Sonderregelung des Art. 13 Abs. 1 VO (EG) Nr. 883/2004 spielte bei der Entscheidung keine Rolle.

Aus den dargelegten Gründen hält der Senat eine Auslegung des Art. 13 Abs. 1 VO (EG) Nr. 883/2004 in Verbindung mit Art. 14 Abs. 8 VO (EG) Nr. 987/2009 hinsichtlich der Frage, ob bei der Prüfung, ob ein wesentlicher Teil der Tätigkeit in einem

Mitgliedstaat ausgeübt wird, alle Tätigkeiten des Arbeitnehmers einschließlich seiner Tätigkeit in Drittstaaten zu berücksichtigen sind oder nicht, für nicht zweifelsfrei und sieht den in den Vorlagefragen formulierten Klärungsbedarf.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 177 SGG).

gez. B

gez. D

gez. C

Die vorstehende Abschrift stimmt mit der Urschrift überein.
Saarbrücken, 27. November 2023

G
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle