

3. Zusammenfassung

Sowohl im Bereich der dauerhaften als auch im Bereich der vorübergehenden grenzüberschreitenden Beschäftigung ergeben sich Kollisionsprobleme, die aus einer mangelnden Koordinierung der Versicherungssysteme der untersuchten Staaten resultieren.

Im Bereich der dauerhaften Beschäftigung kommt es aufgrund unterschiedlicher Anknüpfungspunkte vor allem bei einer Beschäftigung von Arbeitnehmern australischer Arbeitgeber in Deutschland zur Normenhäufung. Dies gilt insbesondere dann, wenn in Victoria und New South Wales an den Hauptgeschäftssitz des Arbeitgebers angeknüpft wird, in Deutschland jedoch der Beschäftigungsstandort versicherungspflichtbestimmend ist. Bei der Frage der Versicherungspflicht in besonderen Beschäftigungsverhältnissen haben sich bei der Gruppe der Seeleute Konflikte gezeigt, was sich wiederum aus einer unterschiedlichen Anknüpfung – Flaggenstaatsprinzip einerseits, differenzierte Anknüpfung andererseits – ergibt.

Noch problematischer zeigt sich die vorübergehende Auslandsbeschäftigung.

Neben dem hier erneut zu Tage tretenden Problem unterschiedlicher Anknüpfungspunkte, divergiert auch deren Auslegung; insbesondere sind unterschiedliche Entsendefristen vorgesehen. In dieser Fallgruppe kommt es daher sowohl zum Auftreten von Normenhäufung, aber auch zu einem Normenmangel mit der Folge gefährlicher Lücken im Versicherungsschutz der Arbeitnehmer.

Die Problematik der unterschiedlichen Anknüpfung zeigt sich besonders bei der vorübergehenden Beschäftigung von Arbeitnehmern in Deutschland. In vielen Fällen kommt es hier aufgrund der Anknüpfung an den Beschäftigungsstandort einerseits und den Sitz des Arbeitgebers andererseits zu einer Doppelversicherung.

IV. Lösungswege unter Berücksichtigung der VO (EG) Nr. 883/2004 und typischer bilateraler Regelungen

1. Behandlung der Kollisionsfälle in der VO (EG) Nr. 883/2004

Zur Vermeidung der Kollisionsprobleme der Normenhäufung und des Normenmangels⁷⁰⁰, formuliert die VO (EG) Nr. 883/2004 in einem System allseitiger Kollisionsnormen in ihren Artikeln 11 bis 16 einen Katalog von Kollisionsregeln zur Bestimmung jeweils einer maßgeblichen Rechtsordnung⁷⁰¹. Die Regelungen gelten sachlich umfassend für den gesamten Anknüpfungsgegenstand der „sozialen Sicherung“, wie er durch Art. 3 der Verordnung bestimmt wird und damit auch für die Sicherung gegen die Risiken Arbeitsunfall und Berufskrankheit⁷⁰².

700 Zu den Kollisionsnormen der VO (EWG) Nr. 1408/71 (Art. 13-17) vgl. *Raschke*, in: *Schulin*, HS-UV, S. 1471; *Donders*, in: *Schoukens*, Social security coordination, S. 52 f.; *Eichenhofer*, Sozialrecht der Europäischen Union, S. 91 f. Vgl. auch *Fuchs-Steinmeyer*, Art. 13 VO (EWG) Nr. 1408/71, Rdnr. 1.

701 *Fuchs-Steinmeyer*, Vor. Art. 13 VO (EWG) Nr. 1408/71, Rdnr. 15. Zum entsprechenden System der VO (EWG) Nr. 1408/71 vgl. *Boecken*, ZIAS 1999, S. 220; *Dahm*, ZfS 2001, S. 37; *Joussen*, SGb 2002, S. 256.

702 Zum entsprechenden System der VO (EWG) Nr. 1408/71 vgl. *Borgmann*, Die Entsendung von Arbeitnehmern in der Europäischen Gemeinschaft, S. 125; *Verschueren*, EurJofSocSec 2001, S. 8; *Joussen*, SGb 2002, S. 256; *Eichenhofer*, Sozialrecht der Europäischen Union, S. 91.

a) Dauerhafte Beschäftigung, Regelung und Anknüpfungspunkte

Als Regelanknüpfung für Beschäftigte normiert Art. 11 Abs. 3 den gewöhnlichen Beschäftigungsort, der anderen Anknüpfungspunkten wie dem Wohnort des Arbeitnehmers oder dem Betriebssitz⁷⁰³ vorgeht⁷⁰⁴. Diese Anknüpfung rechtfertigt sich aus der Lokalisierung des Schwerpunkts des Beschäftigungsverhältnisses am Ort der tatsächlichen Arbeitsausübung⁷⁰⁵.

Die Grundanknüpfung an den Ort der Beschäftigung wird in den Art. 11 ff. durch Sonderregelungen für bestimmte Berufsgruppen und besondere Beschäftigungsverhältnisse konkretisiert und modifiziert⁷⁰⁶.

Für Seeleute bestimmt Art. 11 Abs. 3 lit. 4 Satz 1 die Geltung des Flaggenstaatsprinzips⁷⁰⁷. Für Beschäftigte diplomatischer und konsularischer Vertretungen und deren Hausangestellte sah die VO (EWG) Nr. 1408/71 noch eine besondere Regelung vor. Zwar galt auch für sie der Ort der tatsächlichen Beschäftigung als Anknüpfungspunkt. Aufgrund der abweichen den Bestimmungen des WÜK und des WÜD wurde jedoch ausdrücklich ein Wahlrecht hinsichtlich des sozialen Sicherungssystems des Heimatstaates vorgesehen.⁷⁰⁸ Diese Vorschrift findet in der VO (EG) Nr. 883/2004 keine Entsprechung. Soweit es sich bei den Beschäftigten um Beamte handelt, gilt für sie Art. 11 Abs. 3 lit. b) VO (EG) Nr. 883/2004, der den Sitz des Dienstherren als maßgeblich bestimmt.

b) Vorübergehende Beschäftigung, Regelung und Anknüpfungspunkte

Für den Bereich der vorübergehenden Beschäftigung sieht Art. 14 Abs. 1 in Modifikation des Beschäftigungslandsprinzips eine Regelung von Aus- und Einstrahlung für entsandte Arbeitnehmer vor. Nach dieser Bestimmung unterliegen entsandte Arbeitnehmer während der Dauer ihrer Entsendung dem sozialen Sicherungssystem des Mitgliedsstaats, in welchem sie vor der Entsendung beschäftigt waren und in dem der Sitz ihres Arbeitgebers liegt.⁷⁰⁹ Als Voraussetzungen für eine Entsendung und damit die Beibehaltung des Rechtsstatus des Entsendestaates lassen sich dabei in Art. 14 folgende Kriterien ausmachen:

- das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses im Entsendestaat,
- eine Arbeitsleistung für den Arbeitgeber,
- ein Ortswechsel aus einem Mitgliedsstaat in einen anderen Mitgliedsstaat,
- eine zeitliche Befristung der Entsendung,
- keine Ablösung eines zuvor entsandten Arbeitnehmers.

703 Damit wird auch die Beschäftigung in untergeordneten Betriebseinheiten eindeutig nach der *lex loci laboris* beurteilt.

704 Vgl. *Spiegel*, in: *Marhold*, Das neue Sozialrecht der EU, S. 33. Zum entsprechenden System der VO (EWG) Nr. 1408/71 vgl. etwa *Boecken*, ZIAS 1999, S. 221.

705 *Joussen*, NZA 2003, S. 22; v.d. Groeben/Schwarze-Langer, Art. 42 EG, Rdnr. 86.

706 *Fuchs-Steinmeyer*, Vor. Art. 13 VO (EWG) Nr. 1408/71, Rdnr. 15 ff. Zu den Art. 13 ff. der VO (EWG) Nr. 1408/71 vgl. *Eichenhofer*, Sozialrecht der Europäischen Union, S. 92.

707 Die in Art. 11 Abs. 3 lit. 4 Satz 2 getroffenen Sonderregelungen für Seeleute sind im Hinblick auf die hier untersuchten Fallgestaltungen nicht einschlägig.

708 Art. 16 VO (EWG) Nr. 1408/71.

709 Artikel 12 Abs. 1 VO (EG) Nr. 883/2004:

„Eine Person, die in einem Mitgliedsstaat für Rechnung eines Arbeitgebers, der gewöhnlich dort tätig ist, eine Beschäftigung ausübt und die von diesem Arbeitgeber in einen anderen Mitgliedsstaat entsandt wird, um dort eine Arbeit für dessen Rechnung auszuführen, unterliegt weiterhin den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedsstaats, sofern die voraussichtliche Dauer dieser Arbeit vierundzwanzig Monate nicht überschreitet und diese Person nicht eine andere Person ablöst“.

Der Begriff der Entsendung wird dabei vor allem im Hinblick auf ihre vorherige zeitliche Begrenzung bestimmt, die bei 24 Monaten liegt. Länger andauernde Entsendungen könnten nur über eine Ausnahmevereinbarung anerkannt werden⁷¹⁰

Hinsichtlich der Problematik der Einstellung von Arbeitskräften allein zum Zwecke der Entsendung hat die Neuregelung durch Artikel 12 Abs. 1 VO (EG) Nr. 883/2004 eine deutliche Klarstellung im Vergleich zur Vorgängervorschrift der VO (EWG) Nr. 1408/71 gebracht. Dessen Artikel 14 Nr. 1 lit a) forderte lediglich, dass die entsandte Person „im Gebiet eines Mitgliedsstaats von einem Unternehmen, dem sie gewöhnlich angehört, abhängig beschäftigt wird“, was Probleme aufwarf⁷¹¹. Zwar ließ die Notwendigkeit einer gewöhnlichen Betriebszugehörigkeit auf einen Ausschluss der Anwendbarkeit der Vorschrift auf Arbeitnehmer schließen, die bis zum Zeitpunkt der Entsendung nicht bei dem entsendenden Unternehmen beschäftigt waren⁷¹², der Europäische Gerichtshof sah im Wortlaut des Art. 14 Nr. 1 lit a) jedoch kein Hindernis für die Annahme einer Entsendung bei dieser Arbeitnehmergruppe⁷¹³. Der diesbezüglich einschränkende Beschluss der Verwaltungskommission⁷¹⁴, der für Fälle der Einstellung zur Entsendung weitere Voraussetzungen, namentlich eine gewöhnliche Geschäftstätigkeit des Unternehmens im Entsendestaat sowie einen bereits bestehenden Bezug des Entsendeten zur dieser Sozialrechtsordnung, aufstellte⁷¹⁵, zeigt jedoch, dass sich jedenfalls aus der Vorschrift allein kein Einschluss der betroffenen Arbeitnehmer in den Kreis der Entsendeten ergab. Aus der Neuregelung lassen sich diese Voraussetzungen nun ableiten, so dass der Ein- oder Ausschluss im Einzelfall klarer erkennbar wird.

Daneben wird durch Artikel 12 Abs. 1 verlangt, dass sich der Entsendete in das Gebiet eines anderen Mitgliedsstaats begibt, womit Ortskräfte eindeutig nicht in seinen Anwendungsbereich fallen⁷¹⁶.

Während der Entsendung muss außerdem das Beschäftigungsverhältnis zum Entsendeunternehmen fortbestehen; die Entsendung in den anderen Staat muss erfolgen, „um dort eine Arbeit für“ das entsendende Unternehmen, also auf „dessen Rechnung“, auszuführen. Damit sind die Hauptpflichten aus dem Arbeitsverhältnis – Entgeltanspruch und Anspruch auf Arbeitsleistung – aufrechtzuerhalten⁷¹⁷.

Im Hinblick auf die Problemfälle der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung und des Verleihs im Konzern kommt es folglich darauf an, ob der Arbeitnehmer als dem Verleih- oder dem Entleihunternehmen zugehörig angesehen werden kann, wobei die Regelung für diese Beurteilung ausdrücklich auf die wirtschaftliche Zuordnung Bezug nimmt. Daneben könnte aus der Formulierung des Merkmals „um dort eine Arbeit (...) auszuführen“ auf das Erfordernis einer Verbindung zum Entsendeunternehmen, die von ihrer Zweckrichtung her

710 Art. 16. Vgl. *Spiegel*, in: *Marhold*, Das neue Sozialrecht der EU, S. 35.

711 Vgl. *Boecken*, ZIAS 1999, S. 226; *Raschke*, in: *HVBG*, Beschäftigungslandprinzip, S. 14; *Fuchs-Steinmeyer*, Art. 14 VO (EWG) Nr. 1408/71, Rdnr. 6.

712 Zu dieser Voraussetzung der Ein- und Ausstrahlung im deutschen Recht nach den §§ 4, 5 SGB IV, die ein „bestehendes Beschäftigungsverhältnis“ verlangen, vgl. oben, A.II.1.a)bb)(2)(b), S. 110 ff.

713 Urteil vom 5.12.1967, Rs.19/67, Slg. 1967, 462 ff, 472 f. (van der Vecht) zur Vorgängerregelung des Art. 13 a der VO Nr. 3 über die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer (ABl. Nr. 594/58 v. 16.12.1958).

714 Beschluss Nr. 162 der Verwaltungskommission der Europäischen Gemeinschaften, ABl. Nr. L 241/28 v. 21.9.1996.

715 *Dort* Abs. 2 lit. b).

716 Zur insofern vergleichbaren Vorgängervorschrift vgl. *Devetzi*, Die Kollisionsnormen des europäischen Sozialrechts, S. 69; *Fuchs-Steinmeyer*, Art. 14 VO (EWG) Nr. 1408/71, Rdnr. 9.

717 Zur insofern vergleichbaren Vorgängervorschrift, vgl. *Bosien*, DAngVers 1998, S. 62.

eine Weisungsgebundenheit impliziert, geschlossen werden⁷¹⁸. Gerade letzteres Merkmal wird in Fällen der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung jedoch in der Praxis als weitgehend gegenstandslos angesehen⁷¹⁹.

Art. 16 Abs. 1 sieht schließlich die Möglichkeit der Mitgliedsstaaten vor, Ausnahmevereinbarungen für bestimmte Personengruppen zu treffen, die in der Praxis insbesondere bei längerfristigen Entsendungen in Anspruch genommen wird⁷²⁰.

2. Behandlung der Kollisionsprobleme in zwischenstaatlichen Abkommen

a) Dauerhafte Beschäftigung, Regelungen und Anknüpfungspunkte

aa) Bilaterale Abkommen der Bundesrepublik Deutschland

Soweit die bislang von der Bundesrepublik Deutschland abgeschlossenen Sozialversicherungsabkommen⁷²¹ Vorschriften über die Bestimmung der Versicherungspflicht enthalten⁷²², wird die Grundanknüpfung einheitlich nach dem Beschäftigungslandsprinzip vorgenommen⁷²³. Die in diesem Punkt weitgehend wortgleichen Regelungen⁷²⁴ sehen den Beschäftigungsort als primären Anknüpfungspunkt vor, wobei andere, arbeitgeberbezogene Anknüpfungen, zum Teil explizit ausgeschlossen werden.

718 Boecken, ZIAS 1999, S. 233. Vgl. auch Devetzi, Die Kollisionsnormen des europäischen Sozialrechts, S. 69; Joussen, SGb 2002, S. 258; Fuchs-Steinmeyer, Art. 14 VO (EWG) Nr. 1408/71, Rdnr. 11.

719 Vgl. etwa die Entscheidungen „Manpower“ und „Fitzwilliam“ des EuGH zur Arbeitnehmerüberlassung, (Rs 35/70, Slg. 1970, 1251 ff.; Rs C-202/97, Slg. 2000, I-883) wobei letztere Entscheidung zwar für die Annahme einer Entsendung Einschränkungen hinsichtlich einer fehlenden Geschäftstätigkeit des Verleihers im Entsendestaat vorsieht, nicht jedoch im Hinblick auf das Verhältnis Verleiher-Arbeitnehmer.

720 Bei der Anwendung der entsprechenden Vorschrift Art. 17 VO (EWG) Nr. 1408/71 variierte die in den einzelnen Mitgliedsstaaten anerkannte Höchstdauer von Entsendungen dabei zwischen 5 und 8 Jahren, z.T. wurden auch noch flexiblere Vereinbarungen getroffen, vgl. Donders, in: Schoukens, Social security coordination, S. 70; Joussen, NZS 2003, S. 24.

721 Eine beständig aktualisierte Übersicht über alle bilateralen Sozialversicherungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland findet sich unter <http://www.vdr.de>.

722 Keine Koordinierungsregelungen hinsichtlich der anzuwendenden Rechtsvorschriften enthält etwa das deutsch-australische Abkommen vom 13.12.2000 (BR-Drucks. 213/02), das im wesentlichen nur den Leistungsbereich betrifft, vgl. Schindler, Kompass 2003 Nr. 7/8, S. 6. Vergleichbar ist das frühere deutsch-kanadische Abkommen vom 19.12.1969.

723 Vgl. Gobbers, Gestaltungsgrundsätze, S. 38; Bosien, DAngVers 1998, S. 60.

724 Etwa Art. 3 des deutsch-chinesischen Abkommens vom 12.7.2001 (BGBl. 2002 II, S. 83 ff.); Art. 6 des deutsch-koreanischen Abkommens vom 10.3.2000 (BGBl. 2001 II, S. 915 ff.): „Sofern dieses Abkommen nichts anderes bestimmt, richtet sich die Versicherungspflicht von Arbeitnehmern nach den Rechtsvorschriften des Vertragsstaats, in dessen Hoheitsgebiet sie beschäftigt sind; dies gilt auch dann, wenn sich der Arbeitgeber im Hoheitsgebiet des anderen Vertragsstaats befindet“. Sehr ähnlich auch Art 6 des deutsch-chilenischen Abkommens vom 5.3.1993 (BGBl. 1993 II, S. 1227), Art. 6 des deutsch-bulgarischen Abkommens vom 17.12.1997 (BGBl. 1997 II, S. 2013), Art. 5 des deutsch-israelischen Abkommens vom 17.12.1973 (BGBl. 1975 II, S. 246), Art. 5 des deutsch-jugoslawischen Abkommens vom 12.10.1968 (BGBl. 1969 II, S. 1438) in seiner Geltung für Mazedonien, Bosnien und Herzegowina; Art. 5 des deutsch-kroatischen Abkommens vom 24.11.1997 (BGBl. 1998 II, S. 2034); Art. 6 des deutsch-marokkanischen Abkommens vom 25.3.981 (BGBl. 1986 II, S. 552), Art. 6 des deutsch-slowenischen Abkommens vom 24.9.1997 (BGBl. 1998 II, S. 1987), Art. 5 des deutsch-türkischen Abkommens vom 30.4.1964 (BGBl. 1965 II, S. 1170), Art. 6 des deutsch-tunesischen Abkommens vom 16.4.1984 (BGBl. 1986 II, S. 584), Art. 6 Abs.1 des deutsch-amerikanischen Abkommens vom 7.1.1976 (BGBl. 1976 II, S. 1358). Ohne ausdrücklichen Hinweis auf die Nachrangigkeit des Sitzes des Arbeitgebers: Art. 6 des deutsch-kanadischen Abkommens vom 14.11. 985 (BGBl. 1988 II, S. 28), Art. 6 des deutsch-japanischen Abkommens vom 20.4.1998 (BGBl. 1999 II, S. 876).

Daneben bestehen meist Regelungen für die Anknüpfung in besonderen Arbeitsverhältnissen. Für Beschäftigte in diplomatischen und konsularischen Vertretungen wird durch die Abkommen auf die Regelungen des WÜK und WÜD verwiesen⁷²⁵ oder eine inhaltsgleiche Regelung getroffen⁷²⁶. Für Seeleute wird zumeist das Flaggenstaatsprinzip normiert. Teilweise sehen die Bestimmungen jedoch aufgrund der Besonderheiten der nationalen Versicherungssysteme auch eine vielschichtigere Anknüpfung vor, die etwa die Staatsangehörigkeit des Versicherten⁷²⁷ oder den Sitz des Arbeitgebers⁷²⁸ berücksichtigt.

bb) Intranationales australisches Abkommen

Eine Primäranknüpfung an den Beschäftigungsort wird auch durch das bereits angesprochene intranationale Abkommen zwischen New South Wales, Victoria und Queensland⁷²⁹ in seiner Umsetzung durch die drei Staaten⁷³⁰ bestimmt⁷³¹. Mangels internationaler bilateraler Übereinkommen Australiens im Bereich der Unfallversicherung⁷³² kann im Folgenden nur diese Vereinbarung als Anhaltspunkt für eine zwischenstaatliche Abkommenspraxis herangezogen werden.

Im Hinblick auf Seeleute wird ebenfalls gesondert angeknüpft und unter grundsätzlicher Anerkennung des Flaggenstaatsprinzips als Sekundäranknüpfung – den nationalen Vorschriften entsprechend – eine differenzierte Regelung getroffen.

Da Beschäftigte diplomatischer und konsularischer Vertretungen nicht vom Anwendungsbereich der einzelstaatlichen Systeme erfasst werden, erfahren diese Arbeitsverhältnisse keine besondere Regelung.

b) Vorübergehende Beschäftigung, Regelung und Anknüpfungspunkte

aa) Bilaterale Abkommen der Bundesrepublik Deutschland

Für Fälle vorübergehender Beschäftigung in Form der Entsendung enthalten die von der Bundesrepublik Deutschland abgeschlossenen Sozialversicherungsabkommen Sonderregelungen. Ihnen ist gemeinsam, dass sie in Modifikation des Beschäftigungslandsprinzips Ein- und Ausstrahlungstatbestände vorsehen. Sowohl hinsichtlich ihrer Tatbestandsvoraussetzungen als

725 Etwa Art. 9 des deutsch-koreanischen Abkommens vom 10.3.2000.

726 Etwa Art. 8 des deutsch-marokkanischen Abkommens vom 25.3.1981.

727 Art. 6 Abs. 3 des deutsch-amerikanischen Abkommens vom 7.1.1976.

728 Art. 8 Abs. 1 des deutsch-japanischen Abkommens vom 14.11.1985.

729 Agreement, noted at the Workplace Relations Ministers' Council on May 24th 2002, *WorkCover Queensland Amendment Bill 2002*, Expl. Notes, S. 3 ff.

730 Wie bereits angesprochen, bedarf es dieser Umsetzung, um aus den Abkommen für den einzelnen einklagbare Rechte und Pflichten abzuleiten.

731 Sec. 9AA *Workers Compensation Act 1987 (NSW)*:

(1) Compensation under this Act is only payable in respect of employment that is connected with this State.

(2) The fact that a worker is outside this State when the injury happens does not prevent compensation being payable under this Act in respect of employment that is connected with this State.

(3) A worker's employment is connected with:

the State in which the worker usually works in that employment, or [...]".

Im wesentlichen gleichlautend sind die Vorschriften Sec. 113 *Workers Compensation and Rehabilitation Act 2003 (Qld)* („Employment must be connected with State“) und Sec. 80 *Accident Compensation Act 1985 (Vic)*.

732 Eine Übersicht über die im Bereich der Sozialversicherung abgeschlossenen Abkommen findet sich unter http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/subjects/Social_Services.html, im Bereich des Arbeitsrechts unter <http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/subjects/Labour.html>.

auch hinsichtlich der vorgesehenen Entsendefristen bestehen jedoch in den einzelnen Abkommenstexten unterschiedliche Vorgaben.

Im Hinblick auf die Frage der *vorherigen zeitlichen Begrenzung der Entsendung* sehen die meisten Abkommen konkrete Entsendefristen vor, die von 12⁷³³ bis 60⁷³⁴ Monaten reichen. Zum Teil ist der für eine Weitergeltung der Rechtsvorschriften des Entsendestaates mögliche Zeitraum nicht bestimmt. Die Notwendigkeit einer zeitlichen Begrenzung ergibt sich hier entweder aus dem Vertragstext⁷³⁵ oder muss in weitergehender Auslegung des Begriffs der „Entsendung“ als per se vorübergehender Zustand erschlossen werden⁷³⁶. Der Begriff der Entsendung wird in den Abkommen nicht ausdrücklich definiert. Die Fristbestimmung hat allerdings teilweise – wie im europäischen Recht – definitorischen Charakter, d.h. eine Entsendung liegt begrifflich nur vor, wenn diese absehbar die Entsendefrist nicht überschreitet. Zum Teil wird dagegen nur eine Höchstfrist bestimmt, bis zu deren Erreichen die Heimatrechtsordnung in jedem Falle gilt.⁷³⁷

Die Frage des Vorliegens einer Entsendung, wenn *Arbeitnehmer nur zum Zwecke des Auslandseinsatzes eingestellt* sind, wird in den Abkommen unterschiedlich geregelt.

Insbesondere die jüngeren Abkommen enthalten eine im Hinblick auf diese Problematik relativ eindeutige Definition der Entsendung. Eine solche soll nur dann vorliegen, wenn ein „Arbeitnehmer, der in einem Vertragsstaat beschäftigt ist, im Rahmen dieses Beschäftigungsverhältnisses von seinem Arbeitgeber in den anderen Vertragsstaat entsandt [wird], um dort eine Arbeit für diesen Arbeitgeber auszuführen“⁷³⁸. Fehlt eine solche Definition, muss davon ausgegangen werden, dass auch die Einstellung nur zum Zwecke der Entsendung ausreicht. So fordert etwa das deutsch-türkische Abkommen lediglich, dass der betreffende Arbeitnehmer eines Unternehmens „vorübergehend zur Arbeitsleistung in das Gebiet der anderen Vertragspartei entsandt [wird], um dort eine Arbeit für Rechnung dieses Unternehmens auszuführen“⁷³⁹, das deutsch-amerikanische Abkommen sogar nur, dass der entsandte Arbeitnehmer im anderen Vertragsstaat beschäftigt wird⁷⁴⁰. Soweit die Abkommen in ihrem Wortlaut der europäischen Koordinierungsregelung in der Fassung des Art. 14 VO (EWG) Nr. 1408/71 entsprechen⁷⁴¹, ergeben sich insbesondere im Hinblick auf die Formulierung „einem Unternehmen gewöhnlich angehören“ vergleichbare Interpretationsprobleme wie sie bereits oben diskutiert wurden.

Unterschiedliche Formulierungen finden sich in den Abkommen auch hinsichtlich der notwendigen Verbindung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer während der Entsendung. Dies hat Bedeutung für die Beurteilung der Problemfälle der *grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung und der Entsendung zu Subunternehmen*.

Zum Teil werden mit der Formulierung, die Auslandstätigkeit müsse „für Rechnung des entsendenden Unternehmens“, dem der Entsendete „gewöhnlich angehört“, erbracht wer-

733 Art. 7 des deutsch-tunesischen Abkommens vom 16.4.1984.

734 Etwa Art. 6 Abs. 2 des deutsch-amerikanischen Abkommens vom 7.1.1976.

735 So etwa Art. 6 des deutsch-türkischen Abkommens vom 30.4.1964: „[...] vorübergehend [...] entsandt [...].“

736 Art. 6 des deutsch-israelischen Abkommens vom 17.12.1973.

737 Vgl. hierzu auch Schuler, Das Internationale Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland, S. 435 f.; Raschke, in: Schulin, HS-UV, S. 1516.

738 Etwa Art. 7 des deutsch-ungarischen Abkommens vom 2.5.1998 oder Art. 7 des deutsch-japanischen Abkommens vom 20.4.1998.

739 Art. 6 Abs. 1 des deutsch-türkischen Abkommens vom 30.4.1964.

740 Art. 6 Abs. 2 des deutsch-amerikanischen Abkommens vom 7.1.1976.

741 Etwa Art. 7 des deutsch-marokkanischen Abkommens vom 25.3.1981; Art. 7 des deutsch-tunesischen Abkommens vom 16.4.1984.

den⁷⁴², wirtschaftliche und betriebliche Zuordnungskriterien betont. Andere Abkommen fordern lediglich das Bestehen einer arbeitsrechtlichen Bindung zum entsendenden Unternehmen⁷⁴³. Im ersten Fall ist eine umfassende Prüfung des einzelnen Entsendeverhältnisses erforderlich, die auch eine Zuordnung des Arbeitsverhältnisses zum Entleiher oder zum aufnehmenden Subunternehmen ergeben kann. Im zweiten Fall wird eine solche Zuordnung nicht gefordert und eine Entsendung aufgrund des Arbeitsvertrags mit dem Verleiher stets angenommen⁷⁴⁴.

Schließlich sehen alle Abkommen wie die VO (EG) Nr. 883/2004 die Möglichkeit vor, im Einzelfall durch die zuständigen Behörden der Vertragsstaaten Ausnahmevereinbarungen über die Frage der Versicherungspflicht zu treffen⁷⁴⁵.

bb) Intranationales australisches Abkommen

Auch die auf der Umsetzung der intranationalen Vereinbarung zwischen New South Wales, Victoria und Queensland⁷⁴⁶ beruhenden koordinierenden australischen Vorschriften sehen Ein- und Ausstrahlungstatbestände vor, die sich jedoch von ihrer Struktur her von den eben behandelten Regelwerken deutlich unterscheiden.

Durch die Normierung einer dreistufigen Anknüpfung zur Bestimmung der engsten Verbindung zum potentiellen Versicherungsstaat soll es in Entsendefällen ermöglicht werden, eine eindeutige Zuordnung des Beschäftigungsverhältnisses zu einem der Vertragsstaaten vorzunehmen. Abweichend zur bereits untersuchten Behandlung von Problemfällen in internationalen Fallgestaltungen, für die zum Teil ebenfalls diese Normen heranzuziehen waren, wird das jeweils anwendbare Recht im Verhältnis der Vertragsstaaten untereinander mehrseitig bestimmt.

Die *zeitliche Beschränkung von Entsendungen* – ausgestaltet als negatives Auslegungskriterium für die Primäranknüpfung an den üblichen Beschäftigungsstandort – ist mit sechs Monaten verhältnismäßig kurz gehalten. Sie schließt aber die Möglichkeit nicht aus, durch entsprechende Auslegung des Rechtsbegriffs des „üblichen Tätigwerdens“ im Einzelfall auch längere Entsendungen zuzulassen.

Auslegungsbedarf besteht ebenfalls im Hinblick auf das Erfordernis der *vorherigen zeitlichen Begrenzung der Entsendung*. Ob der Entsandte im Aufnahmestaat üblicherweise tätig werden wird und damit dort versicherungspflichtig ist, ist in einer Gesamtbetrachtung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der Parteivorstellungen⁷⁴⁷ zu ermitteln. Nach australischer Rechtsprechung soll eine jederzeitige Rückrufmöglichkeit ausreichen, um die vorübergehende Natur der Tätigkeit beizubehalten⁷⁴⁸. Eine eindeutige Auslegung ist nur in

742 Etwa Art. 7 des deutsch-marokkanischen Abkommens vom 25.3.1981; Art. 7 des deutsch-tunesischen Abkommens vom 16.4.1984; Art. 6 des deutsch-israelischen Abkommens vom 17.12.1973.

743 Etwa Art. 6 Abs. 2 des deutsch-amerikanischen Abkommens vom 7.1.1976.

744 Vgl. auch *Borgmann*, IPRax 1998, S. 273 f.

745 Etwa Art. 10 des deutsch-kanadischen Abkommens vom 14.11.1985; Art. 11 des deutsch-chilenischen Abkommens vom 5.3.1993; Art. 11 des deutsch-marokkanischen Abkommens vom 25.3.1981.

746 Agreement, noted at the Workplace Relations Ministers' Council on May 24th 2002, *WorkCover Queensland Amendment Bill 2002*, Expl. Notes, S. 3 ff.

747 Sec. 9AA (6) *Workers Compensation Act* 1987 (NSW); Sec. 115 (4), (5) *Workers Compensation and Rehabilitation Act* 2003 (Qld); Sec. 80 (6) *Accident Compensation Act* 1985 (Vic):

„In deciding whether a worker usually works in a State, regard must be had to the worker's work history with the employer and the intention of the worker and employer. However, regard must not be had to any temporary arrangement under which the worker works in a State for a period of not longer than 6 months.“.

748 *Godford v Oil Drilling and Exploration Pty Ltd* [2001] QDC 355, para 30.

Fällen möglich, in denen zwar die konkrete Dauer der Entsendung nicht festgelegt ist, jedenfalls aber der Entsendezeitraum von sechs Monaten nicht überschritten werden soll. In diesen Fällen wird die Verbindung zum Aufnahmestaat nicht ausreichend verfestigt, um dort ein „übliches Tätigwerden“ anzunehmen.

Auch die Problematik der *Einstellung nur zum Zwecke der Entsendung* ist nicht explizit geregelt. Aufgrund der Technik der Stufenprüfung könnte man zunächst annehmen, dass diese bei Entsendungen innerhalb der Entsendefrist nicht zum Ausschluss von Ein- oder Ausstrahlung führt. Wird ein Arbeitnehmer jedoch während des gesamten Vertragsverhältnisses ausschließlich in einem der Staaten beschäftigt, stehen der Annahme einer „Üblichkeit“ dieser Beschäftigung keine näheren Verbindungen zu einem der anderen Staaten entgegen. Ohne daher auf die untergeordneten Anknüpfungspunkte zurückgreifen zu müssen, wird auch hier eine Versicherungspflicht im alleinigen Beschäftigungsstaat angenommen⁷⁴⁹.

Im Hinblick auf *grenzüberschreitende Leiharbeitsverhältnisse* und die *konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung* ist ebenfalls keine spezielle Regelung getroffen. Beide Phänomene werden daher grundsätzlich nach den allgemeinen Entsendevorschriften behandelt. Folglich kommt es auch hier wieder auf die Lokalisierung des Beschäftigungsverhältnisses bzw. den Hauptgeschäftssitz des Arbeitgebers an. Für beide Anknüpfungspunkte kommt dabei der Frage, wer in diesen Fällen als Arbeitgeber angesehen werden kann, entscheidende Bedeutung zu. Zwar könnten sich bei unterschiedlicher Auslegung in den Vertragsstaaten Kollisionsprobleme ergeben. Im inneraustralischen Verhältnis besteht diesbezüglich jedoch kein Regelungsbedarf, denn alle Staaten treffen im Bezug auf Leiharbeitnehmer gleichsinnige Regelungen zur Bestimmung des Arbeitgebers⁷⁵⁰. Konzerninterne Verhältnisse bestimmen sich ebenfalls gleichsinnig nach den arbeits- und gesellschaftsrechtlichen Vorgaben des *Commonwealth of Australia*.

3. Lösungsmöglichkeiten für das deutsch-australische Verhältnis

- a) Koordinierung dauerhafter Auslandsbeschäftigung
- aa) Grundanknüpfung

Soweit im Bereich der dauerhaften Auslandsbeschäftigung Kollisionsprobleme im deutsch-australischen Verhältnis auftreten, resultieren diese im wesentlichen aus einer divergierenden Anknüpfung im deutschen und australischen Recht. Zum einen wird an den Ort der Beschäftigung, zum anderen an den Sitz des Arbeitsgebers angeknüpft. Im Interesse einer gleichsinnigen Bestimmung der Versicherungspflicht müsste daher ein zwischenstaatliches Abkommen eine einheitliche Grundanknüpfung normieren, für die grundsätzlich zunächst beide Anknüpfungspunkte in Betracht kommen.

Die Anknüpfung an den Ort der Beschäftigung rechtfertigt sich im deutschen Recht durch seine Qualität zur Bestimmung des Schwerpunktes des Beschäftigungsverhältnisses. Mit Blick auf den Schwerpunkt des Beschäftigungsverhältnisses könnte jedoch ebenfalls argumentiert werden, dass dieser nicht am Ort der Arbeitsausübung liegt, sondern an dem Ort, dem der Erfolg der ausgeübten Tätigkeit wirtschaftlich oder sozial zuzurechnen ist und an

749 Vgl. *Victorian WorkCover Authority*, Cross Border, S. 2.

750 Sec. 30, Sch 3 Part 1 *Workers Compensation and Rehabilitation Act 2003* (Qld); Sec. 5 (1) (“employer” para (e)) *Accident Compensation Act 1985* (Vic); Sec. 5 Sch 1 cl 1 *Workplace Injury Management and Workers Compensation Act 1998* (NSW).

dem die wirtschaftlichen Wirkungen der Arbeitnehmertätigkeit eintreten. Eine Anknüpfung an den Sitz des Arbeitgebers könnte damit eine Versicherungspflicht aufgrund einer Zugehörigkeit des Arbeitnehmers zur inländischen Erwerbsgesellschaft rechtfertigen.

Vorteile letzterer Anknüpfung ergäben sich im Hinblick auf die Beitragsseite. In beiden Rechtsordnungen werden die Beiträge zur Unfallversicherung vom Arbeitgeber finanziert. Knüpfte man an den Sitz des Arbeitgebers an, könnte der Beitrag in jeder Fallkonstellation vom zuständigen Träger problemlos und ohne eine Amtshilfe durch ausländische Träger eingezogen werden. Eine Anknüpfung an den Sitz des Arbeitgebers ist daher aus praktischen Erwägungen durchaus als günstig anzusehen.

Die arbeitgeberbezogene Grundanknüpfung erscheint jedoch nur dann sinnvoll, wenn sie wenigstens in einem der Vertragsstaaten vorgesehen ist. Eine solche Intention erscheint aber auch in den australischen Staaten fraglich. Hiergegen spricht zunächst die starke territoriale Ausrichtung der australischen *Workers Compensation* am Schädigungsort, der denknotwendig mit dem Beschäftigungsstandort übereinstimmt, als Ausgangspunkt der Versicherungspflicht. Mit dieser dem Deliktsrecht entlehnten Anknüpfung kann der Gedanke der Schwerpunktbildung am Ort der Wertschöpfung nicht ohne weiteres in Einklang gebracht werden.

Auch durch die neuen Regelungen wird der Schwerpunkt des Arbeitsverhältnisses primär am Ort der Arbeitsausübung gesehen. Um eine Mehrfachversicherung auszuschließen wurde dieser jedoch durch die Notwendigkeit einer üblichen Beschäftigung modifiziert. Die Anknüpfung an den Sitz des Arbeitgebers hingegen stellt nur eine Hilfsanknüpfung dar, die eine Vereinfachung der Bestimmung der Arbeitgeberpflichten bezweckt, wenn etwa aufgrund der Art der Tätigkeit gerade kein üblicher Beschäftigungsstandort ausgemacht werden kann. Wie bereits erläutert, bestehen auch generell Bedenken, ob die starke Bedeutung, die der Anknüpfung an den Sitz des Arbeitgebers durch zwei der untersuchten australischen Rechtsordnungen bei internationalen Ausstrahlungsfällen zukommt und die zu einer unbegrenzten Versicherungspflicht bei Beschäftigung von Arbeitnehmern australischer Arbeitgeber im Ausland führt, von der Intention der Regelungen gedeckt ist.

Eine generelle Anknüpfung an den Sitz des Arbeitgebers erscheint daher auch im Hinblick auf ein zwischenstaatliches Abkommen nicht sinnvoll. Sie eignete sich aber wie im deutschen und im australischen Recht als Hilfsanknüpfung. Die Aufnahme einer solchen Hilfsanknüpfung hätte vor allem im Hinblick auf die Probleme der Versicherungspflicht bei nicht ortsgesessenen beschäftigten Arbeitnehmern Bedeutung.

bb) Seeleute

Bei der Versicherungspflicht von Seeleuten bestehen Divergenzen zwischen der Anwendung des Rechts des Flaggenstaates aus deutscher Sicht sowie der differenzierten Anknüpfung an die Registrierung des Schiffes, die Staatsangehörigkeit von Eigner und Besatzung sowie einer territorialen Anknüpfung nach australischem Recht.

Für eine Normierung des Flaggenstaatsprinzips als kollisionsrechtliche Regelung dieser Beschäftigungsverhältnisse, wie sie auch in einigen deutschen Abkommen erfolgt ist, spricht vor allem die Klarheit und Eindeutigkeit einer solchen Regelung. Hinzu kommt, dass diese Anknüpfung nach deutschem Recht bereits praktiziert wird und die bereits bestehende Anknüpfung an die Registrierung des Schiffes in Australien faktisch einer Anknüpfung an das Recht des Flaggenstaates gleichkommt. In vielen Fällen könnte damit die bereits bestehende Versicherungspraxis aufrechterhalten werden, was zu einer Verminderung von Verwaltungsaufwand führt. Zu bedenken bleiben aber die Vorbehalte gegen das Flaggenstaatsprinzip im australischen Rechtskreis und die Intention der Ausweitung des Versicherungsschutzes auf

bestimmte Arbeitverhältnisse, die in engem Bezug zur eigenen Rechtsordnung stehen. Vor allem der kombinierten Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit des Eigners und der Besatzungsmehrheit ist zuzugeben, dass sie willkürlichen Veränderungen von Schutzniveau und Beitragspflichten durch bloße Änderung des Registrierungsorts des Schiffes entgegenwirkt. Die Versicherungspflichtigkeit von Seeleuten, die von der Natur ihres Beschäftigungsverhältnisses aus auch in australischem Hoheitsgebiet tätig werden, ist auch vor dem Hintergrund deliktischer Ansprüche zu betrachten. Deliktische Ansprüche gegen den Arbeitgeber ergäben sich in diesem Falle aufgrund einer Tatortanknüpfung nach australischem Recht^{751,752} Richtet sich auch die Unfallversicherung nach dem Tatort, wird die Beachtung nationaler Haftungsbeschränkungen gewährleistet.

Bei der Gestaltung von Kollisionsregelungen im deutsch-australischen Verhältnis ist daher zwar eine Grundanknüpfung an das Recht des Flaggenstaates denkbar. Sinnvoll erscheint aber, in den genannten Fällen besondere Anknüpfungspunkte vorzusehen.

Wie die Untersuchung der Regelungen zwischenstaatlicher deutscher Abkommen gezeigt hat, ist eine solche differenzierte Anknüpfung bei der Bestimmung der Versicherungspflicht von Seeleuten auch der deutschen Abkommenspraxis nicht fremd, was für eine grundsätzliche Akzeptanz von deutscher Seite her spricht.

cc) Diplomatischer und konsularischer Dienst

Aufgrund der Anwendbarkeit der Regelungen des WÜK und des WÜD ergeben sich bei der Bestimmung der Versicherungspflicht von Beschäftigten im konsularischen und diplomatischen Dienst keine Kollisionsprobleme. Eine zwischenstaatliche Regelung für diese Fallgestaltungen erscheint daher nicht zwingend erforderlich. Entsprechend der Regelungen in einigen deutschen Sozialversicherungsabkommen könnte lediglich zur Klarstellung auf die beiden Wiener Konventionen verwiesen werden.

b) Koordinierung vorübergehender Auslandsbeschäftigung

Wie die Gegenüberstellung der Ergebnisse gezeigt hat, ergeben sich in diesem Bereich vielfältige Kollisionsprobleme. Als mögliche Regelungsmodelle hat die obige Untersuchung dabei zwei Typen zwischenstaatlicher Koordinierungssysteme aufgezeigt, die als jeweils in sich geschlossene Regelungskomplexe im Folgenden hinsichtlich ihrer Geeignetheit für das deutsch-australische Verhältnis gegenübergestellt werden sollen.

aa) Regelungssystem nach dem Vorbild der deutschen Sozialversicherungsabkommen und der VO (EG) Nr. 883/2004

(1) Grundfall der Entsendung und Entsendefrist

Für Fallgestaltungen vorübergehender Beschäftigung sehen sowohl die deutsche als auch die untersuchten australischen Rechtsordnungen Ausnahmen vom Beschäftigungslandsprinzip in Form der Ein- und Ausstrahlung vor.

Ein Regelungsbedarf scheint im Grundfall der Entsendung zunächst nur in Bezug auf die Entsendefrist zu bestehen, da Kollisionsprobleme nur bei Entsendungen von über sechs Monaten auftreten. Während im deutschen Recht Entsendezeiträume von bis zu acht Jahren aner-

⁷⁵¹ Vgl. die Entscheidung für diese Anknüpfung in *Union Shipping New Zealand Ltd. v Morgan* [2002] NSWCA 124.

⁷⁵² Vgl. hierzu im einzelnen unter Kapitel 4, S. 277 ff.

kannt werden, liegt diese „Grenze“ in den australischen Rechtsordnungen bei nur sechs Monaten.

Die in den Entsendebestimmungen der untersuchten Abkommensregelungen normierten Fristen zwischen 12 und 60 Monaten eröffnen einen weiten Spielraum, der eine Annäherung zwischen beiden Rechtordnungen erlaubte. Eine ebenfalls mögliche offene Entsendefrist erscheint dagegen besonders aufgrund der erheblichen Abweichung der nationalen Entsendefristen und der sich hieraus zwangsläufig ergebenden divergierenden Auslegung problematisch. Für eine flexible Gestaltung der Entsendefrist im Einzelfall ist eine den Abschluss von Ausnahmevereinbarungen ermöglichte Vorschrift, wie sie in allen Abkommen und der Verordnung zu finden ist, als sinnvoll anzusehen.

(2) Vorherige zeitliche Begrenzung der Entsendung

Da die Auslegung des Entsendebegriffs in Deutschland und Australien auch hinsichtlich der Frage der Notwendigkeit einer von vorneherein festgelegten zeitlichen Begrenzung der Entsendung divergiert, muss auch diese Frage geregelt werden. Zwar kommt es in einigen Fällen der Beschäftigung in Australien nicht zu originären Kollisionsproblemen, weil in den Rechtsordnungen New South Wales' und Victorias mangels deutschen Versicherungsschutzes eine Ausfallregelung greift. In allen drei australischen Rechtsordnungen wird jedoch grundsätzlich allein aufgrund des Bestehens einer Rückrufmöglichkeit eine vorübergehende Natur der Tätigkeit angenommen, was sich besonders bei einer Beschäftigung in Deutschland auswirkt.

Für eine diese Frage regelnde Kollisionsvorschrift nach Vorbild der deutschen Abkommen und der europäischen Verordnung käme entweder eine definitorische Formulierung der Entsendefrist oder eine Höchsfristregelung in Betracht. Erstere Alternative entspricht der deutschen Rechtsauffassung. Die zweite Alternative kommt der durch die Rechtsprechung geprägten australischen Praxis nahe, die bereits eine bestehende Rückrufmöglichkeit für die Annahme der vorübergehenden Natur des Beschäftigungsverhältnisses ausreichen lässt. Dies gilt, obwohl die *gesetzlichen* Regelungen der Ein- und Ausstrahlung in den australischen Staaten an sich ebenfalls auf die Notwendigkeit einer vorherigen zeitlichen Begrenzung der Entsendung schließen lassen, in dem sie für die Annahme einer versicherungsfreien Beschäftigung ein „*temporary arrangement*“ fordern. Die Formulierung einer Entsenderegelung mit definitorischer Entsendefrist erscheint deshalb problematisch. Da sie keine explizite Vorgabe im Hinblick auf die vorherige Fristbestimmung trifft, wäre auch bei einer solchen Abkommensregelung eine entsprechende Auslegung durch die australische Rechtsprechung zu erwarten. Von deutscher Seite hingegen, würde die Regelung als die vorherige Begrenzungfordernd ausgelegt werden. Soll daher keine Höchsfristregelung getroffen werden, müsste im Interesse der Gewährleistung einer gleichsinnigen Entscheidung über das Vorliegen einer Versicherungspflicht in den Vertragsstaaten die Notwendigkeit der vorherigen zeitlichen Begrenzung der Entsendung ausdrücklich bestimmt werden.

(3) Einstellung nur zum Zwecke der Entsendung

Eine zum Teil grundlegend unterschiedliche Bestimmung der Anknüpfungspunkte bei der Einstellung von Arbeitnehmern nur zum Zwecke der Entsendung zeigt sich in zwei der australischen Staaten einerseits, Deutschland und Queensland andererseits. Während in Queensland – wie im deutschen Recht – mangels Tätigwerdens im Entsendestaat eine ausreichende Verbindung zu diesem verneint und damit weder eine Ein- noch eine Ausstrahlung ange-

nommen wird, kommt dieser Gesichtspunkt in New South Wales und Victoria nur zum Tragen, wenn der Entsandte in Australien beschäftigt wird. Bei Entsendung nach Deutschland hingegen wird auf die Präsenz oder den Hauptsitz des Arbeitgebers in Australien abgestellt und damit eine Ausstrahlung angenommen.

Angesichts dieser unterschiedlichen Ansatzpunkte in den Vertragsstaaten erscheinen jedenfalls zwei der gezeigten Regelungsvarianten⁷⁵³ nicht explizit genug. Nur die Formulierung des Tatbestandsmerkmals der vorherigen Beschäftigung im Vertragsstaat⁷⁵⁴, die auch der deutschen Rechtsauffassung entspricht, käme demnach als Regelungsalternative in Betracht. Trotz der abweichenden Anknüpfung in New South Wales und Victoria erscheint der Ausschluss von Ein- und Ausstrahlung bei diesen Fallkonstellationen auch dort akzeptabel: Die Anknüpfung an den Sitz des Arbeitgebers bzw. den potentiellen Schädigungsort fungiert in diesen Staaten als Hilfsanknüpfung für den Fall des Fehlens der üblichen Beschäftigung im Entsendestaat. Sie dient vornehmlich dem Zweck, Lücken im Versicherungsschutz der betroffenen Arbeitnehmer zu verhindern. Bei der Anknüpfung an den potentiellen Schädigungsort zeigt sich dies ganz deutlich im Vorbehalt des Fehlens ausländischen Versicherungsschutzes. Bei der Anknüpfung an den Sitz des Arbeitsgebers bei Beschäftigung außerhalb des Versicherungsstaats wird diese Intention durch eine vergleichende Heranziehung der koordinierenden Regelungen im inneraustralischen Verhältnis deutlich. Hier greift die Anknüpfung nur in Fällen, in denen feststeht, dass aufgrund der kurzen Dauer der Tätigkeit im Aufnahmestaat keine Versicherungspflicht besteht. Sie tritt aber zurück, soweit Versicherungsschutz gewährleistet wird. Wäre nun im Rahmen eines koordinierenden Regelungswerks eine solche Gewährleistung auch bei Auslandsbeschäftigung gegeben, entfiele auch hier der primäre Zweck der Anknüpfung an den Sitz des Arbeitgebers.

(4) Grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung und konzerninterner Verleih

Die zwischenstaatlichen Abkommen und die VO (EG) Nr. 883/2004 sehen innerhalb der jeweiligen Entsendevorschrift mehr oder weniger eindeutige Regelungen im Hinblick auf Fallgestaltungen der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung und der Entsendung innerhalb von Konzernunternehmen vor.

Da die problematische Zuordnung von Leiharbeitsverhältnissen sowohl im deutschen Recht wie auch in den australischen Rechtsordnungen im Regelfall zum Verleiher und damit gleichsinnig erfolgt, besteht in diesem Bereich an sich kein Regelungsbedarf. Bei der Formulierung einer allgemeinen Kollisionsnorm zur Entsendung muss jedoch darauf geachtet werden, dass nicht durch Übernahme mehrdeutiger Formulierungen, wie sie in den Abkommen

753 Regelung entsprechend Art. 7 des deutsch-marokkanischen Abkommens vom 25.3.1981 und Art. 7 des deutsch-tunesischen Abkommens vom 16.4.1984 nach Vorbild der Regelung des Art. 14 Nr. 1 lit a) VO (EWG) Nr. 1408/71: „einem Unternehmen gewöhnlich angehören“ sowie Regelung entsprechend Art. 6 Abs. 1 des deutsch-türkischen Abkommens vom 30.4.1964: „vorübergehend zur Arbeitsleistung in das Gebiet der anderen Vertragspartei entsandt, um dort eine Arbeit für Rechnung dieses Unternehmens auszuführen [...].“

754 Regelung entsprechend Art. 7 des deutsch-ungarischen Abkommens vom 2.5.1998 oder Art. 7 des deutsch-japanischen Abkommens vom 20.4.1998: „Arbeitnehmer der in einem Vertragsstaat beschäftigt ist und im Rahmen dieses Beschäftigungsverhältnisses von seinem Arbeitgeber in den anderen Vertragsstaat entsandt [wird], um dort eine Arbeit für diesen Arbeitgeber auszuführen“ oder Regelung entsprechend Art. 12 Abs. 1 VO (EG) Nr. 883/2004: „Person, die in einem Mitgliedsstaat für Rechnung eines Arbeitgebers, der gewöhnlich dort tätig ist, eine Beschäftigung ausübt und von diesem Arbeitgeber in einen anderen Mitgliedsstaat entsandt wird“.

zu finden sind, Auslegungsprobleme erst geschaffen werden⁷⁵⁵. Aus diesem Grund empfiehlt sich auch hier entweder eine ausdrückliche Regelung, jedenfalls aber die Wahl einer Formulierung, die der allen Rechtsordnungen gemeinsamen Auffassung nicht gegenläufig ist⁷⁵⁶.

Ein besonderer Regelungsbedarf in diesem Bereich ergibt sich daneben aber für Fallgestaltungen, die aufgrund der Regelungen des AÜG einer deutschen Verleiherlaubnis bedürfen, d. h. in allen Fällen gewerblicher Arbeitnehmerüberlassung außerhalb von Konzernunternehmen. Fehlt eine solche Erlaubnis oder ist das Leiharbeitsverhältnis nicht erlaubnisfähig, wird nach deutschem Recht das Vorliegen einer Entsendung verneint. Keines der untersuchten Abkommen enthält eine entsprechende Regelung. Die Aufnahme dieser auf deutschem Spezialgesetz beruhenden Auslegungsvariante in eine allgemeine Entsenderegelung birgt allerdings die Gefahr einer Überfrachtung der Vorschrift und erscheint daher problematisch. Um dennoch eine Beachtung der Regelungen des AÜG sicherzustellen, müsste hier eine besondere Ausnahmebestimmung geschaffen werden. Sinnvoll wäre dies etwa im Rahmen einer der Entsenderegelung vorangestellten Definition des Entsendebegriffs.

bb) Regelungssystem nach dem Vorbild der intranationalen australischen Vereinbarung

(1) Grundfall der Entsendung und Entsendefrist

Genau wie das eben untersuchte Regelungssystem der bilateralen deutschen Sozialversicherungsabkommen und der VO (EG) Nr. 883/2004 enthalten auch die koordinierenden australischen Vorschriften Regelungen der Ein- und Ausstrahlung bei vorübergehender exterritorialer Beschäftigung.

Der Komplex wird aber – anders als oben – nicht durch die Formulierung eines Ausnahmebestandes geregelt. Die Begründung oder der Ausschluss der Versicherungspflicht erfolgt vielmehr über eine Definition der „üblichen Beschäftigung“. Als zeitliches Element der Annahme dieser üblichen Beschäftigung und damit als „Entsendefrist“ ist eine sechsmonatige Grenze vorgesehen. Im Hinblick auf den erheblich weiteren zeitlichen Rahmen des Entsendebegriffs in der deutschen Rechtspraxis stellt sich hier die Frage, ob die Normsystematik auch die Formulierung großzügigerer Entsendefristen (etwa von 60 Monaten wie in einigen der Abkommen) als Voraussetzung einer Üblichkeit der Beschäftigung erlauben würde. Dies erscheint besonders im Hinblick auf befristete Arbeitsverhältnisse problematisch. Erfüllen diese einen solchen Mindestzeitraum weder in dem einen, noch in dem anderen Vertragsstaat, bliebe das befristete Arbeitsverhältnis generell unversichert.

Eine Abkommensbestimmung nach australischem Vorbild bedürfte daher in jedem Falle der Formulierung weiterer Anknüpfungspunkte, um alle Arbeitnehmer in einem der Systeme zu erfassen.

755 Regelung entsprechend Art. 7 des deutsch-ungarischen Abkommens vom 2.5.1998 oder Art. 7 des deutsch-japanischen Abkommens vom 20.4.1998: „Arbeitnehmer der in einem Vertragsstaat beschäftigt ist und im Rahmen dieses Beschäftigungsverhältnisses von seinem Arbeitgeber in den anderen Vertragsstaat entsandt [wird], um dort eine Arbeit für diesen Arbeitgeber auszuführen“. Vergleichbar auch die Formulierung in Art 12 Abs. 1 der VO (EG) Nr. 883/2004. Zu den hier bestehenden Auslegungsproblemen vgl. bereits oben, A.IV.1.b), S. 143 ff.

756 So etwa eine Formulierung wie Art. 6 Abs. 2 des deutsch-amerikanischen Abkommens vom 7.1.1976, die das Bestehen der arbeitsrechtlichen Bindung ausreichen lässt: „Wird eine Person im Hoheitsgebiet des einen Vertragsstaates beschäftigt, in den sie von ihrem Arbeitgeber im Hoheitsgebiet des anderen Vertragsstaates von dort entsandt wurde“.

Als solche Hilfsanknüpfung sehen die Vorschriften den Hauptgeschäftssitz des Arbeitgebers („*principal place of business*“) vor. Fehlt auch diese Verbindung, gilt die allgemeine territoriale Grundanknüpfung an den potentiellen Schädigungs Ort. Obwohl eine solche arbeitgeberbezogenen Anknüpfung dem deutschen Recht nicht unbekannt ist, wird ihr in der Praxis jedoch eine kollisionsrechtliche Bedeutung weitgehend verwehrt. Aufgrund ihrer erheblichen positiven Auswirkungen auf den Sachkomplex der Entsendung könnte sie aber dennoch von deutscher Seite akzeptiert werden: Zur Annahme eines „*principal place of business*“ bedarf es nicht nur irgendeines rechtlich begründeten Sitzes des Arbeitgebers im Versicherungsstaat. Vielmehr muss der Arbeitgeber an diesem Hauptgeschäftssitz auch tatsächlich seine überwiegende Produktionstätigkeit entfalten. Die in der Praxis häufigen Missbrauchsfälle, in denen die operative Tätigkeit des Arbeitgebers fast ausschließlich im Aufnahmestaat vorliegt, im Entsendestaat dagegen überwiegend nur Verwaltungseinheiten platziert sind⁷⁵⁷, würden automatisch ihre Entsendequalität verlieren.

Daneben lassen die australischen Regelungen zwar Raum für flexible Gestaltungen der Entsendefrist. Eine Möglichkeit, auf bilateraler Ebene Ausnahmevereinbarungen zu treffen, ist allerdings nicht vorgesehen. Vielmehr wird durch die Vorschrift zur Bestimmung des üblichen Beschäftigungsorts, die eine Gesamtbetrachtung des Arbeitsverhältnisses vorgibt, dem zuständigen Entscheidungsträger die Möglichkeit eröffnet, im Einzelfall eine Überschreitung der Entsendefrist zuzulassen. Ganz offensichtlich birgt diese Möglichkeit das Problem fehlender Konvergenz bei der Annahme solcher Ausnahmen in den Vertragsstaaten. Um daraus resultierende kollisionsrechtliche Schwierigkeiten zu vermeiden, sieht das australische Regelungssystem gleichzeitig die gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen über das Vorliegen der Entsendevoraussetzungen, die durch bestimmte Gerichte und gesondert aufgeführte Stellen in den Vertragsstaaten getroffen werden, vor⁷⁵⁸. Eine solche Anerkennung der Entscheidung des Trägers des Vertragsstaats, der die Entsendebescheinigung ausstellt, wird jedoch in der deutschen Praxis weitgehend abgelehnt⁷⁵⁹. Sie erscheint daher daher in einem zwischenstaatlichen Abkommen schwer durchzusetzen.

757 Information des *HVBG* vom 18. 12. 2003.

758 Sec. 9AB *Workers Compensation Act* 1987 (NSW); Sec. 114 *Workers Compensation and Rehabilitation Act* 2003 (Qld):

“Recognition of determination of State of connection in another State

If a designated court makes a determination of the State with which a worker’s employment is connected for the purposes of a corresponding law, that State is to be recognised for the purposes of section 9AA as the State with which the worker’s employment is connected.

(4) In this section:

“corresponding law” means the provisions of the statutory Workers Compensation scheme of another State that corresponds with section 9AA.

“designated court” means:

- (a) the Supreme Court of a State in which a corresponding law is in force, or
- (b) a court, tribunal or other decision-making body of a State in which a corresponding law is in force that is declared by the regulations to be a designated court for the purposes of this section.

“State” includes Territory.”.

Eine vergleichbare Regelung trifft auch Sec. 91C *Accident Compensation Act* 1985 (Vic).

759 DVKA, Rdschr. 53/1995; Raschke, in: Beschäftigungslandsprinzip, S. 17. Zu einer Anerkennung fremder Entsendeentscheidungen als bindend tendiert aber die „Mazedonien-Entscheidung“ des BSG, Urteil vom 16.12. 1999, B14 KG 1/99 R.

(2) Vorherige zeitliche Begrenzung der Entsendung

Wie gezeigt, ergibt sich aus den australischen Koordinierungsregelungen nicht eindeutig, ob die zeitliche Befristung der Tätigkeit bereits zu Beginn der Entsendung feststehen muss. Zwar ließe die Formulierung „*temporary arrangement*“ hierauf schließen. Da eine solche zeitliche Begrenzung durch die Rechtssprechung jedoch bereits im Bestehen einer Rückrufmöglichkeit gesehen wird, besteht hier die Gefahr einer divergierenden Auslegung der Bestimmung in den Vertragsstaaten. Im deutsch-australischen Verhältnis müsste die Regelung daher konkretisiert werden. Regelungstechnisch könnte eine solche Konkretisierung dabei am klarsten durch eine einschränkende Definition des Begriffs „*temporary arrangement*“, die die gewünschten Anforderungen auflistet, erreicht werden.

(3) Anstellung nur zum Zwecke der Entsendung

Für Fälle der Anstellung nur zum Zwecke der Entsendung wird keine explizite Regelung getroffen. Da als Hauptanknüpfung in den Vorschriften jedoch der Beschäftigungsstandort anzusehen ist, eröffnet das Fehlen eines Tätigwerdens in mehreren Staaten die Annahme einer üblichen Beschäftigung im Aufnahmestaat, auch wenn die Beschäftigung dort nur von kurzer Dauer ist⁷⁶⁰. Diese Interpretation des Entsendebegriffs entspricht der deutschen Rechtsauffassung, so dass sowohl die Akzeptanz einer solchen Regelung im bilateralen Verhältnis anzunehmen ist, als auch die gewünschte gleichsinnige Auslegung des Entsendebegriffs in den Vertragsstaaten gewährleistet würde.

(4) Grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung und konzerninterner Verleih

Fälle grenzüberschreitender Leiharbeit und der Arbeitnehmerüberlassung im Konzern können aufgrund der gleichsinnigen Zuordnung der Arbeitsverhältnisse in allen Staaten durch die allgemeinen Regelungen zur Entsendung erfasst werden. Fraglich ist jedoch, ob es möglich wäre, mittels einer entsprechenden Abkommensregelung der besonderen Behandlung von Fällen des Verleihs von Arbeitskräften außerhalb von Konzernunternehmen nach Deutschland, die sich aus den Vorschriften des AÜG ergibt, gerecht zu werden.

Da hier nach deutschem Rechtsverständnis die Anerkennung eines Beschäftigungsverhältnisses zwischen Arbeitnehmer und Verleiher in Australien verweigert wird, käme man nicht zu einer Versicherungspflicht aufgrund üblicher Beschäftigung in Australien. Vielmehr wäre ein alleiniges Tätigwerden und damit eine Versicherungspflicht in Deutschland anzunehmen.

Betrachtet man aber die Situation aus australischer Sicht kommt man aufgrund der unterschiedlichen Auslegung des Arbeitgeberbegriffs bei diesem Fall des Verleihs zu einer Versicherungspflicht in Australien: Liegt der Verleihzeitraum innerhalb der Entsendefrist, wird der Arbeitnehmer nur in Australien üblicherweise tätig und ist dort versicherungspflichtig. Wird die Entsendefrist überschritten, liegt zwar ein übliches Tätigwerden in Deutschland vor⁷⁶¹, gleichzeitig aber auch weiterhin in Australien⁷⁶². Eine nun erforderliche Anknüpfung an den Hauptgeschäftssitz⁷⁶³ lokalisiert diesen in Australien, da der in Australien ansässige Verleiher als Arbeitgeber angesehen wird.

760 Victorian WorkCover Authority, Cross Border, S. 2.

761 Da nun kein „*temporary arrangement*“ mehr.

762 Nach ausustralischem Recht liegt weiterhin ein Beschäftigungsverhältnis zwischen Verleiher und Arbeitnehmer vor.

763 „If no State or no 1 State is identified by paragraph (a) or (b), the State in which the employer's principal place of business [...] is located“ (Hervorhebung nicht im Original).

Zur Auflösung des Kollisionsproblems wäre eine Ausnahmeregelung zur Bestimmung des „*principal place of business*“ nötig. Eine solche Ausnahmeregelung müsste einseitig nur die Arbeitgebereigenschaft für den genannten Sonderfall festlegen. Damit wäre aber die Systematik des Normkomplexes, der grundsätzlich mehrseitig regeln will, gestört. Gleichzeitig litte die Klarheit und Anwendungsfreundlichkeit der Normen. Als Alternative wäre daher eine gesonderte Vorschrift zur Bestimmung der Versicherungspflicht in Fällen des Verleihs nach Deutschland zu überlegen. Auch eine solche Regelung stellte jedoch durch Negierung der allgemeinen Anknüpfungssystematik in gewissem Sinne einen Systembruch dar.

Aufgrund der Annahme, dass es sich bei den fraglichen Fällen in der Praxis um eher seltene Sonderfälle handelt, könnte daher auch erwogen werden, den Fall der Arbeitnehmerüberlassung nach Deutschland nicht gesondert zu regeln, sondern durch einen Vermerk in den Verhandlungsprotokollen eine Auslegungsbestimmung zu treffen⁷⁶⁴ und die Fälle einvernehmlich durch die zuständigen Verbindungsstellen regeln zu lassen. Fraglich ist jedoch, ob sich eine solche Bestimmung, die den gesetzlichen Regelungen der australischen Staaten zur Arbeitgebereigenschaft bei Leiharbeitsverhältnissen widerspricht, noch innerhalb der Grenzen zulässiger Auslegung bewegte.

In jedem Falle erschweren aber beide Alternativen eine Bestimbarkeit von Rechten und Pflichten durch betroffene australische Arbeitnehmer und Arbeitgeber, da sie zwingend Verweisungen auf die deutschen Regelungen des AÜG enthalten würden.

cc) Ergebnis

Durch ihre Ausgestaltung als mehrseitige Kollisionsnormen wären Entsenderegelungen nach dem Vorbild der bilateralen Abkommen und der VO (EG) Nr. 883/2004 in ihrer Gesamtheit grundsätzlich geeignet, die im deutsch-australischen Verhältnis auftretenden Kollisionsprobleme zu vermeiden. Wie die Untersuchung der einzelnen Regelungsvarianten im Hinblick auf die konkreten Fallgestaltungen gezeigt hat, treten aber zum Teil erhebliche Auslegungsprobleme auf. Insbesondere die Praxis einer autonomen Auslegung von Abkommensregelungen in den Vertragsstaaten stünde der grundsätzlich gewünschten gleichsinnigen Anwendung der Vorschriften entgegen und führte zu Rechtsunsicherheit⁷⁶⁵. Notwendig wären daher detaillierte, definitorisch ausgefeilte Regelungen, die durch Auslegungsvereinbarungen ergänzt werden könnten. Dies gilt insbesondere für die Frage der vorherigen zeitlichen Begrenzung der Entsendung und der Einstellung nur zum Zwecke der Entsendung. Eine Optimierung der Regelungsqualität ließe sich dabei durch eine der Entsenderegelung vorangestellte Definition des Entsendebegriffs erreichen.

Für den Sonderfall der Arbeitnehmerüberlassung nach Deutschland erscheint eine solche definitorische Regelung sogar unabdingbar, da eine Integration der hier notwendigen Ausnahmebestimmung in eine allgemeine Entsenderegel nur mit einem erheblichen Verlust an Anwendungsfreundlichkeit zu verwirklichen wäre.

Ein zwischenstaatliches Abkommen nach Vorbild der ebenfalls als mehrseitige Kollisionsnormen ausgestalteten australischen Regelungen ergäbe durch die Technik der Stufenanknüpfung insgesamt weniger Auslegungsprobleme und führte in den meisten Fällen zu einer ein-

764 Zu einer solchen Möglichkeit vgl. *Raschke*, in: *HVBG*, Beschäftigungslandprinzip S. 17.

765 Da keine verbindlichen und abgestimmten Auslegungskriterien bestehen und – jedenfalls in der Vergangenheit von Vertragspartnern auch nicht vereinbart wurden – entscheiden die für die Ausstellung einer Entsendebescheinigung zuständigen Versicherungsträger des Entsendestaates jeweils nach ihrem Rechtsverständnis und damit u.U. divergierend. Vgl. hierzu auch *Bosien*, DAngVers 1998, S. 60; *Raschke/Windheuser*, BG 2000, S. 295; *Raschke*, in: *HVBG*, Beschäftigungslandsprinzip, S. 6 f.

deutigen und sinnvollen Zuordnung des Arbeitsverhältnisses. Auch die einzige unklare Frage der Notwendigkeit einer vorherigen zeitlichen Begrenzung der Entsendung, könnte mit einer Ergänzung der Vorschriften durch eine einschränkende Definition des Begriffs „*temporary arrangement*“ zufriedenstellend gelöst werden.

Als vorteilhaft hat sich die Technik der Stufenanknüpfung auch im Hinblick auf die Ausklammerung typischer Missbrauchsfälle im Entsendebereich gezeigt.

Keine zufriedenstellende Lösungsmöglichkeit hat sich jedoch für den Sonderfall der Arbeitnehmerüberlassung nach Deutschland ergeben. Die sich aus den Vorgaben des AÜG ergebende Versicherungspflicht in Deutschland lässt sich in die allgemeine Anknüpfungssystematik nicht sinnvoll integrieren.

Schwierigkeiten ergeben sich auch im Hinblick auf die Möglichkeit, mittels Auslegung des Hauptanknüpfungspunkts „übliche Beschäftigung“ einseitige flexible Entscheidungen über die Entsendefristen zu treffen. Zwar könnten die hieraus entstehenden Kollisionsprobleme durch die Bestimmung einer gegenseitigen Anerkennung solcher Entscheidungen vermieden werden. Die Akzeptanz einer solchen Regelung von deutscher Seite her erscheint jedoch fraglich.

Trotz der klaren Anknüpfungsregelungen und der vergleichbar geringen Auslegungsschwierigkeiten, die sich bei einem deutsch-australischen Abkommen nach australischem Vorbild ergäben, erscheint ein solches aufgrund dieser Probleme eher ungeeignet.

Als vorzugswürdig ist daher ein den speziellen Regelungsbedürfnissen im deutsch-australischen Verhältnis angepasstes Regelungssystem nach dem Modell der bilateralen Abkommen und der VO (EG) Nr. 883/2004 anzusehen.

B. Probleme der Gleichbehandlung der Staatsangehörigen

Neben der Problematik der kollisionsrechtlichen Bestimmung des zuständigen Versicherungsstaates können sich bei der Frage der Versicherungspflicht und der Versicherungsberechtigung auch Probleme staatsangehörigkeitsspezifischer Diskriminierung ergeben.

Aufgrund der unterschiedlichen Ansätze für die Bestimmung der Versicherungspflicht wird auch im Folgenden zwischen dauerhafter und vorübergehender Beschäftigung differenziert werden. Zum einen soll die Gleichstellung von ausländischen Arbeitnehmern bei deren dauerhafter Beschäftigung im jeweiligen Versicherungsstaat behandelt werden, zum anderen deren vorübergehende Beschäftigung im Ausland und im Inland. Die Untersuchung wird dabei zunächst direkte und mittelbare Differenzierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit in Deutschland und Australien ermitteln und deren Rechtfertigung diskutieren (sogleich unter I. bis III.).

Soweit sich Reglungsbedarf ergibt, werden im Anschluss daran Lösungswege nach Vorbild der Gleichbehandlungsvorschriften in zwischenstaatlichen Abkommen sowie der europäischen Koordinierungsverordnung erarbeitet werden (unten IV.).