

Legal Update 2012/02

Mehr Rechtssicherheit bei Entsendung: Gesetz zum deutsch-brasilianischen Sozialversicherungsabkommen (SozSichAbkBRAG) - Verfahrensstand und Regelungsgehalt

Dr. Alexander Wohlnick
Leonardo Peixoto Barbosa

Am 3. Dezember 2009 wurde zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Föderativen Republik Brasilien ein Abkommen über die Soziale Sicherheit geschlossen. Ziel des Abkommens ist es, die sozialversicherungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Entsendung von Arbeitnehmern in das jeweils andere Land zu verbessern. So soll auf der einen Seite die Doppelversicherung und die damit einhergehende doppelte Beitragsbelastung beseitigt werden und auf der anderen Seite durch eine gegenseitige Abstimmung von rentenversicherungsrechtlichen Regelungen die Situation von Arbeitnehmern, die in beiden Ländern in die Rentenversicherung eingezahlt haben, eine Verbesserung erfahren. Das „Gesetz zum dem Abkommen vom 3. Dezember 2009 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Föderativen Republik Brasilien über Soziale Sicherheit“ (SozSichAbkBRAG) wurde von deutscher Seite am 05. August 2010 ratifiziert. Seit dem 16. November 2011 liegt der Entwurf in Brasilien sowohl der Kommission für soziale Sicherheit und Familie als auch der Kommission für Verfassung, Recht und Staatsbürgerschaft vor. Am 20. Dezember 2011 hat der Berichterstatter der Kommission für soziale Sicherheit und Familie den Entwurf zur Billigung empfohlen. Die formelle Genehmigung durch die Kommission ist allerdings noch nicht erfolgt. Da die Vorlage als „vordringlich“ eingestuft wurde, ist jedoch davon auszugehen, dass das Abkommen mittelfristig in beiden Länder in Kraft treten kann. Folglich erscheint es angebracht, die Regelungen und Auswirkungen des Abkommens genauer zu betrachten.

Hauptzielsetzung des Abkommens

Kern des Abkommens ist es, sowohl die Doppelversicherung bei einer zeitlich begrenzten Entsendung in das jeweils

andere Land zu vermeiden, als auch sicherzustellen, dass Zahlungen in die Rentenversicherung des jeweils anderen Landes dem Arbeitnehmer im Rentenfall tatsächlich zugutekommen.

Problemlage bei der Entsendung

Wird ein Arbeitnehmer vorübergehend ins Ausland entsandt, möchte er meist im Sozialversicherungssystem seines Heimatlandes verbleiben. Grund hierfür ist, dass er berechtigterweise befürchtet, durch die beitragslose Zeit während seiner Tätigkeit im Ausland, nach seiner Rückkehr Nachteile im Rahmen seiner persönlichen sozialen Absicherung zu erleiden.

Gegenwärtige Situation bzgl. der Sozialversicherungspflicht in Deutschland

Nach gegenwärtiger Gesetzeslage ist ein Arbeitnehmer grundsätzlich dort sozialversicherungspflichtig, wo die Tätigkeit ausgeübt wird [Territorialitätsprinzip]. Dies kann für den Arbeitnehmer jedenfalls bei einer nur vorübergehenden Entsendung ins Ausland problematisch sein, da er meist im deutschen Sozialversicherungssystem verbleiben will, um bei seiner Rückkehr nicht durch die beitragslose Zeit weniger hohe oder gegebenenfalls sogar gar keine Leistungsansprüche mehr zu haben.

Dieses Problem kann zwar gestalterisch durch zwei parallele Arbeitsverhältnisse oder durch eine freiwillige Mitgliedschaft in den gesetzlichen Sozialversicherungen gelöst werden. Dies führt jedoch zu einer doppelten Abgabepflicht. Zusätzlich kann unter bestimmten Voraussetzungen die Sozialversicherungspflicht in Deutschland erhalten bleiben [sogenannte Ausstrahlung; § 4 SGB IV]. Dies ist dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer

trotz der Tätigkeit in Brasilien weiterhin organisatorisch in den deutschen Betrieb eingegliedert ist und die Beschäftigung in Brasilien tatsächlich im Voraus befristet ist. Insbesondere das für das Vorliegen der Ausstrahlung relevante Kriterium der organisatorischen Eingliederung ist auslegungsbedürftig und daher wenig trennscharf.

Spiegelbildlich ist es möglich, dass ein in Deutschland tätiger brasilianischer Arbeitnehmer in Deutschland nicht sozialversicherungspflichtig ist [sogenannte Einstrahlung; § 5 SGB IV]. Die Voraussetzungen der Einstrahlung sind erfüllt, wenn der Brasilianer in den brasilianischen Betrieb eingebunden bleibt und sich von vornherein nur für einen befristeten Zeitraum in Deutschland aufhält.

Ob die Kriterien der Ein- bzw. Ausstrahlung erfüllt sind, obliegt einer Prüfung im Einzelfall. Entsprechend kann es hier zu Problemfällen und Abgrenzungsschwierigkeiten kommen.

Gegenwärtige Situation bzgl. der Sozialversicherungspflicht in Brasilien

Bei der Frage, ob in Brasilien Zahlungen an die Kranken-, Renten- und Sozialversicherungskasse [*Instituto Nacional do Seguro Social*; INSS] vorgenommen werden müssen, wird zunächst an die vertragliche Situation angeknüpft.

Dies bedeutet, dass ein brasilianischer Arbeitnehmer, der im Rahmen des brasilianischen Arbeitsvertrags ins Ausland entsandt wird, in Brasilien zwingend sozialversicherungspflichtig bleibt. Auf der anderen Seite ist ein im Ausland tätiger Brasilianer, der nur im Ausland einen Arbeitsvertrag mit einer ausländischen Gesellschaft besitzt, nicht sozialversicherungspflichtig. Allerdings kann sich der

Arbeitnehmer freiwillig in Brasilien versichern. Hierzu sollte er jedoch dort einen Repräsentanten als Vertreter bestellen, damit dieser etwaig notwendige Behördengänge erledigen kann.

Auch in Bezug auf ausländische Arbeitnehmer ist Anknüpfungspunkt zunächst die vertragliche Situation. Daher ist ein in Brasilien tätiger Ausländer, der im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses im Heimatland nach Brasilien entsandt wird, ohne dort einen lokalen Arbeitsvertrag zu haben, in Brasilien grundsätzlich nicht sozialversicherungspflichtig. Entsprechend muss ein ausländischer Arbeitnehmer, der einen brasilianischen Arbeitsvertrag besitzt, dort auch in die Sozialversicherung einzahlen.

Gleichzeitig ist jedoch zu berücksichtigen, dass sowohl für brasilianische als auch für in Brasilien tätige ausländische Arbeitnehmer gemäß Artikel 9 des brasilianischen Arbeitsgesetzbuchs [*Consolidação das Leis do Trabalho*; CLT] das Prinzip der Realität gilt. Nach diesem ist im Zweifel auf die tatsächliche Durchführung des Arbeitsverhältnisses abzustellen. Es ist daher nicht auszuschließen, dass der im Ausland tätige Brasilianer, der zwar nur einen ausländischen Arbeitsvertrag besitzt, nicht doch (auch) in Brasilien sozialversicherungspflichtig ist, wenn er in Wirklichkeit auf Weisung und im Interesse eines brasilianischen Unternehmens im Ausland tätig ist. Ergibt auf der anderen Seite die objektive Betrachtungsweise, dass ein entsandter Ausländer faktisch Arbeitnehmer eines Unternehmens in Brasilien ist, kann ein in Brasilien sozialversicherungspflichtiges Arbeitsverhältnis vorliegen.

Im Ergebnis ähnelt die Rechtslage in Brasilien insofern der deutschen Regelung, als dass das brasilianische Prinzip der Realität häufig zum selben Ergebnis führen wird, wie die deutsche Frage nach der organisatorischen Eingliederung.

Zusammenspiel der brasilianischen und deutschen Regelungen

Auf den ersten Blick scheinen sich die Regelungen in beiden Ländern insofern gut zu ergänzen, als dass durch die ähnlichen Abgrenzungskriterien und Rechtsfolgen kongruente Ergebnisse zu erwarten wä-

ren. Da das Prinzip der Realität auf der brasilianischen Seite und die tatsächliche Einbindung auf der deutschen Seite jedoch sowohl auslegungsbedürftige Begriffe sind und zudem beide nicht völlig deckungsgleich sind, ist nicht auszuschließen, dass sich die Ergebnisse im Einzelfall widersprechen können. So kann es zu einer doppelten Sozialversicherungspflicht oder zu einer beidseitigen Sozialversicherungsfreiheit kommen. Auch wenn die letztgenannte Variante durch die auf beiden Seiten existierende Möglichkeit der freiwilligen Versicherung zumindest teilweise entschärft werden kann, ist die verbleibende Rechtsunsicherheit, die beispielsweise in der Möglichkeit der Änderung der Auslegung begründet ist, für keinen der Beteiligten befriedigend.

Ohne ein bilaterales Sozialversicherungsabkommen besteht somit grundsätzlich die Gefahr, dass im Einzelfall aufgrund unterschiedlicher Auslegung die Sozialversicherungsträger beider Staaten unabhängig von der von Arbeitgeber und Arbeitnehmer beabsichtigten Rechtsfolge von einer Sozialversicherungspflicht ausgehen oder entgegen dem Willen der Vertragspartner eine Versicherungspflicht ablehnen.

Neuregelung für die Entsendung

Das Problem, dass entweder Mehrkosten (doppelte Beitragspflicht) oder rechtliche Unsicherheiten in Kauf genommen werden müssen, wird durch das Sozialversicherungsabkommen jedenfalls für Fälle der Entsendung bis zu einem Zeitraum von 24 Monaten gelöst. Zudem enthält das Abkommen eine Öffnungsklausel, die individuelle Ausnahmereinbarungen erlaubt. Durch ein gemeinsames Abkommen wird letztendlich das Problem, dass zwischen beiden Ländern kollidierende Regelungen gelten könnten, vermieden. Das Abkommen folgt den Prinzipien, die innerhalb der Europäischen Union gelten. Somit entspricht die Regelung zur Entsendung in Art. 6 und 7 des Abkommens weitestgehend den Regeln der §§ 4 und 5 SGB IV, die natürlich ihrerseits auf dem europäischen Recht beruhen.

Zunächst hält das Abkommen in Art. 6 Abs. 1 am Territorialitätsprinzip fest. Grundsätzlich besteht somit weiterhin die Sozialversicherungspflicht in dem

Land, in dessen Gebiet die Tätigkeit tatsächlich ausgeübt wird.

Art. 7 Abs. 1 stellt jedoch ausdrücklich klar, dass in den Fällen, in denen ein Arbeitnehmer im Rahmen seines nationalen Arbeitsverhältnisses für eine im Voraus zeitlich begrenzte Arbeit in den jeweils anderen Staat entsandt wird, in den ersten 24 Monaten die Rechtsvorschriften des Ursprungslandes so weiter gelten, als würde der Arbeitnehmer nach wie vor im Heimatland arbeiten. Die Kriterien „im Rahmen des Beschäftigungsverhältnisses“ und „im Voraus zeitlich begrenzte Arbeit“ sind mit der Regelung in § 4 SGB IV fast wortgleich. Weitere Voraussetzung ist allerdings, dass das entsendende Unternehmen im Ursprungsland grundsätzlich in einem erheblichen Maße tätig ist. Des Weiteren ist in diesem Zusammenhang Nr. 10 des Schlussprotokolls zu beachten, in dem weitere Abgrenzungskriterien benannt sind. So liegt eine Entsendung nicht vor, wenn die Tätigkeit des Entsandten im Zielland nicht dem Tätigkeitsbereich des entsendenden Unternehmens im Ursprungsland entspricht. Wird eine Person zur Entsendung eingestellt, muss sie zum Zeitpunkt der Einstellung zudem ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Entsendestaat gehabt haben. Soll ein Arbeitnehmer erneut entsandt werden, muss er zuvor zumindest wieder sechs Monate im Ursprungsland gearbeitet haben. Letztendlich ist die Entsendung auch dann ausgeschlossen, wenn die Arbeitnehmerüberlassung einen Verstoß gegen das Recht eines Vertragsstaats darstellt.

Darüber hinaus enthält Art. 9 eine Öffnungsklausel, nach der die zuständigen Behörden der Vertragsstaaten im gegenseitigen Einverständnis abweichende Sonderregelungen vereinbaren können, solange der Arbeitnehmer im Ergebnis den Rechtsvorschriften eines der beiden Vertragsstaaten unterstellt bleibt. Der Antrag auf eine Ausnahmeregelung muss von Arbeitnehmer und Arbeitgeber gemeinsam gestellt werden. Gemäß der Denkschrift des deutschen Gesetzesentwurfs käme eine Ausnahmereinbarung beispielsweise in Betracht, wenn der Arbeitnehmer zwar den rechtlichen und tatsächlichen Schwerpunkt seiner Tätigkeit im Zielland entfaltet, so dass er faktisch nicht mehr im Rahmen des

ursprünglichen Arbeitsverhältnisses tätig ist, die zeitlich befristete Versetzung jedoch zwischen Mutter- und Tochterunternehmen stattfindet. Ein konkretes Beispiel für diese Ausgangssituation ist der Fall, dass der deutsche Arbeitnehmer beim Tochterunternehmen in Brasilien einen befristeten lokalen Arbeitsvertrag erhält und das Arbeitsverhältnis mit dem deutschen Mutterkonzern bis zur geplanten Rückkehr ruhend gestellt wird. Nach bisherigem Recht kann ein ruhendes Arbeitsverhältnis nicht die notwendige organisatorische Eingebundenheit vermitteln. Ein ruhendes Arbeitsverhältnis wird jedoch auch nicht das Beschäftigungsverhältnis darstellen können, in dessen „Rahmen“ nach Art. 7 des Abkommens die Entsendung erfolgt. In dieser Konstellation könnte somit mit Hilfe einer Ausnahmevereinbarung eine sachgerechte Lösung gefunden werden.

Neuregelung für Rentenansprüche

Für den Arbeitnehmer von besonderer wirtschaftlicher Bedeutung sind die Neuregelungen bezüglich der Rentenversicherung.

Grundsätzlich prüft jeder Staat, in dem der Arbeitnehmer in die Rentenversicherung eingezahlt hat, für sich, ob nach nationalem Recht ein Rentenanspruch besteht oder nicht. Ohne Rentenversicherungsabkommen werden Zeiten, in denen in ausländische Rentenkassen gezahlt wurde, nicht berücksichtigt. Dies kann dazu führen, dass notwendige Wartezeiten, etwa für langjährig Versicherte, oder Anwartschaftszeiten für Erwerbsminderungsrenten, nicht erfüllt werden.

Diese Problematik wird durch das Sozialversicherungsabkommen entschärft. Gemäß Art. 11 werden für die Frage, ob ein Leistungsanspruch besteht, auch die Versicherungszeiten im jeweils anderen Vertragsland berücksichtigt. Dies gilt jedoch nur für die Frage, ob der Anspruch „dem Grunde nach“ besteht. Die Rentenhöhe bestimmt sich nach den Beitragszahlungen und Rechtsvorschriften im jeweiligen Land. Durch die Anrechnung der Versicherungszeiten im anderen Land werden somit auch bei kurzen Beitragszeiten im Ausland die Wartezeiten erfüllt, so dass der entsandte Arbeitnehmer dem Grun-

de nach in beiden Vertragsstaaten einen Rentenanspruch erlangt. Je nach Fallkonstellation kann es daher für den entsandten Arbeitnehmer durchaus sinnvoll sein, im Gastland in die Rentenversicherung einzuzahlen.

Wie bereits dargelegt, werden bei der Berechnung der Rentenhöhe selbstverständlich die in die jeweils andere Rentenversicherung eingezahlten Beträge nicht berücksichtigt, so dass es nicht zu einer Verdoppelung der Rentenansprüche kommt.

Ein weiterer Vorteil ist, dass die Rentenzahlungen uneingeschränkt in den anderen Vertragsstaat transferiert werden können. Der Arbeitnehmer kann daher frei entscheiden, in welchem Land er seinen Lebensabend verbringen will.

Abschließende Stellungnahme

Insgesamt ist das Sozialversicherungsabkommen somit ein wichtiger Baustein um die wirtschaftliche Zusammenarbeit zwischen Deutschland und Brasilien zu intensivieren. Gerade im Bereich des Know-how-Transfers ist es notwendig, dass qualifizierte Fachkräfte in beide Richtungen entsandt werden können, ohne dass die Arbeitnehmer persönliche oder die Arbeitgeber finanzielle Nachteile befürchten müssen.

Der Text des Gesetzes ist unter folgendem Link bei der deutschen Botschaft in Brasília abrufbar:
<http://tinyurl.com/7kkzd5y>

Rückfragen oder Anmerkungen:
legalupdates@pellon-associados.eu