

Sozialversicherungspflichten der Arbeitgeber und die staatliche Reaktion auf ihre Nichterfüllung – eine historisch-dogmatische Betrachtung

Maximilian Fuchs

Einleitung

Dass es Arbeitgeberpflichten in der Sozialversicherung gibt, namentlich als Beitragspflichten und Meldepflichten, wird von uns aufgrund langer Vertrautheit mit dem Alltag der Sozialversicherung als selbstverständlich hingenommen. Das Bewusstsein, dass die gesetzliche Statuierung dieser Pflichten und die hinter ihr stehende Dogmatik hart erkämpft werden mussten, ist regelmäßig nicht mehr präsent. Angesichts der programmatischen Ausrichtung des heutigen Workshops, bei dem auch die Historie zu Wort kommen soll, mag es deshalb gerechtfertigt erscheinen, wenn wir uns – freilich in der gebotenen zeitlichen Kürze – einmal zurückbesinnen auf diese Arbeitgeberpflichten, die heute – und nicht nur in Deutschland – einen wesentlichen Pfeiler der Sozialversicherung darstellen.

A. Historische Entwicklung der Arbeitgeberpflichten

In den 70er Jahren des 19. Jahrhunderts, in denen unter Beteiligung verschiedener Disziplinen – Rechtswissenschaft, Staatsphilosophie, Nationalökonomie – die gedankliche Ausformung der damals noch so genannten Arbeiterversicherung stattfand, war nahezu alles umstritten.¹ Das galt zunächst und vor allem für die Frage der Einführung eines Sozialversicherungszwangs.² Selbst die berühmten Kathedersozialisten, die ganz maßgeblich dafür gesorgt hatten, dass die sog. soziale Frage auf die Agenda wissenschaftlicher und politischer Diskussion kam, konnten sich einen

1 Vgl. dazu *Köhler*, Entstehung von Sozialversicherung in: Zacher (Hrsg.), Bedingungen für die Entstehung und Entwicklung von Sozialversicherung, Berlin 1979, S. 19 ff.

2 *Stolleis*, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, Stuttgart 2003, S. 64 ff.

Versicherungszwang nicht vorstellen. Und die damals vorherrschende, nahezu uneingeschränkte Dominanz der Gedankenwelt des römischen Rechts stand dem im Weg, worüber wir heute sprechen können.³ Dass Risiken, die einen Menschen betreffen, einem anderen aufgebürdet werden können, war ebenso unverständlich. „*Casum sentit dominus*“ war die gängige und nie in Frage gestellte Formel des römischen Rechts.⁴ So überrascht es nicht, dass selbst diejenigen Vertreter der Rechtswissenschaft, die sich dem Gedanken einer Arbeiterversicherung aufgeschlossen gezeigt haben, bemüht waren, die Dogmatik der Arbeiterversicherung aus dem römischen Recht heraus zu entwickeln, aber auch über dieses hinauszugehen. Ich verweise an dieser Stelle gerne auf ein besonders markantes Beispiel: Das Gutachten des Pandektisten Julius Baron, der die Unfallversicherung aus römischen Rechtsprinzipien ableiten wollte, an deren Finanzierung sich aus eben diesen römisch-rechtlichen Grundsätzen Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Beiträge teilen sollten.⁵

Auch die Arbeiterversicherungsgesetze, die in den 80er Jahren des 19. Jahrhunderts auf den Weg gebracht wurden, sind schließlich nicht dem rö-

3 Vgl. dazu die Äußerung eines Zeitzeugen, des Pandektisten *Baron*, zur Fortbildung des Haftpflichtgesetzes v. 7.6.1871, in: Verein f. Sozialpolitik (Hrsg.), *Die Haftpflichtfrage*, Leipzig 1880, S. 101: „Die Tatsache, dass die Bildung der deutschen Juristen im Privatrecht wesentlich auf romanistischer Grundlage ruht, darf von niemandem, welcher an eine Kritik des bestehenden Rechts herantritt, außer Acht gelassen werden. Die Autorität des römischen Rechts ist bei den deutschen Juristen eine so große, daß sie eine Neuerung, welche eine wesentliche Abweichung von römischen Grundsätzen enthält, zum Teil für bedenklich erachten, jedenfalls aber sich des Maßes bewußt sein wollen, in welchem die Neuerung von dem römischen Recht abweicht, und der Gründe, durch welche die Neuerung gerechtfertigt wird.“

4 Vgl. dazu *Fuchs/Pauker/Baumgärtner*, *Delikts- und Schadensersatzrecht*, 9. Aufl., Heidelberg (u. a.) 2016, S. 1 f.

5 Vgl. *Baron* (Fn. 3), S. 124: „Ich glaube auch den inneren Grund angeben zu können, weshalb unsere Rechtsanschauung von der römischen abweicht. Wir müssen selbstverständlich auch heute anerkennen, daß der Mensch über die Gesetze der Natur keine Macht hat, aber wir besitzen in den Versicherungsanstalten eine den Römern unbekannt Institution, wodurch wir in stande sind, die durch Zufall eintretenden Schäden gegen Zahlung einer erträglichen Gebühr von uns abzuwenden.“ Die Anwendung dieser Grundsätze auf den Arbeitsvertrag ergibt nach Baron, „daß der Schaden zwischen Arbeitgeber und Arbeiter verteilt werden muß; denn der Arbeitsvertrag gehört zu den sog. zweiseitigen Geschäften, er bezweckt den Vorteil beider Teile, beide Kontrahenten wollen und sollen daraus einen Nutzen ziehen, beide Teile haben Anlaß zum Schaden gegeben: Der Arbeitgeber, indem er die Arbeit verrichten ließ, der Arbeiter, indem er sie übernahm“ (S. 125).

mischen Recht entsprungen. Vielmehr können wir mit einer gewissen Vereinfachung sagen, dass es wesentlich der Reichskanzler Bismarck war, der seine Ministerialbeamten, die ganz vom römischen Geist durchdrungen waren, in die Schranken wies. Er verfocht stattdessen ein Modell, das eine starke Verantwortung des Staates für die Absicherung sozialer Risiken der Arbeiter auf versicherungsrechtlicher Basis und unter Beteiligung der Arbeitgeber beinhaltetete.⁶

Damit bin ich bei meinem heutigen Thema unmittelbar angelangt. Eine historisch-dogmatische Analyse erweist, dass mit diesen Gesetzen im Hinblick auf die Arbeitgeberpflichten rechtlich-dogmatische Weichen gestellt wurden, die bis zum heutigen Tag Geltung beanspruchen, auch wenn diese Weichen im Lauf der Zeit technisch erweitert und modernisiert wurden. Deren Substanz aber ist unverändert geblieben. Wenn wir die Arbeiterversicherungsgesetze, das Krankenversicherungsgesetz von 1881, das Unfallversicherungsgesetz von 1884 und das Gesetz über die Invaliditäts- und Altersversicherung der Arbeiter des Jahres 1889 betrachten,⁷ so ist ihnen allen zweierlei gemeinsam: zum einen die Statuierung von Beitragspflichten der Arbeitgeber zur Finanzierung und zum anderen die administrativ-institutionelle Beteiligung der Arbeitgeber zur Durchführung der einzelnen Zweige der Arbeiterversicherung. Der Einführung von Arbeitgeberbeiträgen zur Arbeiterversicherung ist eine intensive akademische Diskussion in der Volkswirtschaftslehre und in der Rechtswissenschaft vorausgegangen.⁸ Die Vertreter der Wirtschaftswissenschaft betonten den Charakter der Arbeitskraft als eine handelbare, marktgängige Ware, weshalb ihr Preis nach denselben Prinzipien wie bei den übrigen Waren ermittelt werden müsse. Folglich müssten auch die vollen Produktionskosten der Arbeitskraft, also auch die Kosten ihrer Existenzsicherung bezahlt werden.⁹ Solche ökonomischen Begründungen sind von namhaften Juristen aufge-

6 Ausführlich zur Rolle Bismarcks die Monografie von *Vogel*, Bismarcks Arbeiterversicherung, Braunschweig 1951 sowie die konzise Darstellung bei *Stolleis* (Fn. 2), S. 52 ff.

7 Zu einer kurzen Charakterisierung dieser drei Arbeiterversicherungsgesetze vgl. *Fuchs*, Zivilrecht und Sozialrecht. Recht und Dogmatik materieller Existenzsicherung in der modernen Gesellschaft, München 1992, S. 32 ff.

8 Vgl. dazu *Fuchs* (Fn. 7), S. 38 f.

9 Vgl. zu dieser Argumentation *Schäfer*, Die Rolle der Fürsorge, Frankfurt a. M. 1966, S. 69 f. Ebenso *Brentano*, Die Arbeiterversicherung gemäß der heutigen Wirtschaftsordnung, 1879, S. 98.

griffen und als Rechtsprinzipien ausformuliert worden.¹⁰ Die Begründung der Beitragspflichten in den Gesetzesmaterialien lässt erkennen, dass sich Gedankenstränge ganz unterschiedlicher Art, nicht zuletzt auch römisch-rechtlicher Natur, irgendwie zu einem gedanklichen Konstrukt vereint haben, das in der Verteilung der ökonomischen Beitragslasten neben den Arbeitern auch die Verantwortung der Arbeitgeber einschloss. Diese Begründung der Verantwortung der Arbeitgeber als ein dogmatisches Axiom können wir sehr erhellend in dem Entwurf des Invaliditäts- und Altersversicherungsgesetzes lesen:¹¹

„Die Last muss vielmehr auch von denen anteilig mitgetragen werden, welche an der humanen Sicherstellung des Loses der Arbeiter ein Interesse haben. Dass hierzu die Arbeitgeber in erster Reihe berufen sind, leuchtet ein. Wirtschaftlich angesehen bedeutet die Alters- und Invalidenrente in der Regel einen Ersatz für die durch Arbeit selbst bedingte Minderung der Arbeitskraft, dieser Ersatz wird folgerichtig in der Hauptsache aus dem Arbeitsertrage zu entnehmen, gewissermaßen zu reservieren sein. Wie aber das Arbeitsverhältnis selbst eine gewisse Solidarität zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer begründet, insofern beide an dem Arbeitsertrage teilhaben, so ergibt sich, dass auch der Arbeitgeber sich der Verpflichtung, zum Ersatze der gemindernten Arbeitskraft des Arbeiters beizutragen, nicht entziehen darf.“

Mit dieser dogmatischen Begründung und der Verankerung dieses Gedankens in den Gesetzen wurde ein elementarer Bestandteil der Arbeiterversicherung geschaffen, der bis heute erhalten geblieben ist.¹² Allerdings wurde dieser stets von Seiten der Arbeitgeber kritisiert. Davon zeugen die punktuell immer wieder geführten Rechtsstreitigkeiten, bis hin zu Verfas-

10 Vgl. etwa *Ofner*, Über das Rechtsprinzip des Arbeitslohnes nach herrschendem System, Wien 1884, passim.

11 Siehe *Hirth/Seydel*, Annalen des Deutschen Reichs, München (u. a.) 1889, S. 461 f.

12 In den 80er Jahren des vergangenen Jahrhunderts gab es eine intensive Diskussion, in der Vorschläge in Richtung einer Trennung von Arbeits- und Sozialversicherungsverhältnis gemacht wurden; vgl. etwa *Biedenkopf*, Die neue Sicht der Dinge, München (u. a.) 1985, S. 325 ff.: „Die vertragliche Regelung der Bedingungen, unter denen der Arbeitnehmer für den Arbeitgeber leistet, steht auf der einen Seite, die Regelung der Beziehungen des einzelnen zur Gemeinschaft, die ihm in Erfüllung der Grundsätze der Solidarität und der sozialen Gerechtigkeit zur Seite steht, wenn es darum geht, Lebensrisiken zu bewältigen, die der einzelne nicht bewältigen kann, auf der anderen. Beide Verhältnisse haben unterschiedliche Aufgaben. Das Arbeitsverhältnis hat die Aufgabe, die Beziehungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber zu ordnen. Das Sozialverhältnis hat die Aufgabe, dem einzelnen soziale Sicherheit zu gewährleisten.“

sungsbeschwerden beim Bundesverfassungsgericht, bei denen die Verantwortung der Arbeitgeber in Frage gestellt wurde.¹³ Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang nur an die verfassungsrechtliche Diskussion um den Arbeitgeberbeitrag in der Pflegeversicherung.¹⁴

Der zweite wesentliche Bestandteil ist die Einbindung der Arbeitgeber in die Durchführung der Sozialversicherung.¹⁵ Auch hierfür wurde der Grundstein in den Arbeiterversicherungsgesetzen gelegt. Bereits im Krankenversicherungsgesetz von 1883 wurde das bis heute geltende Regelungsmuster zur administrativen Bewältigung der Aufgaben der Sozialversicherung durch die Beteiligung der Arbeitgeber niedergelegt.¹⁶ Diese besteht in einer Verpflichtung der Arbeitgeber zur Meldung der von ihnen beschäftigten Arbeiter und außerdem zur Einbehaltung des Arbeitnehmeranteils im Wege des Lohnabzugs und die Abführung des so einbehaltenen Beitragsanteils der Arbeitnehmer an die Krankenkassen. Dieses Regelungsprinzip wurde dann auch im Unfallversicherungsgesetz¹⁷ und im Gesetz über die Invaliditäts- und Altersversicherung¹⁸ fortgeschrieben, ebenso in der Reichsversicherungsordnung von 1911¹⁹, die zu einer einheitlichen Regelung, geltend für alle Zweige der Sozialversicherung, geführt hat.

Zur weiteren historischen Entwicklung dieser Arbeitgeberverpflichtungen ist darauf hinzuweisen, dass 1942 durch eine Verordnung über die Vereinfachung des Lohnabzugs der sog. Gesamtsozialversicherungsbeitrag

13 Ausführlich dazu *Rolfs*, Das Versicherungsprinzip im Sozialversicherungsrecht, München 2000, S. 238 ff.

14 Zur Bejahung der Verfassungswidrigkeit *Friauf*, DB 1991, 1773 ff.; *Maschmann*, SGB 1991, 300 ff.; dagegen *Fuchs* in: Schulin (Hrsg.), Handbuch der Sozialversicherung – Pflegeversicherung, München 1997, § 4, Rn. 30 ff.

15 Am Ende der Entwicklung steht das heutige System der paritätischen, d. h. zu gleichen Teilen von Arbeitgeber und Arbeitnehmern organisierten Selbstverwaltung der Sozialversicherung, vgl. dazu *Hendler*, Das Prinzip Selbstverwaltung, in: In-sensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts VI, 3. Aufl. Heidelberg 2008, § 143; *Becker*, Organisation und Selbstverwaltung der Sozialversicherung, in: von Maydell/Ruland/Becker (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch, 5. Aufl., Baden-Baden 2012, § 13, S. 673 ff.

16 §§ 49 ff.

17 §§ 9 ff.

18 §§ 100 ff.

19 Ausführlich dazu *Rother*, Die Reichsversicherungsordnung 1911, Mainz (u. a.) 1994, S. 11 ff.; S. 20 ff.; S. 28 ff.

eingeführt wurde.²⁰ Damit wollte man erreichen, dass nicht mehr eine separate Abführung der Beiträge an die einzelnen Träger der Sozialversicherung erfolgen, sondern eine einheitliche Abführung an eine zentrale Stelle, nämlich die Krankenkasse als sog. Einzugsstelle, erfolgen sollte. Das heute geltende Recht über Meldepflichten des Arbeitgebers und die Abführung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags ist 1988 in den §§ 28 a ff. SGB IV geschaffen worden und gegenüber früheren Regelungen umfassend und detailreich geregelt.²¹ Für unsere heutige Betrachtung ist es wichtiger, zu beantworten, wie wir diese Regelungen rechtsdogmatisch verstehen und erfassen können. Zu erklären ist, wie es denn kommt, dass der Arbeitgeber, eine natürliche oder juristische Person des Privatrechts, in die öffentlich-rechtlich organisierte Organisation der Sozialversicherung eingebunden werden kann. Darüber ist viel nachgedacht worden. Ich konzentriere die Antwort hier auf das, was hierzu das BSG in mehreren Entscheidungen ausgeführt hat. Es betrachtet den Arbeitgeber als eine „in Dienst genommene“ Privatperson, ohne dass diese jedoch selbst mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattet wäre.²² Ob diese Inanspruchnahme Privater verfassungsrechtlich unbedenklich ist, ist Gegenstand mehrerer Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts geworden, das aber die Verfassungsmäßigkeit im Hinblick auf die besondere Rolle der Arbeitgeber bei der Durchführung einer auf dem Gedanken der Solidarität basierenden Sozialversicherung bejaht hat.²³

B. Die Nichterfüllung der Arbeitgeberpflichten

Der direkte Beitragsabzug, im Sinne eines ausschließlich durch die Einbehaltung des Beitrags vom Lohn vorzunehmenden Transfers an die Kran-

20 Reichsgesetzblatt 1942, S. 252. Vgl. dazu auch BT-Drs. 11/2221, S. 17. Historisch gesehen bedeutete es damals die Unterstützung betrieblicher und kriegswirtschaftlicher Rationalisierungsvorgänge, vgl. dazu *Henlein/Tennstedt*, Geschichte des Sozialrechts, in: von Maydell/Ruland/Becker (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch, 5. Aufl., Baden-Baden 2012, § 2, Rn. 40.

21 Zu diesen positiv-rechtlichen Bestimmungen im Einzelnen *Marburger*, Betriebsprüfung der Sozialversicherung, 2. Aufl., Stuttgart (u. a.) 2013.

22 Vgl. dazu BSGE 41, 297 (298); E 86, 262, 280. Ausführlich zu dieser Konstruktion *Ipsen*, Gesetzliche Indienstnahme Privater, in: Festgabe für Emil Kaufmann, S. 141 ff., Leipzig 1964.

23 Siehe dazu *Fuchs* (Fn. 7), S. 112 ff.

kenkassen, ist in § 28 g SGB IV verankert. Diese Vorschrift gibt dem Arbeitgeber ein Recht auf Beitragsabzug vom Arbeitsentgelt, um den Gesamtsozialversicherungsbeitrag gemäß § 28 h SGB IV an die Krankenkassen als Einzugsstellen abführen zu können. Dieses Recht kann der Arbeitgeber nur durch Abzug vom Arbeitsentgelt realisieren. Unterbleibt der Abzug, darf dieser nur bei den drei nächsten Lohn- oder Gehaltszahlungen nachgeholt werden, danach nur dann, wenn der Abzug ohne Verschulden des Arbeitgebers unterblieben ist. Die rechtliche Konstruktion des Beitragsabzugs ist umstritten. Dem BAG zufolge erfüllt der Arbeitgeber mit dem Abzug und der Abführung von Lohnbestandteilen seine Zahlungspflicht gegenüber dem Arbeitnehmer.²⁴ Die Abführung begründet einen besonderen Erfüllungseinwand. Es bedarf keiner Aufrechnung. Wortlaut sowie Sinn und Zweck der steuer- und sozialrechtlichen Normen sprechen für eine Regelung eigener Art und gegen eine Aufrechnung.²⁵ Dabei wird betont, dass die Aufrechnung ein Erfüllungssurrogat sei. Sie setze voraus, dass Haupt- und Gegenforderung sich als gleichartige Forderungen bereits aufrechenbar gegenüberstanden und deshalb keine Seite real leisten musste. Aufgrund der Aufrechnung (§ 388 BGB) stehen beide Seiten so, als hätten sie zu diesem früheren Zeitpunkt erfüllt. An einer solchen Aufrechnungslage fehle es aber im Verhältnis von Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Dem auf Einbehalt und Abführung gerichteten Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers stehe nur das Recht und die Pflicht des Arbeitgebers gegenüber, nicht an den Arbeitnehmer auszuzahlen.²⁶ Demgegenüber nimmt das BSG in seiner Rechtsprechung eine Aufrechnungslage gemäß § 387 BGB an, die gemäß § 389 BGB berechnet wird, wenn der Arbeitgeber den Lohnabzug nach § 28 g SGB IV wahrnimmt.²⁷

Aus Zeitgründen beschränke ich meine Ausführungen auf die Nichterfüllung der Beitragspflichten und lasse Verstöße gegen Meldepflichten au-

24 BAGE 97, 150 (153) = NJW 2001, 3570 = NZA 2001, 1195.

25 BAGE 97, 150 (158 ff.).

26 BAG NJW 2008, 3805.

27 BSGE 67, 290 (292). Vermittelnd BSG NZS 2001, 370: „Der Arbeitgeber darf kraft öffentlichen Rechts dem sich aus dem Arbeitsverhältnis ergebenden Lohn- oder Gehaltsanspruch des Arbeitnehmers den – arbeitsrechtlichen – Einwand entgegenhalten, dieser sei in Höhe des vom Beschäftigten zu tragenden hälftigen Teils des zu zahlenden (vollen) Pflichtbeitrags durch die Zahlung des Arbeitgebers als Leistung an Erfüllung statt erloschen (§§ 364 Abs. 1, 362 Abs. 2 BGB). Insofern ist dann Lohn/Gehalt vom Arbeitnehmer nicht mehr zu beanspruchen und vom Arbeitgeber nicht mehr zu bezahlen.“

ßer Betracht. Kennzeichnend für die staatliche Reaktion auf die Nichterfüllung der Beitragspflichten des Arbeitgebers ist eine Antwort auf verschiedenen rechtlichen Ebenen. Dabei werden wir sehen, dass die Rechtsfolgen der Nichterfüllung der Pflichten einmal den Schutz der Beschäftigten, zum Teil aber auch den Schutz der Träger der Sozialversicherung bezwecken. In dieser Weise möchte ich auch meine Ausführungen unterteilen.

1. Der Schutz der Interessen der Sozialversicherungsträger

1. Anspruch auf Beitragszahlung an die Krankenkassen

Das Nichtabführen der Sozialversicherungsbeiträge bedeutet, dass der Arbeitgeber seine Verpflichtung, den Gesamtsozialversicherungsbeitrag an die Krankenkassen als Einzugsstellen zu zahlen, nicht erfüllt hat. Dieser Anspruch bleibt natürlich bestehen und kann von den Krankenkassen geltend gemacht werden, ggf. gerichtlich. Hierbei sind lediglich Verjährungsvorschriften zu beachten. Bei bewusstem und absichtlichem Vorenthalten sind diese Verjährungsfristen allerdings sehr lange.²⁸

2. Zivilrechtlicher Schadensersatzanspruch der Sozialversicherungsträger

Soweit den Sozialversicherungsträgern aus der Nichtabführung ein Schaden entsteht, haben diese einen zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch gegen den Arbeitgeber. Um die Anspruchsgrundlage hierfür zu verstehen, müssen einige rechtliche Gegebenheiten vorab geklärt werden.

Das absichtliche Vorenthalten und Nichtabführen von Beiträgen bedeutet die Erfüllung des Tatbestandes einer Straftat. Schon bei der Verabschiedung der Arbeiterversicherungsgesetze Ende des 19. Jahrhunderts hat der Gesetzgeber diese Sanktion verhängt. So bestimmte bereits 1892 das KVG die Verhängung einer Freiheitsstrafe und/oder Geldstrafe und sah die

28 Vgl. dazu § 25 SGB IV. Während Ansprüche auf Beiträge in vier Jahren nach Ablauf des Kalenderjahrs, in dem sie fällig geworden sind, verjähren, gilt für vorsätzlich vorenthaltene Beiträge eine Verjährungsfrist von 30 Jahren nach Ablauf des Kalenderjahrs, in dem sie fällig geworden sind.

Möglichkeit vor, den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte auszusprechen.²⁹ Die aktuelle einschlägige Strafbestimmung befindet sich in § 266 a StGB.³⁰ Die Grundbestimmung dieser Vorschrift besagt, dass ein Arbeitgeber, welcher der Einzugsstelle (Krankenkasse) Beiträge des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung vorenthält, mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft wird. § 266 a Abs. 1 StGB flankiert die Bestimmungen der Beitragspflicht in der Sozialversicherung.³¹ Die Bestimmung ist sozialrechtsakzessorisch ausgestaltet.³² Seit 2004 ist auch das Vorenthalten von Arbeitgeberanteilen durch den Arbeitgeber unter Strafe gestellt (§ 266 a Abs. 2 StGB). Interessant ist die Bestimmung des § 266 a Abs. 6 StGB. Wenn der Arbeitgeber im Zeitpunkt der Fälligkeit oder unmittelbar danach der Einzugsstelle die Höhe der vorenthaltenen Beiträge mitteilt und darlegt, warum die fristgerechte Zahlung nicht möglich ist, obwohl er sich darum ernsthaft bemüht hat, kann das Gericht von einer Bestrafung absehen, wenn die Beiträge innerhalb der von der Einzugsstelle bestimmten angemessenen Frist entrichtet werden. Eine solche Regelung kennt sonst nur das Steuerrecht mit dem Instrument der Selbstanzeige (vgl. § 371 AO).

Die strafrechtliche Verurteilung bedeutet indes noch nicht eine Kompensation des den Sozialversicherungsträgern entstandenen Schadens. Aber die strafrechtliche Norm des § 266 a StGB bildet die Brücke für einen zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch der Sozialversicherungsträger, der sich aus der Bestimmung des § 823 Abs. 2 BGB ergibt.³³ Das bedarf einer zusätzlichen Erklärung. Das deutsche Recht der unerlaubten Handlungen hat sich nicht wie das anderer Länder für eine Generalklausel im Schadensersatzrecht entschieden.³⁴ Vielmehr wird Schadensersatz nur bei rechtswidrigem und schuldhaftem Verhalten des Schädigers gewährt,

29 § 82 b KVG.

30 Zur Entwicklung der Strafnormen für Nichterfüllung der Beitragspflichten in der Sozialversicherung vgl. *Fisseler*, Die Strafbarkeit der Nichtzahlung von Beiträgen zur sozialen Sicherung, Würzburg 1985; *Bollacher*, Das Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen, Baden-Baden 2006.

31 BVerfG NJW 2003, 961.

32 BGHSt 53, 71 (77).

33 Die Bestimmung lautet: „Die gleiche Verpflichtung (Schadensersatz zu leisten, M. F.) trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt.“

34 Vgl. dazu in rechtsvergleichender Perspektive *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, 12. Aufl., München 2013, S. 9 ff.

wenn dieser ein im Gesetz genau bezeichnetes Rechtsgut verletzt hat. Das Vermögen, also bloße vermögensrechtliche Ansprüche, gehören nicht dazu.³⁵ Eine Ausnahme gilt aber für die Bestimmung des § 823 Abs. 2 BGB. Darin wird eine Schadensersatzverpflichtung ausgesprochen, wenn der Schädiger gegen eine Vorschrift verstoßen hat, die einen spezifischen Schutz des Geschädigten bezweckt.

Eine solche Schutzzwecknorm oder Schutzbereichsnorm stellt nun § 266 a StGB dar.³⁶ Der Tatbestand des § 266 a StGB ist verwirklicht, wenn die Beiträge bei Fälligkeit nicht an die zuständige Einzugsstelle abgeführt werden.³⁷ Der Tatbestand kann aber nur dann verwirklicht werden, wenn der Arbeitgeber im Fälligkeitszeitpunkt die Möglichkeit zur Abführung der Sozialversicherungsbeiträge hatte. Unmöglichkeit in diesem Sinn kann gegeben sein, wenn dem Arbeitgeber im maßgeblichen Zeitpunkt Zahlungsfähigkeit fehlt.³⁸ Die haftungsrechtliche Verantwortung aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 266 a StGB ist aber trotz Vorliegens von Zahlungsunfähigkeit im Fälligkeitszeitpunkt gegeben, wenn dem Arbeitgeber die Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit als (bedingt vorsätzliches) pflichtwidriges Verhalten zur Last zu legen ist.³⁹ Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen des Vorenthaltens von Sozialversicherungsbeiträgen einschließlich des Vorsatzes liegt beim Sozialversicherungsträger. Den Arbeitgeber trifft lediglich eine sekundäre Darlegungslast.⁴⁰

Der Zweck des § 266 a StGB besteht im Schutz des Interesses der Solidargemeinschaft an der Sicherstellung der Aufbringung der Mittel für die Sozialversicherung und damit des Vermögens der Sozialversicherungsträger.⁴¹ Zu deren Gunsten besteht diese Schutznorm und löst den Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB aus. Wir sehen also, dass hier ein Zusammenspiel mehrerer rechtlicher Ebenen – Sozialversicherungsrecht, Strafrecht, Zivilrecht – stattfindet.

35 *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, München 2012, S. 320.

36 BGHZ 134, 304.

37 BGH VersR 1991, 1378, 1379.

38 BGH VersR 1996, 1541.

39 BGHZ 134, 304.

40 BGH NJW 2013, 1304.

41 *Radtke*, in: Münchener Kommentar StGB, 2. Auflage, München 2014 § 266 a, Rn. 4.

II. Schutz der betroffenen Beschäftigten

1. Irrelevanz der Beitragszahlung kraft gesetzlicher Versicherungspflicht

In den meisten Zweigen der Sozialversicherung hat die Nichtabführung von Beiträgen durch den Arbeitgeber keine Auswirkungen auf die Rechtsposition des Arbeitnehmers. Das ist eine Folge davon, dass die einschlägigen Gesetze eine Versicherungspflicht *ex lege* normieren, sodass der Versicherungsschutz nicht von der Zahlung von Beiträgen abhängt. Insoweit können wir von einer Irrelevanz des Unterbleibens der Beitragszahlung durch den Arbeitgeber sprechen. Allerdings gilt dies nicht ausnahmslos. Das Rentenversicherungsrecht sieht Pflichtbeiträge nur als wirksam an, wenn sie gezahlt werden, solange der Anspruch auf ihre Zahlung noch nicht verjährt ist (§ 197 Abs. 1 SGB VI). Geschieht dies nicht, wird daraus üblicherweise dem Betroffenen ein Nachteil entstehen.

2. Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 266 a StGB

Auch der Beschäftigte, für den Beiträge absichtlich nicht abgeführt worden sind, könnte möglicherweise einen Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB nach den vorbesprochenen Grundsätzen herleiten. Die herrschende Meinung im Strafrecht geht freilich davon aus, dass der Schutzzweck des § 266 a StGB allein auf die Interessen der Sozialversicherungsträger gerichtet ist. Die Vermögensinteressen der Arbeitnehmer sollen demnach lediglich reflexiv über die Sicherung des Beitragsaufkommens geschützt sein, nicht aber im Sinne eines unmittelbaren Schutzes der jeweils individuellen Vermögensinteressen.⁴² Die Gegenmeinung verdient jedoch den Vorzug. Der BGH hat die Streitfrage bislang offen gelassen.⁴³ Das BSG ist der Auffassung, dass § 266 a StGB auch die Vermögensinteressen der Arbeitnehmer schützt.⁴⁴ Die herrschende Meinung stützt sich maßgeblich auf die Bestimmungen der §§ 203, 286 SGB VI. Gemäß § 203 Abs. 1 SGB VI

42 Vgl. Radtke, in: Münchener Kommentar StGB, 2. Auflage, München 2014, § 266 a, Rn. 4 mit zahlreichen Literaturnachweisen; ebenso Möhrenschrager, in: Leipziger Kommentar StGB, 12. Aufl., Berlin (u. a.) 2012, § 266 a Rn. 8.

43 BGHZ 183, 86.

44 BSGE 78, 20 (23 f.). Geschütztes Rechtsgut ist „der vom Arbeitgeber treuhänderisch verwaltete Arbeitnehmeranteil“.

ist eine Beschäftigungszeit als Beitragszeit anzuerkennen, wenn der Versicherte glaubhaft macht, dass er eine versicherungspflichtige Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt ausgeübt hat und für diese Beschäftigung entsprechende Beiträge gezahlt worden sind. Nach Abs. 2 dieser Vorschrift gilt der Beitrag als gezahlt, wenn der Versicherte glaubhaft macht, dass der auf ihn entfallende Beitragsanteil vom Arbeitsentgelt abgezogen worden ist. Die Glaubhaftmachung gelingt aber nicht immer. Deshalb ist es unzutreffend, wenn in der strafrechtlichen Literatur mit Blick auf die vorbezeichneten Bestimmungen argumentiert wird, es sei nicht ersichtlich, dass das Unterbleiben der Abführung der Arbeitnehmeranteile zu einem wirtschaftlichen Schaden bei den betroffenen Arbeitnehmern führt.⁴⁵ Die Auffassung des BSG verdient deshalb den Vorzug.

Schlussbemerkung

In dem vorliegenden Beitrag sollte gezeigt werden, dass die deutsche Sozialversicherung für ihr effektives Funktionieren in doppelter Hinsicht auf die Mitwirkung des Arbeitgebers angewiesen ist. Sie benötigt zum einen die Meldung der einschlägigen Daten der Beschäftigten, um den Kreis der in den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung versicherten Personen bestimmen zu können. Hierzu dienen gesetzlich umfassend ausgestaltete Meldepflichten. Zum anderen haben die Arbeitgeber die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge (sowohl der Arbeitgeber- als auch der Arbeitnehmeranteile) zu organisieren. Dieses seit der Einführung der Sozialversicherung in den 80er Jahren des 19. Jahrhunderts geltende Modell ist ein wesentlicher Bestandteil der Sozialversicherung zum Schutz der Beschäftigten. Es verwundert deshalb nicht, dass der Gesetzgeber ebenfalls von Anfang an großen Wert auf die Einhaltung der Arbeitgeberpflichten gelegt hat. Ihre Nichtbeachtung hat er mit strafrechtlichen Sanktionen belegt. Diese dienen gleichzeitig als Substrat für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen zivilrechtlicher Art wegen Unterbleibens der Beitragsabführung.

45 So *Radte*, in: Münchener Kommentar StGB, 2. Auflage, München 2014, § 266 a, Rn. 4.