



Wolfram Schiering

c/o St. Konradhaus
Konradstr. 1
89601 Schelklingen

Mobil: 0162 9045698
Fax: 03222 2414911

E-Mail: Wolfram.Schiering@diag-mav.net
Internet: <http://www.schiering.org>

Schelklingen, den 16.11.2008



Absenkung der Vergütung unter AVR-Niveau - die sozialversicherungsrechtlichen, straf- und haftungsrechtlichen Risiken

Absenkungen der Vergütung oder „freiwilliger“ Verzicht auf vertraglich vereinbarte Leistungen finden in unseren caritativen Einrichtungen zunehmend statt; es akzeptieren immer mehr Mitarbeiter stillschweigend Abweichungen von den AVR. Scheinbar bleibt unter dem Druck der Dienstgeber mit Hinweisen auf die betriebliche Situation keine andere Wahl.

Wiederum scheint die Lage doch nicht so gravierend zu sein, dass Vergütungsabsenkungen auf legalem Weg durch Anträge gemäß AK-Ordnung § 11 angestrebt werden; die rechtlichen Vorgaben werden häufig von der Dienstgeberseite als zu einschränkend, zu langwierig, zu formalisiert und nicht praxisgerecht beschrieben.

Da ist es doch viel einfacher, den Weg „betrieblicher Bündnisse“ zu Einsparungen und Absenkungen zu beschreiten - nach dem Motto: Wo kein Kläger, da kein Richter.

Aber Vorsicht: Diese so beliebter werdende Vorgehensweise hat Haken und Ösen und kann für den Dienstgeber sogar straf- und haftungsrechtliche Folgen haben.

1. Die Rechtsqualität der AVR

Die AVR sind Richtlinien für Arbeitsverträge in den Einrichtungen des Deutschen Caritasverbandes. Sie gehören zu den kirchlichen Arbeitsvertragsordnungen, die in Verfahren nach dem Dritten Weg zustande kommen. Dieses Verfahren zeichnet sich im wesentlichen dadurch aus, dass eine von Dienstgebern und Mitarbeitervertretern paritätisch besetzte Kommission Beschlüsse fasst, die nach ihrer Inkraftsetzung als verbindliche arbeitsrechtliche Einheitsregelung gelten sollen.



Diese Verbindlichkeit für alle Mitarbeiter finden die AVR nur und ausschließlich durch die Bezugnahme auf sie im Individualarbeitsvertrag.

Die Arbeitsvertragsrichtlinien wirken also nicht unmittelbar und zwingend wie ein Tarifvertrag auf die „kirchlichen“ Arbeitsverhältnisse ein. Sie bedürfen zur inhaltlichen Vertragsgestaltung der ausdrücklichen vertraglichen Transformation. Die Kirchen sowie die kirchlichen Einrichtungen sind aufgrund ihres Selbstverständnisses an die Arbeitsvertragsrichtlinien als Mindestbedingungen gebunden; gemäß Artikel 7 GrO sind diese Arbeitsrechtsregelungen verbindlich und wirken normativ. Der Arbeitsrechtlichen Kommission wurde durch Unterwerfung der Arbeitnehmer über den Einzelarbeitsvertrag das Leistungsbestimmungsrecht für ihre Arbeitsverhältnisse übertragen. Abweichungen zuungunsten der Mitarbeiter ist innerhalb des kirchlichen Rechtssystems ausgeschlossen.

2. Sozialversicherungsrecht

Noch einschneidender als die Verletzung des geltenden kirchlichen Arbeitsvertragsrechts ist die Situation für den Arbeitgeber im Sozialversicherungsrecht. Nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung des Bundessozialgerichts kommt es nicht darauf an, welche Zahlungen der Arbeitnehmer tatsächlich erhält. Maßgeblich ist vielmehr, welche Zahlungen der Arbeitnehmer für den Jahreszeitraum insgesamt zu erwarten hat, wobei neben dem laufenden monatlichen Entgelt auch Sonderzahlungen wie Weihnachtzuwendung, Urlaubsgeld oder Ähnliches mit berücksichtigt und bei der Berechnung des regelmäßig im Monat erzielten Arbeitsentgeltes auf die einzelnen Monate des Jahres verteilt werden.

Es gilt also im Bereich der gesetzlichen Sozialversicherung das so genannte Entstehungsprinzip. Nach diesem sozialversicherungsrechtlichen Entstehungsprinzip kommt es für die Zahlungsverpflichtung bezüglich des Gesamtsozialversicherungsbeitrags nicht darauf an, ob das geschuldete Arbeitsentgelt auch gezahlt wurde, ob es also dem Arbeitnehmer auch zugeflossen ist. Die Beitragspflicht des Arbeitgebers ist vielmehr daran geknüpft, ob der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers durch die Erbringung seiner Arbeitsleistung entstanden ist, nicht aber daran, ob der Arbeitnehmer die Vergütung auch (in dieser Höhe) erhalten hat.

Die konsequente Abkehr vom steuerrechtlichen Zuflussprinzip wurde mit der Entscheidung des Bundessozialgerichtes vom 25.9.1981 eingeleitet, wo zum Entstehen der Beitragsforderung ausgeführt wurde, dass sie nicht erst mit Zahlung des Arbeitsentgeltes, sondern bereits mit dessen Fälligkeit entstehe. Seither gilt als Grundsatz, dass Beiträge für geschuldetes, bei Fälligkeit nicht gezahltes Arbeitsentgelt zu zahlen sind. Es soll nach Auffassung des Bundessozialgerichtes nicht in der Hand des Arbeitgebers liegen, durch Hinausschieben der Beitragspflicht die Leistungsfähigkeit der Leistungsträger zu gefährden. Dabei ist es unerheblich, ob der Arbeitgeber zahlungsunfähig ist oder ob er sich im Zahlungsverzug befindet. Die Spitzenorganisationen der Sozialversicherung haben diesen Grundsatz des Entstehungsprinzips aufgegriffen und bestätigt.



Erhält der Arbeitgeber eine rückwirkende Beitragsforderung, so schuldet er gemäß § 28d SGB IV den Gesamtsozialversicherungsbeitrag, also sowohl den Arbeitgeber- als auch den Arbeitnehmeranteil. Die Rückgriffsmöglichkeiten beim Arbeitnehmer bezüglich der Arbeitnehmeranteile sind durch § 28g SGB IV erheblich eingeschränkt. Danach kann der auf den Arbeitnehmer entfallende Anteil des Gesamtsozialversicherungsbeitrages nur durch Abzug vom Lohn und dies nur bei den nächsten drei Lohn- oder Gehaltszahlungen geltend gemacht werden. Dies bedeutet für den Arbeitgeber, dass er auf den Anteilen des Arbeitnehmers „sitzen bleibt“, es sei denn, er kann beweisen, dass der Abzug ohne Verschulden unterblieben ist.

Die Rechtsprechung der Sozialgerichte verfährt hier mit der in sozialrechtlichen Angelegenheiten häufig unkundigen Arbeitgebern sehr streng: Irrtümer über die Rechtslage entschuldigen den Arbeitgeber grundsätzlich nicht, da er sich jederzeit sachkundigen Rat, insbesondere bei der Einzugsstelle holen kann. Auch wenn Zweifel an der arbeitsrechtlichen Situation den Arbeitgeber zur Nichtzahlung der Vergütung veranlasst haben, wird ein schuldloses Unterbleiben des Lohnabzugsregelmäßig verneint werden, da der Arbeitgeber insoweit rechtlichen Rat hätte einholen können.

3. Straf- und Haftungsrecht

Die potenziellen Folgen sind jedoch nicht auf die - bereits weitreichenden - arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Konsequenzen beschränkt, denn die Nichtbeachtung der Pflichten sozialversicherungsrechtlicher Beitragsabführung kann für den Arbeitgeber straf- und haftungsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.

§ 266 a Abs. 1 StGB normiert die Strafbarkeit des Arbeitgebers, der fällige Beiträge des Arbeitnehmers zum Gesamtsozialversicherungsbeitrag oder zur Bundesanstalt für Arbeit nicht an die zuständige Einzugsstelle (Krankenkasse) abführt. Im Falle von Kapitalgesellschaften trifft die Strafbarkeit nicht die Gesellschaft selbst, sondern regelmäßig deren vertretungsberechtigte Organe (§ 14 StGB).

Die Vorschrift des § 266 a StGB beruht auf der Überlegung, dass der Arbeitgeber im Rahmen des sozialversicherungsrechtlichen Abzugsverfahrens befugt ist, den Arbeitnehmeranteil zum Gesamtsozialversicherungsbeitrag vom Bruttolohn des Arbeitnehmers einzubehalten. Dieses Abzugsbefugnis ändert jedoch nichts daran, dass die vom Bruttolohn des Arbeitnehmers einbehaltenen Gelder materiell dem Arbeitnehmer zustehen. Es handelt sich daher bei den einbehaltenen Arbeitnehmeranteilen aus der Sicht des Arbeitgebers um „fremdes Geld“, das er treuhänderisch für den Arbeitnehmer an die jeweils zuständige Krankenkasse als Einzugsstelle abzuführen hat.

§ 266 a StGB spielt in der wirtschaftsstrafrechtlichen Praxis bereits eine erhebliche Rolle und gewinnt weiter an Bedeutung. Sobald bei einem Arbeitgeber nicht ganz unwesentliche Beitragsrückstände aufgelaufen sind, werden Arbeitgeber bzw. im Falle von Kapitalgesellschaften deren



vertretungsberechtigte Organe häufig durch die Krankenkassen als zuständige Einzugsstellen unter Verweis auf die Strafvorschrift des § 266 a StGB dazu bewegt, aufgelaufene Beitragsrückstände auszugleichen.

Aus Sicht der Staatsanwaltschaften sind auf § 266 a StGB gestützte Tatvorwürfe vergleichsweise einfach nachzuweisen. In der Praxis werden häufig Anklagen erhoben, die sich zum Nachweis der unterstellten Straftaten ausschließlich auf durch die Krankenkassen aufgestellte Beitragsrückstandsaufstellungen stützen.

Dies führt dazu, dass die Staatsanwaltschaften Ermittlungsverfahren auch bei relativ geringfügigen Schadenssummen in aller Regel nicht einstellen. Darüber hinaus werden Ermittlungsmaßnahmen in der Praxis nicht zuletzt durch die Krankenkassen in die Wege geleitet und vorangetrieben, die (da sie sich hierdurch eine leichtere Durchsetzung ihrer Schadensersatzansprüche versprechen) nahezu automatisch strafbare Handlungen des Arbeitgebers unterstellen, sobald sie Beitragsrückstände feststellen.

Als Anknüpfungspunkt für den Tatbestand des § 266 a StGB ist das Bestehen eines materiellen Sozialversicherungsverhältnisses im Sinne des § 7 SGB IV erforderlich und ausreichend.

Für die Frage, ob sich der Arbeitgeber strafbar macht oder nicht, kommt es auch nicht darauf an, ob der Arbeitgeber die vorenthaltenen Beiträge tatsächlich einbehalten oder vom Arbeitnehmer erhalten hat oder nicht. Der Arbeitgeber ist nicht befugt, dem Arbeitnehmer sein volles Gehalt unter Einschluss des Arbeitnehmeranteils zum Gesamtsozialversicherungsbeitrag auszuzahlen und sich auf diese Weise seiner Abführungsverpflichtung zu entledigen. Der Arbeitgeber macht sich also sogar dann strafbar, wenn er kein fremdes Geld einbehalten, sondern dieses an den Arbeitnehmer ausbezahlt hat.

Hiermit nicht genug: Der BGH hat - allerdings in einer zivilgerichtlichen Entscheidung - sogar angenommen, dass die Nichtabführung bzw. unvollständige Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen auch dann tatbestandsmäßig im Sinne des § 266 a StGB ist, wenn es zu einer Lohnzahlung überhaupt nicht oder nur teilweise gekommen ist.

Für das Auslösen der Haftungsfalle des § 266 a StGB erforderlich und ausreichend ist es vielmehr, dass der Zahlungsanspruch des Arbeitnehmers als solches besteht und hierdurch sozialversicherungsrechtliche Beitragspflichten ausgelöst werden. Gerade dieser Gesichtspunkt wird von Arbeitgebern häufig nicht beachtet, da diese rechtsirrig der Ansicht sind, Sozialversicherungsbeiträge seien wie Lohnsteuern zu behandeln und entstünden wie diese erst mit der Lohnauszahlung.

Ein Arbeitgeber muss daher in den hier diskutierten Fällen damit rechnen, dass er dem Vorwurf ausgesetzt wird, er habe pflichtwidrig die ausgelösten sozialversicherungsrechtlichen Abführungspflichten nicht erfüllt.

§ 266 a StGB normiert ein reines Vorsatzdelikt. Das fahrlässige Nichtabführen der Arbeitnehmeranteile zum Gesamtsozialversicherungsbeitrag ist nicht strafbar.



Die denkbaren Einwendungen des Arbeitgebers gegen die Annahme vorsätzlichen Handelns könnten im vorliegenden Fall zunächst darauf gestützt werden, dass der Arbeitgeber nicht „gewusst“ habe, dass und welche Konsequenzen die mit den Beschäftigten abgesprochenen oder geltenden Vergütungsvereinbarungen haben. Außerdem ist es denkbar, dass sich der Arbeitgeber darauf beruft, es seien ihm bestimmte, die Zahlungspflicht begründende Umstände nicht bekannt gewesen. Die Berufung auf die genannten Irrtümer dürfte jedoch mutmaßlich nicht zum gewünschten Erfolg führen. Denn für die Annahme eines Tatbestandsvorsatzes im Sinne des § 266 a StGB ist zwar erforderlich, dass der Arbeitgeber in Kenntnis der Zahlungspflicht und ihres Umfangs nicht nur bezüglich der pflichtbegründenden Umstände sondern auch des Bestehens der Pflicht selbst (d.h. insbesondere das Vorliegen eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses) handelt.

Allerdings muss ein Täter - sofern ihm nur die pflichtbegründenden tatsächlichen Umstände selbst bekannt sind - nicht den Umfang der sich aus der Existenz eines solchen Beschäftigungsverhältnisses ergebenden rechtlichen Verpflichtungen zutreffend erkennen und ableiten. Irrt sich ein Täter über die rechtlichen Konsequenzen der ihm bekannten Umstände und Pflichten (hier: Pflicht zur Beitragsabführung), liegt lediglich ein Verbotsirrtum (§ 17 StGB) vor, der die Strafbarkeit des Betroffenen nur dann beseitigt, wenn der Irrtum für den Betroffenen unvermeidbar war. Die Unvermeidbarkeit eines solchen Irrtums wiederum wird in der Rechtsprechung regelmäßig nur dann angenommen, wenn der Täter sich Sachverständigen Rat eingeholt hat und auch danach noch berechtigterweise der Meinung sein durfte, sein Handeln sei erlaubt.

Die Berufung auf die fehlende Vorsätzlichkeit des Handelns des Arbeitgebers dürfte daher in aller Regel nicht erfolgreich sein. Insbesondere dann, wenn der Arbeitgeber die durch ihn versprochenen Zusatzleistungen erbringt, wird ihm die Berufung auf angebliche Irrtümer in aller Regel abgeschnitten sein.

Die haftungsrechtlichen Konsequenzen, die den Arbeitgeber nach den einschlägigen sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften treffen, wurden vorstehend ausführlich dargestellt. Allerdings sollten auch die vertretungsberechtigten Organe von Kapitalgesellschaften nicht verkennen, dass haftungsrechtliche Konsequenzen der Nichtzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen nicht nur die Arbeitgeber (also die Gesellschaften), sondern auch die Organe persönlich treffen.

Anders als im Steuerrecht (§§ 34,35, 69ff. AO) haften die vertretungsberechtigten Organe oder Vertreter von Kapitalgesellschaften zwar nicht nach sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften für nach dem SGB begründeten Verbindlichkeiten der durch sie geführten Gesellschaften. Allerdings werden insbesondere GmbH-Geschäftsführer gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V. m. § 266 a StGB wegen Verstoßes gegen die Pflicht zur Beitragsabführung unter dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung auf Schadensersatz in Anspruch genommen.

Der den Sozialversicherungsträgern entstandene Schaden besteht darin, dass der Arbeitnehmeranteil zum Gesamtsozialversicherungsbeitrag auf Grund des pflichtwidrigen Handelns des Organs nicht abgeführt worden ist. Da § 266 a StGB nach herrschender Auffassung als so genanntes



„Schutzgesetz“ im Sinne des § 823 Abs. 2 angesehen wird, machen die Krankenkassen solche Schadensersatzansprüche gegen Geschäftsführer und Vorstände zumeist mit Erfolg geltend.

Die zivilrechtliche Schadensersatzpflicht hat in der Praxis insbesondere dann eine erhebliche Bedeutung erlangt, wenn die durch die Geschäftsführer geleiteten Gesellschaften zwischenzeitlich insolvent geworden sind, und dazu geführt, dass GmbH-Geschäftsführer in der Literatur nicht zu Unrecht bereits als „Goldesel für leere Sozialkassen“ bezeichnet werden.

Diese Schadensersatzforderungen verjähren gemäß § 852 BGB innerhalb von 3 Jahren ab Kenntnis des Geschädigten von der Straftat und dem entstandenen Schaden, spätestens aber nach 30 Jahren. Da im Falle der hier diskutierten Fallkonstellationen die Einzugsstelle auf Grund der fehlenden Beitragsnachweise keine Kenntnis von dem entstandenen Schaden erlangt, wird die abgekürzte 3-jährige Verjährungsfrist des § 852 BGB nicht in Gang gesetzt.

Darüber hinaus sind die Organe gem. §§.34, 35, 69 ff. AO für nicht abgeführte Lohnsteuern haftbar. Diese rein steuerliche Haftung gilt selbst dann, wenn ihnen in steuerstrafrechtlicher Hinsicht kein Hinterziehungsvorsatz nachzuweisen wäre. Ausreichend für eine Haftbarmachung gem. § 69 AO ist nämlich bereits ein grob fahrlässiges oder leichtfertiges Verhalten der jeweiligen Organe.

4. Zusammenfassung

Sind die AVR durch die Bezugnahme im Individualarbeitsvertrag vereinbart, liegt ein unverzichtbarer Anspruch des Arbeitnehmers auf die vertraglich festgelegte Vergütung vor. Einzelvereinbarungen zu einer niedrigeren Vergütung sind rechtsunwirksam (z.B. vollständiger oder teilweiser Verzicht auf Weihnachtsgeld oder Urlaubsgeld).

Nach dem im Sozialversicherungsrecht geltenden Entstehungsprinzip gilt der Grundsatz, dass Sozialversicherungsbeiträge für geschuldetes Arbeitsentgelt unabhängig von der Geltendmachung durch den Arbeitnehmer und der Auszahlung durch den Arbeitgeber zu zahlen sind. Im Sozialversicherungsrecht wird nicht darauf abgestellt, welche Zahlungen der Arbeitnehmer tatsächlich erhält. Die Beitragspflicht des Arbeitgebers ist vielmehr daran geknüpft, ob der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers unter Berücksichtigung unverzichtbarer tariflicher Ansprüche oder sonstiger arbeitsrechtlicher Anspruchsgrundlagen entstanden ist.

Neben arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Konsequenzen müssen sich Arbeitgeber bzw. deren Geschäftsführer darüber bewusst sein, dass die Nichtabführung der Arbeitnehmeranteile zum Gesamtsozialversicherungsbeitrag auch in strafrechtlicher Hinsicht brisant ist. Auch eine mögliche Strafbarkeit des Arbeitgebers hängt nach dem derzeitigen Stand der Rechtsprechung nicht davon ab, ob und in welcher Höhe der Arbeitnehmer ihm zustehende Vergütungsanteile tatsächlich erhält.



Organe von Kapitalgesellschaften, insbesondere GmbH-Geschäftsführer, müssen sich vergegenwärtigen, dass sie zunehmend persönlich in Anspruch genommen werden; sofern eine Regressmöglichkeit bei den durch sie geführten Gesellschaften aus Sicht der Krankenkassen wirtschaftlich nicht mehr lukrativ erscheint. Hieraus entstehen für die Betroffenen Haftungsrisiken, die insbesondere wegen der langen Zeitdauer, während der sie geltend gemacht werden können, für die Betroffenen existenzbedrohend sein können.

W. Schiering

Quellen:

BAG - 4 AZR 452/96 - 24.09.1997
BAG - 4 AZR 101/01 20.03.2002
LAG Hamm - 7 Sa 1149/00 17.10.2000
LAG Stuttgart 20 Sa 111/02
ArbG Bremen 5 Ca 5092/01 - 06.09.2001

Betriebs-Berater 56.Jg. Heft 36, 06. September 2001 S. 1843 ff
Geringfügige Beschäftigung: ein Fall für den Staatsanwalt
Autoren: Rechtsanwälte Dr. Kerstin Reiserer, Dr. André Große Vorholt

Betriebs-Berater 57.Jg. Heft 37, 11. September 2002 S. 1910 ff
Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen auf Tariflohn und Vertrauensschutz,
Autor: Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Breidenbach