
Datum: 28.02.1997
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 3. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 3 U 74/96
ECLI: ECLI:DE:OLGK:1997:0228.3U74.96.00

Vorinstanz: Landgericht Aachen, 1 O 366/95
Schlagworte: Sozialversicherungspflicht Entsendung Ausstrahlung Einstrahlung
Normen: SGB IV § 5 Abs. 1
Leitsätze:

Betätigt sich ein in einem Mitgliedsstaat der EG ansässiges Bauunternehmen ausschließlich und auf Dauer in dem Gebiet eines anderen Mitgliedsstaates, indem es dort die bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer auf verschiedenen Baustellen einsetzt, so liegen keine zeitlich begrenzten Entsendungen im Sinne von § 5 Abs. 1 SGB IV, Ziff. 4 der Aus- und Einstrahlungsrichtlinien, Art. 14 Abs. 1 a der EG-VO Nr. 1408/71 vor mit der Folge, daß die Sozialversicherungspflicht den Rechtsvorschriften des Staates der Beschäftigung unterliegt.

Tenor:

Die Berufung des Beklagten gegen das am 23. April 1996 verkündete Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Aachen - 1 O 366/95 - wird zurückgewiesen. Der Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 125.000,00 DM abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Beiden Parteien wird gestattet, die Sicherheitsleistung auch durch selbstschuldnerische Bürgschaft einer deutschen Großbank oder öffentlichen Sparkasse zu erbringen.

Tatbestand:

Der Beklagte ist Gesellschafter - Geschäftsführer der in den Niederlanden eingetragenen Gesellschaft A. B3 S. B. V., St. B. Straat , NL-.... RX H., die in ihrer Rechtsform einer deutschen GmbH entspricht. Die von ihr beschäftigten Arbeitnehmer wohnten teilweise in Deutschland, teilweise in den Niederlanden. Ihre berufliche Tätigkeit in der Baubranche übten sie ausschließlich in Deutschland aus. Die Firma S. hatte sie beginnend mit dem Jahr 1989 bei der Klägerin angemeldet und auch die entsprechenden monatlichen Beitragsnachweise eingereicht. Unter dem 30.6.1989 übernahm der Beklagte die selbstschuldnerische Bürgschaft für alle gegenwärtigen und künftigen finanziellen Verpflichtungen der Firma S. gegenüber der Klägerin. Von 1989 bis Februar 1993 führte die Firma S. die Sozialversicherungsbeiträge an die Klägerin ab. Seitdem hat sie keine Zahlungen mehr geleistet. Im Rahmen der mit den niederländischen Finanzbehörden geführten Korrespondenz hat sich der Beklagte der Forderung, dort Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträge zu zahlen, mit der Begründung widersetzt, die entsprechenden Beträge seien hier in Deutschland zu zahlen.	2
Mit der Klage hat die Klägerin den Beklagten persönlich auf Nachzahlung der Arbeitnehmeranteile an den Sozialversicherungsbeiträgen für die Zeit von März 1993 bis April 1994 in Anspruch genommen. Sie hat in diesem Zeitraum an die Arbeitnehmer der Firma S. Sozialversicherungsleistungen erbracht und dieser gegenüber Erstattungsleistungen nach dem Lohnfortzahlungsgesetz getätigt. Seit dem 1.1.1995 hat die Firma S. ihren Geschäftsbetrieb eingestellt.	3
Die Klägerin hat vorgetragen, die Beitragspflicht der Firma S. sei in Deutschland entstanden. Bei dem angegebenen Firmensitz handele es sich um eine Scheinadresse. Der Beklagte hafte persönlich aus unerlaubter Handlung, weil er als Geschäftsführer für die Abführung der Beiträge verantwortlich gewesen sei. Ferner ergebe sich seine Haftung aus der für die Firma S. übernommenen Bürgschaft.	4
Auf Antrag der Klägerin hat das Landgericht am 21. November 1995 ein Versäumnisurteil gegen den Beklagten erlassen, in dem dieser zur Zahlung von 100.430,02 DM nebst 4% Zinsen seit dem 23.8.1994 an die Klägerin verurteilt worden ist. Hiergegen hat der Beklagte frist- und formgerecht Einspruch eingelegt.	5
Die Klägerin hat beantragt,	6
###blob###nbsp;	7
das Versäumnisurteil der Kammer vom 21.11.1995 aufrecht zu erhalten.	8
Der Beklagte hat beantragt,	9
###blob###nbsp;	10
unter Aufhebung des Versäumnisurteils die Klage abzuweisen.	11
Er hat geltend gemacht, das Landgericht Aachen sei örtlich nicht zuständig. Auch sei er nicht passiv legitimiert, weil die fraglichen Beträge von der Firma S. in den Niederlanden zu zahlen seien. Die Bürgschaft habe nur für die Dauer des Gründungsstadiums der Firma S. gelten sollen, das längst beendet sei.	12
Durch Urteil vom 23. April 1996 - 1 O 366/95 - (Bl. 126 ff. d.A.), auf das voll inhaltlich Bezug genommen wird, hat das Landgericht das Versäumnisurteil aufrecht erhalten. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Beklagte hafte der Klägerin für die Zahlung der	13

Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung. Die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge treffe ihn als Organ der juristischen Person. Es könne dahinstehen, ob der Beklagte aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 266 a, 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB hafte, wofür erhebliche Gesichtspunkte sprächen; denn er hafte jedenfalls aus der wirksamen Bürgschaftserklärung vom 30.6.1989 gemäß §§ 765 ff. BGB. Die Bürgschaft habe sich auch nicht auf das Gründungsstadium der Firma S. beschränkt. Die Zahlungsverpflichtung für die Hauptschuldnerin folge aus §§ 3, 5 Abs. 4 SGB IV i. V. m. der EU-Verordnung Nr. 1408/71. Nach Artikel 13 der Verordnung unterliege eine Person, die in einem Mitgliedstaat beschäftigt sei, deren Rechtsvorschriften, auch wenn sie in einem anderen Mitgliedsstaat wohne. Dies gelte nach Artikel 14 Nr. 1 a der Verordnung nur dann nicht, wenn die Person in einem Mitgliedsstaat wohne und weniger als 12 Monate in dem anderen Staat arbeite, was auf die in den Niederlanden wohnenden Arbeitnehmer der Firma S. nicht zutrefte. Für die in der Bundesrepublik Deutschland wohnenden und hier tätigen Arbeitnehmer ergebe sich die Sozialversicherungspflicht aus Art. 14 Nr. 2b der Verordnung, wonach es sogar genüge, wenn ein im Inland wohnender Arbeitnehmer nur einen Teil seiner Tätigkeit hier ausübe.

Gegen dieses ihm am 2.5.1996 zugestellte Urteil hat der Beklagte am 3.6.96, einem Montag, Berufung eingelegt und diese nach entsprechender Fristverlängerung am 7.10.1996 begründet. 14

Er meint, er hafte nicht aus unerlaubter Handlung gemäß §§ 823 Abs. 2 BGB, 266 a StGB wegen der Vorenthaltung von Sozialversicherungsbeiträgen, weil er nicht vorsätzlich gehandelt habe; im Hinblick auf die Nachforderungen der niederländischen Sozialversicherungskasse habe er nämlich nicht gewußt, ob die Sozialversicherungspflicht für die Arbeitnehmer der Firma S. in Deutschland oder in den Niederlanden bestehe. Um Doppelzahlungen zu vermeiden, sei ihm bis zur Klärung der Rechtslage nichts anderes übrig geblieben, als die Zahlungen einzustellen. 15

Die Firma S. schulde der Klägerin keine Sozialversicherungsbeiträge. Es liege eine Entsendung der Arbeitnehmer der Firma S. von den Niederlanden nach Deutschland im Sinne von § 5 SGB IV, Ziff. 4 der Aus- und Einstrahlungsrichtlinien vor. Entsprechendes ergebe sich aus Art. 14 Ziff. 1 a der EG-VO Nr. 1408/71. Die Firma S. habe ihren Sitz in den Niederlanden gehabt und sei dort werbend tätig gewesen. Er habe sie gegründet, um dem Wettbewerbsdruck der niederländischen Konkurrenten in der Baubranche begegnen zu können, die wegen der im Vergleich zu den Verhältnissen in der Bundesrepublik beträchtlich niedrigeren Lohn- und Lohnnebenkosten in den Niederlanden Bauleistungen erheblich billiger angeboten hätten. Die Firma S. habe in den Niederlanden, der Bundesrepublik, Belgien, Frankreich und Luxemburg tätig werden sollen. Allerdings habe sie Bauvorhaben zum überwiegenden Teil in Deutschland durchgeführt. Die Tätigkeit an den jeweiligen Baustellen sei nicht auf Dauer angelegt gewesen; die voraussichtliche Dauer der Entsendung der Bauarbeiter habe von vornherein niemals zwölf Monate überschritten. 16

Der Beklagte beantragt, 17

##blob##nbsp; 18

unter Abänderung des angefochtenen Urteils und Aufhebung des Versäumnisurteils des Landgerichts Aachen vom 21.11.1995 die Klage abzuweisen, 19

##blob##nbsp; 20

21

hilfsweise ihm nachzulassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung - auch durch Bürgschaft einer als Zoll- und Steuerbürgin zugelassenen deutschen Bank - abzuwenden.

Hilfsweise regt er an, den Rechtsstreit auszusetzen und den europäischen Gerichtshof um eine Vorabentscheidung gemäß Art. 177 des EG-Vertrages zur Auslegung des Art. 14 Ziff. 1 a der EG-VO Nr. 1408/71 zu ersuchen. 22

Die Klägerin beantragt, 23

##blob##nbsp; 24

die Berufung zurückzuweisen. 25

Sie bestreitet eine Inanspruchnahme der Firma S. durch die niederländische Sozialversicherungskasse. Die Arbeitnehmer der Firma S. seien auch länger als 12 Monate in der Bundesrepublik Deutschland tätig gewesen, was der Beklagte erstinstanzlich zugestanden habe. Im übrigen sei der bei einer Entsendung erforderliche Vordruck E 101 nicht vorgelegt, sondern die Meldungen nach deutschem Recht erstellt worden, was die Sozialversicherungspflicht nach hiesigen Rechtsvorschriften auslöse. 26

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf den Inhalt der in beiden Instanzen gewechselten Schriftsätze nebst der überreichten Urkunden Bezug genommen. 27

Entscheidungsgründe: 28

Die in formeller Hinsicht nicht zu beanstandene Berufung des Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg. 29

Das Landgericht hat den Beklagten zu Recht zur Bezahlung der rückständigen Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung in Höhe von 100.430,02 DM verurteilt. Es kann offen bleiben, ob die Voraussetzungen für eine Haftung des Beklagten aus unerlaubten Handlung gemäß §§ 823 Abs. 2 BGB, 266 a StGB im Hinblick auf den erforderlichen Vorsatz erfüllt sind. Der Beklagte haftet jedenfalls gemäß § 765 BGB als Bürge für die von der Firma S. abzuführenden Sozialversicherungsbeiträge. 30

Die Firma S. war in der Bundesrepublik Deutschland sozialversicherungspflichtig. Allerdings geht der Senat davon aus, daß die Firma S., solange sie werbend tätig war, ihren Sitz in den Niederlanden hatte. Ausweislich des vorgelegten Gründungskonzepts ist sie dort 1989 gegründet worden. Der Beklagte hat auch einen - allerdings unvollständigen - Mietvertrag vorgelegt, wonach die Firma S. unter der Adresse St. B. Straat in H. ein Büro angemietet hatte. Daß es sich insoweit um eine Scheingründung bzw. einen Scheinsitz gehandelt hätte, ist nicht anzunehmen, da die vom Beklagten angestrebten Vorteile, nämlich geringere Lohn- und Lohnnebenkosten, nur dann eintreten konnten, wenn es sich tatsächlich um ein niederländisches Unternehmen handelte (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB 56. Aufl. § 117 Rdnr. 4). Der Umstand, daß der Gerichtsvollzieher - wie aus dem Schreiben des Finanzamtes Maastricht vom 2.2.1995 hervorgeht - unter der angegebenen Adresse nicht einmal einen Briefkasten der Firma S. vorfand, läßt sich damit erklären, daß die Firma S. ihren Geschäftsbetrieb unstreitig seit dem 1.1.1995 eingestellt hatte. 31

Die Firma S. hatte ihre bei der Klägerin angemeldeten teilweise in Deutschland, teilweise in den Niederlanden wohnhaften Arbeitnehmer aber ausschließlich in der Bundesrepublik Deutschland beschäftigt mit der Folge, daß hier auch gemäß § 3 SGB IV und Art. 13 der EG-VO Nr. 1408/71 die Sozialversicherungsbeiträge zu entrichten waren. Der Beklagte behauptet 32

zwar, es seien auch Bauvorhaben in den Niederlanden oder Belgien durchgeführt worden. Die zum Nachweis hierfür überreichte Rechnung vom 19.12.1994 betrifft jedoch Ingenieurarbeiten, die nach dem eigenen Vorbringen des Beklagten im Büro der Firma S. erledigt werden konnten. Sämtliche Bauvorhaben wurden hingegen ausweislich des Schreibens der Firma S. an das Finanzamt A. vom 15.8.1995 in Deutschland ausgeführt. Zwar mag die voraussichtliche Dauer des Einsatzes der betreffenden Arbeitnehmer der Firma S. an den einzelnen Baustellen von vornherein niemals 12 Monate überschritten haben. Entgegen der Auffassung des Beklagten vermag dieser Umstand jedoch nicht die Annahme zu begründen, es handele sich um einzelne voneinander unabhängige Entsendungen von Arbeitnehmern aus den Niederlanden nach Deutschland im Sinne von § 5 Abs. 1 SGB IV und Ziff. 4 der Aus- und Einstrahlungsrichtlinien sowie Art. 14 Abs. 1 a der EG-VO Nr. 1408/71.

Nach § 5 Abs. 1 SGB IV, Ziff. 4 der Aus- und Einstrahlungsrichtlinien ist eine Beschäftigung im Inland in der deutschen Sozialversicherung nicht versicherungspflichtig, wenn es sich um eine Entsendung im Rahmen eines im Ausland bestehenden Beschäftigungsverhältnisses handelt und die Entsendung infolge der Eigenart der Beschäftigung oder vertraglich im voraus zeitlich begrenzt ist. Eine entsprechende Regelung trifft Art. 14 Abs. 1 a der EG-VO Nr. 1408/71: Hiernach unterliegt eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats von einem Unternehmen, dem sie gewöhnlich angehört, im Lohn- oder Gehaltsverhältnis beschäftigt wird und die von diesem Unternehmen zur Ausführung einer Arbeit für dessen Rechnung in das Gebiet eines anderen Mitgliedsstaats entsandt wird, weiterhin den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedsstaats, sofern die voraussichtliche Dauer dieser Arbeit zwölf Monate nicht überschreitet und sie nicht eine andere Person ablöst, für welche die Entsendungszeit abgelaufen ist. Abweichend von § 5 Abs. 1 SGB IV darf somit die voraussichtliche Dauer der Entsendung im Bereich der EG 12 Monate nicht überschreiten.

33

Um derartige zeitlich begrenzte Entsendungen handelt es sich hier nach Auffassung des Senats nicht. Eine zeitliche Begrenzung infolge der Eigenart der Beschäftigung kann zwar bei Bauarbeiten vorliegen, wenn sie etwa im Zusammenhang mit der Errichtung von Produktionsstätten oder sonstigen Projekten im Ausland stehen (vgl. Kasseler Kommentar - Seewald SGB IV § 4 Rdnr. 12; Aus- und Einstrahlungsrichtlinien Ziff. 6.10). Im vorliegenden Fall hat die Firma S. aber nicht von den Niederlanden aus einzelne Projekte in Deutschland durchgeführt, die etwa aus reinem Zufall einander zeitlich nachfolgten und so zusammen länger als zwölf Monate dauerten. Vielmehr hat sie von vornherein planmäßig ihre Tätigkeit als Bauunternehmung ausschließlich und dauerhaft in der Bundesrepublik Deutschland entfaltet. Der Senat ist davon überzeugt, daß die alleinige Tätigkeit der Firma S. in Deutschland auch dem Unternehmenskonzept des Beklagten entsprach, der die Firma S. seinen eigenen Angaben zufolge in den Niederlanden gegründet hatte, um im Hinblick auf die niedrigeren Lohn- und Lohnnebenkosten in den Niederlanden gegenüber den niederländischen Baufirmen, die zunehmend in Deutschland tätig wurden, konkurrenzfähig zu bleiben. Daß er sich ernsthaft um Bauaufträge auch in den Niederlanden, Belgien, Frankreich oder Luxemburg bemüht hätte, hat der Beklagte nicht substantiiert behauptet. Er hat auch kein einziges von der Firma S. in einem dieser Länder durchgeführtes Bauvorhaben nennen können. Vielmehr befanden sich sämtliche von der Firma S. durchgeführte Bauobjekte ausweislich seines Schreibens vom 15.8.1995 an das Finanzamt Aachen in der Bundesrepublik. Alleinige Auftraggeber der Firma S. waren dabei die beiden deutschen Bauunternehmen des Beklagten, nämlich die Firma P. Bauträger- und Bauunternehmung GmbH sowie die P. Bauunternehmung GmbH mit Sitz in Geilenkirchen. Dafür, daß die Tätigkeit der Firma S. in Deutschland auf Dauer angelegt war, spricht ferner, das sie ihre Arbeitnehmer bei der Klägerin in Deutschland angemeldet, die monatlichen Beitragsnachweise eingereicht, die Beiträge jahrelang bezahlt und - auch noch in dem hier

34

streitigen Zeitraum - Erstattungen nach dem Lohnfortzahlungsgesetz in Anspruch genommen hat, wie sich aus der Aufstellung Anlage IV zur Berufungserwiderung ergibt.	
Gegen die Annahme einer Entsendung spricht schließlich auch der Umstand, daß die Firma S. nie die Bescheinigung E 101 gemäß Art. 11 der EG-VO Nr. 574/72 in der Fassung der EG-VO Nr. 3795/81 vorgelegt hat. Aus den fraglichen Verordnungsvorschriften ergibt sich zwar nicht, daß die Vorlage dieser Bescheinigung konstitutiven Charakter hätte. Die Nichtvorlage ist aber als Indiz dafür zu werten, daß der Beklagte die Arbeitnehmer der Firma S. nicht für einen begrenzten Zeitraum nach Deutschland entsenden, sondern sie hier auf Dauer beschäftigen wollte.	35
Nach alledem liegt keine Entsendung im Sinne von Art. 14 Abs. 1 a der EG-VO Nr. 1408/71 vor; vielmehr richtet sich die Sozialversicherungspflicht bezüglich der Arbeitnehmer der Firma S. gemäß Art. 13 Abs. 1 a der EG-VO nach deutschem Recht, weil diese nur in Deutschland beschäftigt waren. Daß ihr Einsatz an einer bestimmten Betriebsstätte ihres Arbeitgebers erfolgen müßte, wird in Art. 13 Abs. 2 a der Verordnung nicht vorausgesetzt. Die Vorschrift gilt gerade auch dann, wenn der Arbeitgeber seinen Betriebssitz im Gebiet eines anderen Mitgliedsstaates hat. Von daher ist es unerheblich, daß die Arbeitnehmer der Firma S. branchentypisch an verschiedenen Baustellen eingesetzt wurden. Entscheidend ist, daß sie auf Dauer im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland beschäftigt wurden.	36
Unter diesen Umständen sieht der Senat keine Veranlassung, auf die Anregung des Beklagten hin den Rechtsstreit auszusetzen und den europäischen Gerichtshof um eine Vorabentscheidung gemäß Art. 177 des EG-Vertrages zur Auslegung des Art. 14 Ziff. 1 a der EG-VO Nr. 1408/71 zu ersuchen.	37
Nach alledem war die Berufung des Beklagten mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.	38
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 Abs. 1, 108 Abs. 1 ZPO.	39
Streitwert für das Berufungsverfahren und Beschwer des Beklagten 100.430,02 DM.	40