BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 233/08

Verkündet am:
5. November 2009
Hauck
Justizsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

SGB IV § 28e Abs. 1 Satz 2; InsO § 129 Abs. 1

Die Zahlung der Arbeitnehmeranteile zu den Gesamtsozialversicherungsbeiträgen kann als Rechtshandlung des Arbeitgebers im Insolvenzverfahren über dessen Vermögen als mittelbare Zuwendung an die Einzugsstellen angefochten werden.

BGH, Urteil vom 5. November 2009 - IX ZR 233/08 - LG Schwerin
AG Schwerin

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. November 2009 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Ganter, die Richter Raebel, Prof. Dr. Kayser, die Richterin Lohmann und den Richter Dr. Pape

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Schwerin vom 28. November 2008 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Am 17. Januar 2008 erließ die beklagte gesetzliche Krankenkasse wegen rückständiger Gesamtsozialversicherungsbeiträge in Höhe von 5.333,43 € eine Pfändungs- und Einziehungsverfügung gegen die Schuldnerin, mit der sie auch deren Anspruch auf fortlaufende Auszahlung des jeweiligen Guthabens auf ihrem Bankkonto pfändete. Die Schuldnerin beantragte am 28. Januar 2008 die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen. Die Bank der Schuldnerin überwies am 7. Februar 2008 von dem gepfändeten Konto, auf welchem sich damals ein Guthaben von 12.379,63 € befand, den rückständigen Betrag in voller Höhe. Am 22. Februar 2008 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin eröffnet und der Kläger in demselben zum Verwalter ernannt.

2 Der Kläger hat die Rechtshandlung der Beklagten unter Berufung auf § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO angefochten. Die Beklagte ist der Anfechtung des auf die Schuldnerin als Arbeitgeberin entfallenden Anteils an den Gesamtsozialversicherungsbeiträgen nicht entgegengetreten und hat deshalb schon vorprozessual die Hälfte des erlangten Betrages an den Kläger zurücküberwiesen. Mit seiner Klage verlangt der Insolvenzverwalter noch Rückzahlung der zweiten Beitragshälfte von 2.666,71 €, die paritätisch von den vormaligen Arbeitnehmern der Schuldnerin zu tragen war. Die Parteien streiten ausschließlich darum, ob der Anfechtbarkeit insoweit § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV, eingefügt durch Art. 1 Nr. 17 Buchst. a) des Gesetzes zur Änderung des Vierten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze vom 19. Dezember 2007 (BGBl. I S. 3024), entgegensteht.

3 Das Amtsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landgericht, dessen Urteil in NZI 2009, 185 veröffentlicht worden ist, hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit ihrer vom Landgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klagabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

4 Die Revision ist unbegründet.

I.

5 Das Berufungsgericht hat angenommen, dass auch der Arbeitnehmeranteil an den Gesamtsozialversicherungsbeiträgen aus dem Vermögen der

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Schuldnerin entnommen worden sei und daher die Insolvenzmasse schmälere. Da die Pfändung und Einziehung des gegen die Bank gerichteten Auszahlungsanspruchs im kritischen Zeitraum gemäß § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO erfolgt seien, sei der auf diese Weise erlangte Betrag zurückzugewähren. Der Zuordnung des hälftigen Arbeitnehmeranteils an dem Gesamtbetrag zum Vermögen der Schuldnerin stehe die Neuregelung des § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV nicht entgegen. Diese sei im Streitfall schon nicht einschlägig, weil die Beklagte ihre Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung durchgesetzt habe. Eine Maßnahme der Einzelzwangsvollstreckung unterfalle nicht mehr dem in § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV verwendeten Begriff der Zahlung, welcher eine freiwillige Leistung voraussetze. Überdies erforderten Sinn und Zweck der Neuregelung auch generell keinen Ausschluss der Anfechtung. Das erklärte Ziel der Bundesregierung, die den Gesetzentwurf eingebracht habe, sei gewesen, den "Besitzstand des Arbeitnehmers" in der Insolvenz des Arbeitgebers zu sichern. Dieser Zweck werde nicht gefährdet, wenn die Einzugsstellen der Sozialversicherungsträger den Arbeitnehmeranteil der Insolvenzmasse zurückgewähren müssten. Den Schutz der Versicherungsansprüche erreiche schon die gesetzliche Fiktion im Verhältnis zwischen Sozialversicherungsträger und Arbeitnehmer. Es bedürfe dazu keiner Besserstellung der Sozialversicherungsträger in der Insolvenz des Arbeitgebers.

II.

6 Dagegen wendet sich die Revision im Ergebnis ohne Erfolg. Unzutreffend ist allerdings die Annahme der Vorinstanzen, Vermögensverschiebungen, welche die gesetzlichen Einzugsstellen der Sozialversicherung im Voll-

streckungswege erzwungen hatten, seien keine Zahlungen im Sinne des § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV.

7 1. Im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Pfändung und Einziehung des Bankguthabens der Schuldnerin nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO angefochten werden konnte. Die Pfändungs- und Überweisungsverfügung erließ die Beklagte elf Tage vor Einreichung des Insolvenzantrags, stellte sie der Bank als Drittschuldnerin zu und erhielt das Guthaben zehn Tage nach Antragsstellung ausgezahlt. Die während der kritischen Zeit im Wege der Zwangsvollstreckung erlangte Befriedigung ist inkongruent (BGHZ 157, 350, 353; 167, 11, 14 f Rn. 9). Weitere Voraussetzungen einer erfolgreichen Anfechtung verlangt § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO nicht.

8 2. Die Revision verfolgt den Rechtsstandpunkt der Beklagten weiter, der Einzug von Sozialversicherungsbeiträgen sei seit dem 1. Januar 2008 gemäß § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV der Insolvenzanfechtung entzogen, soweit es sich um Arbeitnehmeranteile handelt. Diese Frage hat der Senat in seinem Beschluss vom 27. März 2008 (IX ZR 210/07, ZIP 2008, 747, 749 Rn. 12) zum zeitlichen Geltungsbereich der neu geschaffenen Fiktion noch offenlassen können. Sie ist nunmehr entscheidungserheblich. Der hierauf zielende Revisionsangriff dringt jedoch nicht durch.

9 a) Nach der Rechtslage vor dem 1. Januar 2008 ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (zusammenfassend BGH, Urt. v. 8. Dezember 2005 - IX ZR 182/01, ZIP 2006, 290 ff m.w.N.) die Insolvenzanfechtung von Zahlungen der Arbeitgeber an die Einzugsstellen des Gesamtsozialversicherungsbeitrags als Rückgewähr (§ 143 InsO) im Zweipersonenverhältnis aufgefasst worden. Unerheblich war, ob dem in der Leistungskette ein Lohnabzug

gemäß § 28g SGB IV vorausging. Selbst wenn man darin eine vorweggenommene Erstattung aus dem Bruttolohnanspruch und damit eine Leistung des Arbeitnehmers an den Arbeitgeber sehen wollte, käme es hierauf anfechtungsrechtlich gegenüber den Einzugsstellen der Sozialversicherungsträger nicht an. Denn in der hiernach denkbaren Leistungskette vollzieht sich die Anfechtung für jede Leistungshandlung der Kette getrennt (vgl. BGH, Urt. v. 19. Februar 2009 - IX ZR 16/08, WM 2009, 809, 810 Rn. 11).

10 b) Demgegenüber hat die Bundesregierung in ihren Gesetzesvorlagen für die Einfügung von § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV (dem insoweit nicht Gesetz gewordenen Artikel 5 des Entwurfs eines Gesetzes zum Pfändungsschutz der Altersvorsorge und zur Anpassung des Rechts der Insolvenzanfechtung vom 9. März 2006 - BT-Drucks. 16/886 - und dem unverändert verabschiedeten Art. 1 Nr. 17 ihres Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung des Vierten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze vom 28. September 2007 - BT-Drucks. 16/6540) betont, dass der Bruttolohnanspruch des Arbeitnehmers die Abführung des Gesamtsozialversicherungsbeitrages durch den Arbeitgeber umfasse, soweit er nach § 28g SGB IV vom Lohn des Beschäftigten einbehalten worden sei (ebenso BAGE 97, 150 ff). Die Erfüllung dieses Leistungsteils als Besitzstand des Arbeitnehmers müsse auch im Insolvenzfall gesichert werden.

11 Von dieser Zielsetzung der Bundesregierung ausgehend kann die Wirkungsweise ihres vom Gesetzgeber angenommenen Lösungsvorschlages für die Rechtsauslegung nicht sicher erschlossen werden. Denn danach hätte die Schlussfolgerung näher gelegen, die Abführung einbehaltener Arbeitnehmeranteile durch den beitragspflichtigen Arbeitgeber an die gesetzlichen Einzugsstellen der Sozialversicherung vollziehe sich im Dreipersonenverhältnis, ähnlich einem echten Vertrag zugunsten Dritter. Dem Leistungsanspruch des Dritten

gemäß § 328 Abs. 1 BGB entspräche die Forderung der Einzugsstelle auf den Gesamtsozialversicherungsbeitrag nach § 28e Abs. 1 Satz 1 SGB IV. Dem Forderungsrecht des Versprechensempfängers gemäß § 335 BGB entspräche der arbeitsvertragliche Abführungsanspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber. Die anfechtungsrechtliche Folge dieser Sichtweise könnte sein, dass die Abführung der Arbeitnehmeranteile an die Einzugsstellen der Sozialversicherung regelmäßig als Doppeldeckung nur dann hätte angefochten werden können, wenn die Voraussetzungen dazu gegenüber beiden Gläubigern bestanden hätten. Vom Vorschlag einer solchen gesetzgeberischen Lösung hat die Bundesregierung aus nicht dargelegten Gründen - möglicherweise überwiegenden praktischen Bedenken, weil sie die vermehrte Anfechtung von Lohnzahlungen an Arbeitnehmer erwarten ließe - indes abgesehen.

12 c) Der Wortlaut von § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV lässt verschiedene Auslegungen des fingierten Tatbestandes zu. Insbesondere bringt der Wortlaut schon keine Klarheit darüber, ob die Zahlung des vom Beschäftigten zu tragenden Teils des Gesamtsozialversicherungsbeitrags als unmittelbar oder mittelbar aus dem Vermögen des Beschäftigten erbracht gelten und welche Rechtshandlung hierfür maßgeblich sein soll. Insolvenzrechtlich können sich hieraus und aus weiteren Umständen erhebliche Unterschiede ergeben.

13 aa) Soll die Zahlung des vom Beschäftigten zu tragenden Teils des Gesamtsozialversicherungsbeitrags als *unmittelbar* aus seinem Vermögen erbracht gelten, so würde es sich ohne weitere Veränderungen der Geschehensabläufe und Rechtslage um die teilweise Tilgung der Arbeitgeberschuld aus § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV durch Drittzahlung des Arbeitnehmers gemäß § 267 BGB handeln. Diese Zahlung kann nicht als zweiter Teil einer Leistungskette verstanden werden, weil eine Rechtshandlung des Arbeitnehmers fehlt

und der Arbeitgeber durch dieselbe Rechtshandlung, teils für Rechnung des Arbeitnehmers, auch dessen Bruttolohnanspruch erfüllt. Deshalb würde es sich um eine mittelbare Zuwendung des Arbeitgebers an die Einzugsstelle durch eine fiktiv unmittelbar aus dem Vermögen des Arbeitnehmers erbrachte Zahlung handeln (vgl. BGH, Urt. v. 19. Februar 2009, aaO). Jedenfalls durch die Erfüllung des Bruttolohnanspruchs gegenüber dem Arbeitnehmer erbringt der Arbeitgeber auch bei dieser fingierten Fallgestaltung ein eigenes Vermögensopfer, welches zur Benachteiligung seiner Gläubiger gemäß § 129 Abs. 1 InsO führt. Dieses Vermögensopfer kann nach der Begründung des Gesetzentwurfes der Bundesregierung nicht hinweggedacht werden; denn ihre Erwägungen beruhen gerade auf dem Bruttolohnanspruch des Arbeitnehmers und beurteilen den vom Gesetz bestimmten tatsächlichen Zahlungsfluss als abgekürzten Leistungsweg (Abschöpfung an der Quelle) vom Arbeitgeber über den Arbeitnehmer zur Einzugsstelle. Der Mittelabfluss für die Beitragsentrichtung beim Arbeitgeber ist real, so dass sich die von der Revision in der mündlichen Verhandlung aufgeworfene Frage hier nicht stellt, ob insgesamt nur fingierte Zahlungsvorgänge zur anfechtungsrechtlichen Rückgewähr führen können. Für die fiktive Begründung einer eigennützigen Treuhand des Arbeitgebers zugunsten des Arbeitnehmers fehlen hinreichend deutliche Anhaltspunkte (anders aber v.d. Heydt ZInsO 2008, 178, 183 unter V.; Bräuer ZInsO 2008, 169, 175; Kreft, Festschrift für Samwer [2008] S. 261, 272). In der Insolvenz des Arbeitgebers kann die Zahlung des Gesamtsozialversicherungsbeitrages - zur Hälfte als mittelbare Zuwendung - gegenüber den Einzugsstellen im Ergebnis dann so angefochten werden wie bisher.

14 Ein Bargeschäft gemäß § 142 InsO ist bei der Anfechtung einer mittelbaren Zuwendung der Arbeitnehmeranteile an die Einzugsstelle durch den Arbeitgeber ausgeschlossen. Da von den Sozialversicherungsträgern in das Vermö-

gen der Arbeitgeber keine Leistung gelangt, kommt ein Bargeschäft nur für das Deckungsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer in Betracht. Der Anfechtungsgegner hat jedoch bei einer mittelbaren Zuwendung so zu stehen, als habe er den Leistungsgegenstand vom Insolvenzschuldner erworben (BGH, Urt. v. 5. Februar 2004 - IX ZR 473/00, ZIP 2004, 917, 918 f). Selbst wenn man dies im Grundsatz anders sehen wollte (vgl. etwa Kreft, aaO S. 273), so wäre hier der Bargeschäftseinwand durch die Inkongruenz der Einzelzwangsvollstreckung innerhalb des Dreimonatszeitraums (BGHZ 136, 309, 311 ff; 157, 350, 353; 162, 143, 149) ausgeschlossen.

15 Erweiterte man die Fiktion in der Weise, dass der Zahlungsweg der Arbeitnehmeranteile von der Quelle zur Einzugsstelle als Leistungskette vom Arbeitgeber zum Arbeitnehmer und von dort weiter infolge einer fiktiven Rechtshandlung des Arbeitnehmers an das Endziel verläuft, so wäre die Anteilsabführung in der Insolvenz des Arbeitgebers als Erfüllung des Bruttolohnanspruchs nur gegenüber dem Arbeitnehmer anzufechten. Damit würde aber der Besitzstand des Arbeitnehmers, der ihm durch die Abführung des Arbeitnehmeranteils verschafft worden ist, nicht gesichert, sondern im Gegenteil gefährdet werden. Der Arbeitnehmer könnte verpflichtet sein, den mit Erfüllung des Bruttolohnanspruchs fiktiv in sein Vermögen übernommenen Arbeitnehmeranteil des Gesamtsozialversicherungsbeitrages dem Insolvenzverwalter des Arbeitgebers nach § 143 InsO zurück zu gewähren. Entgegen dem von der Revision in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat eingenommenen Standpunkt könnte eine entsprechend erweiterte Fiktion vor dem Tatbestand des § 143 Abs. 1 InsO nicht halt machen und würde somit den nur fiktiven ebenso wie einen echten Leistungsempfänger dem Rückgewährrisiko aussetzen. Dieses Risiko würde auch nicht ausgeglichen durch die Chance, dass dann im Falle der Arbeitnehmerinsolvenz dessen Insolvenzverwalter oder Insolvenzgläubiger (§ 313

Abs. 2 InsO) die fiktive Zahlung des Arbeitnehmers an die Einzugsstelle vielleicht ebenfalls anfechten könnten, so dass die Einzugsstellen der Sozialversicherungsträger gezwungen sein könnten, nunmehr in der (Verbraucher-) Insolvenz von Arbeitnehmern die fiktiv von diesen gezahlten Arbeitnehmeranteile zurückzugewähren. Das braucht an dieser Stelle nicht vertieft zu werden, weil ohnehin feststeht, dass die Folgen einer dermaßen erweiterten Fiktion dem arbeitnehmerschützenden Zweck des § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV zuwiderliefen.

16 bb) Soll die Zahlung des vom Beschäftigten zu tragenden Teils des Gesamtsozialversicherungsbeitrags als *mittelbar* aus seinem Vermögen erbracht gelten, so liefe die mittelbare Zuwendung vom Arbeitnehmer über den Arbeitgeber an die Einzugsstelle. Der unmittelbar zahlende Arbeitgeber wäre als Zahlungsmittler des Beschäftigten zu behandeln. In diese Rolle wollte die Bundesregierung den Arbeitgeber bei der Lohnsteuerzahlung trotz eigener Abführungspflicht gemäß § 41a Abs. 1 Nr. 2 EStG durch ihren mit § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV wortgleichen Vorschlag eines § 38 Abs. 3 Satz 2 EStG in Art. 3 ihres Gesetzentwurfs vom 9. März 2006 (BT-Drucks. 16/886 S. 13) hineindrängen. Dem lag die fragwürdige Annahme zugrunde, die Rechtslage sei auf den Rechtsgebieten der Lohnsteuerabführung und Entrichtung der Gesamtsozialversicherungsbeiträge durch die Arbeitgeber "vergleichbar" und solle deshalb mit den vorgeschlagenen § 38 Abs. 3 Satz 2 EStG und § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV einheitlich geregelt werden. Voraussetzung der hier erörterten Rollenverteilung ist aber, dass nach § 38 Abs. 2 EStG der Arbeitnehmer selbst Schuldner der Lohnsteuer ist, die der Arbeitgeber als Dritter gemäß § 267 BGB erfüllen kann.

17 Der Steuerabzug vom Arbeitslohn gemäß § 38 Abs. 1 und 3 EStG kann im Dreipersonenverhältnis tatsächlich allenfalls das erste Teilstück einer Leistungskette vom Arbeitnehmer über den Arbeitgeber zum Finanzamt sein; denn mit dem Lohnabzug ist weder die Abführungspflicht des Arbeitgebers aus § 41a Abs. 1 Nr. 2 EStG erfüllt noch die Steuerschuld des Arbeitnehmers getilgt. Die Anfechtung dieser Leistungen fände dann innerhalb der einzelnen Teilstücke der Leistungskette statt. Erhielte das Finanzamt dagegen die Lohnsteuer durch mittelbare Zuwendung aus dem Vermögen des Arbeitnehmers, durch die zugleich die Steuerschuld des Arbeitnehmers getilgt und sein Bruttolohnanspruch erfüllt wird, so würde die Anfechtung der Lohnsteuerzahlungen nicht mehr in der Arbeitgeber-, sondern in der Arbeitnehmerinsolvenz stattfinden müssen. Allerdings würde auch diese Verlagerung nur um den Preis einer nicht stets unanfechtbaren Bruttolohnzahlung an den Arbeitnehmer im Falle der Arbeitgeberinsolvenz möglich sein.

18 Eine dem genannten Entwurf eines § 38 Abs. 3 Satz 2 EStG entsprechende Wirkungsweise von § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV ist nach allem nicht anzunehmen. Es fehlt an einem Beitragsteilschuldverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Einzugsstelle. Dieses kann durch die Fiktion einer (mittelbaren) Zahlung aus dem Vermögen des Arbeitnehmers nicht ersetzt werden. Vielmehr müsste dann § 28e Abs. 1 Satz 1 SGB IV geändert werden. Außerdem würde das neu entstehende Anfechtungsrisiko für den Arbeitnehmer dem erklärten Zweck des Regelungsvorschlags widersprechen, dessen Besitzstand hinsichtlich der Arbeitnehmeranteile in der Insolvenz (gemeint wohl: des Arbeitgebers) zu schützen.

19 d) Der Senat verkennt nicht, dass das von der Bundesregierung in ihrem Gesetzentwurf vom 28. September 2007 verschleierte Ziel des § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV ebenso wie in ihrer früheren Vorlage vom 9. März 2006, wo dieses offen angesprochen worden ist (BT-Drucks. 16/886 S. 15), hauptsächlich der Schutz der Sozialversicherungsträger vor Beitragsrückgewähr in der Insolvenz von Arbeitgebern gewesen sein kann. So ist die Vorlage vom 28. September 2007 während der ersten Lesung des Gesetzentwurfs im Deutschen Bundestag auch von dem Abgeordneten Anton Schaaf (Protokoll der 118. Sitzung vom 11. Oktober 2007 S. 12324 B und C) und fast von dem gesamten rechtswissenschaftlichen Schrifttum und einem Teil der Instanzgerichte verstanden worden. Ob dies zutrifft, mag dahinstehen. Denn es ist schon nicht feststellbar, ob diese Zielsetzung von den gesetzgebenden Körperschaften in ihren Regelungswillen aufgenommen worden ist. Dagegen spricht, das weder im Deutschen Bundestag noch im Bundesrat die Vorlage vom 28. September 2007 in den für das Insolvenzrecht zuständigen Ausschüssen beraten worden ist.

20 Eine Fiktion, mit welcher sich der Gesetzgeber behilft, indem er für die Rechtsanwendung einen tatsächlich nicht bestehenden Sachverhalt schafft, kann nur in beschränktem Umfang nach dem verfolgten Ziel ausgelegt werden. Welche Rechtsfolgen der fingierte Tatbestand hat, bestimmt das sonstige Recht, an welches der Richter gebunden ist und welches der Bundesgerichtshof hier anderweitig ausgelegt hat. Ergibt sich danach aus einer gesetzlichen Fiktion nicht die Rechtsfolge, auf die es der Gesetzgeber abgesehen hat, so kann der Richter ihn vor seinem Rechtsirrtum nicht schützen. Lediglich dann, wenn der fingierte Tatbestand selbst auslegungsbedürftig und auslegungsfähig ist, kann der Richter die Auslegung des bindend unterstellten Sachverhalts so vornehmen, dass der Zweck einer Fiktion nach den allgemeinen Gesetzen

möglichst erreicht wird. In diesem Sinne ist der Senat bei seiner Entscheidung verfahren.

Ganter Raebel Kayser

Lohmann Pape

Vorinstanzen:
AG Schwerin, Entscheidung vom 11.07.2008 - 17 C 64/08 -
LG Schwerin, Entscheidung vom 28.11.2008 - 6 S 100/08 -