

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VI ZR 119/78

URTEIL

Verkündet am

4. Dezember 1979

W a l z ,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Klaus I [REDACTED] ,
[REDACTED]straße [REDACTED], D [REDACTED]

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die A [REDACTED] C [REDACTED] M [REDACTED] ,
vertreten durch ihren Geschäftsführer Direktor H [REDACTED] ,
N [REDACTED] Straße [REDACTED], M [REDACTED] [REDACTED] ,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Dezember 1979 durch die Richter Dunz, Scheffen, Dr. Steffen, Dr. Kullmann und Dr. Deinhardt

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 30. Januar 1978 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin, eine Allgemeine Ortskrankenkasse, verlangt von dem Beklagten Schadensersatz wegen Nichtabführung von Arbeitnehmerbeiträgen für die Krankenversicherung.

Der Beklagte war Geschäftsführer der Firma I. GmbH, die ihrerseits persönlich haftende Gesellschafterin der Firma E.W.I. GmbH & Co. KG war. Am 31. März 1974 stellte die KG Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens zur Abwendung des Konkurses. Zum vorläufigen Konkursverwalter wurde am 4. Juni 1974 Rechtsanwalt D. (im folgenden: D.) bestellt; eine Verfügungsbeschränkung wurde der KG zu

- 3 -

diesem Zeitpunkt nicht auferlegt. Am 11. Juni 1974 kam es zu einer Vereinbarung über die Bildung eines Sicherheitspools zwischen den Gläubigern der KG; D. wurde als Poolverwalter eingesetzt. Am 12. Juni 1974 wurden an die etwa 300 Mitarbeiter der KG die Nettolöhne und Nettogehälter für den Monat Mai 1974 ausbezahlt, ohne daß gleichzeitig die einbehaltenen Krankenversicherungsbeiträge an die Klägerin abgeführt wurden. Als der Verwaltungsamtmann der Klägerin Bi. die ausstehenden Zahlung von insgesamt 128.973,02 DM (davon entfielen 64.357,86 DM auf den Arbeitnehmeranteil) beanstandete, kam es am 18. Juni 1974 zu einer Vereinbarung zwischen der Klägerin (vertreten durch Bi.) und der KG (vertreten durch den Leiter der Buchhaltung S. und D.), wonach der Gesamtbetrag in vier Teilzahlungen zunächst von je 35.000 DM am 18.6., 24.6., 27.6. und in der ersten Juliwoche 1974 überwiesen werden sollte. Nur die erste Teilzahlung wurde (durch einen von S. und D. unterzeichneten) Scheck geleistet. Von diesem Betrag hat die Klägerin je die Hälfte (17.500 DM) auf die Arbeitnehmer- und die Arbeitgeberanteile verrechnet. Durch Beschluß des Amtsgerichts O. vom 28. Juni 1974 wurde gegen die KG ein allgemeines Veräußerungsverbot erlassen; dem vorläufigen Vergleichsverwalter Rechtsanwalt D. wurden die Rechte aus § 57 VerglO zuerkannt. Am 3. Juli 1974 wurde das Konkursverfahren eröffnet, jedoch am 15. Dezember 1974 mangels einer den Kosten des Verfahrens entsprechenden Masse eingestellt. Die Klägerin fiel mit ihren restlichen Forderungen aus.

Die Klägerin hat im ersten Rechtszug von den ausstehenden Arbeitnehmeranteilen einen Teilbetrag von 4.000 DM eingeklagt. Das Landgericht hat dem Antrag



stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen und auf die Anschlußberufung der Klägerin nach ihrem auf Zahlung von insgesamt 46.857,46 DM erweiterten Antrag erkannt.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hält den Beklagten für verpflichtet, der Klägerin in der begehrten Höhe Schadensersatz zu leisten, da er es als Geschäftsführer der Komplementär GmbH der KG vorsätzlich unterlassen habe, dafür zu sorgen, daß die am 12. Juni 1974 fällig gewordenen Beiträge zur Arbeitnehmersversicherung an die Klägerin überwiesen wurden. Es meint, er sei rechtlich zur Zahlung befugt und finanziell dazu in der Lage gewesen.

II. Die Revision des Beklagten führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils.

1. Richtig ist der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, daß der Geschäftsführer einer GmbH nach §§ 536 Nr. 2, 533 RVO der für den Streitfall noch zur Anwendung kommenden alten Fassung (s. EGStGB vom 2. März 1974 Art. 252 - BGBl I S. 469, 613, das nach Art. 326 grundsätzlich am 1. Januar 1975 in Kraft getreten ist) sich strafbar macht, wenn er Beitrags- teile, die den Beschäftigten gegenüber einbehalten

worden waren, der berechtigten Kasse vorsätzlich vorenthält. Die Strafbarkeit ist auch nach der neuen Fassung der Reichsversicherungsordnung nicht entfallen (s. § 529).

Ferner ist anerkannten Rechtes, daß § 533 RVO a.F. Schutzgesetzcharakter i.S. von § 823 Abs. 2 BGB zukam (st.Rspr. s. BGHZ 58, 199, 201 m.w.Nachw.). Schließlich geht das Berufungsgericht zutreffend davon aus, daß die einbehaltenen Arbeitnehmeranteile für die am 12. Juni 1974 ausbezahlten Löhne und Gehälter der Klägerin i.S. von § 533 RVO a.F. vorenthalten worden sind, wie noch auszuführen sein wird.

2. Jedoch hält die Feststellung des Berufungsgerichts, daß der Beklagte es war, der die Arbeitnehmeranteile vorsätzlich vorenthalten habe, derzeit den Angriffen der Revision nicht stand.

a) Zwar kann der Beklagte sich nicht mit Erfolg darauf berufen, nicht ihm, sondern dem Leiter der Buchhaltung S. habe die Verantwortung für die Abführung der Arbeitnehmeranteile oblegen. Mit diesem Vorbringen hat das Berufungsgericht sich allerdings nicht ausdrücklich auseinandergesetzt. Es durfte aber nach dem aktenkundigen Beweisergebnis davon ausgehen, daß dem Beklagten der ihm obliegende Beweis einer solchen Verantwortungsverteilung (s. Senatsurt. v. 7. November 1961 - VI ZR 5/61 = VersR 1962, 24 = NJW 1962, 200) mißlungen ist. S. hat als Zeuge bei seinen beiden Vernehmungen vor dem Landgericht und dem Oberlandesgericht bekundet, daß es stets Aufgabe des Beklagten war, die von ihm

vorgefertigten Schecks, mit denen die Beiträge an die Klägerin überwiesen wurden, zu unterzeichnen. Er, der Zeuge, und der Verkaufsleiter B. hätten zwar, wenn der Beklagte nicht erreichbar gewesen sei, kraft der gemeinsam auszuübenden Bankvollmacht gelegentlich auch Zahlungsanweisungen unterschrieben; die Schecks für die an die A. zu zahlenden Beiträge seien aber regelmäßig dem Beklagten zur Unterschrift vorgelegt worden.

Zutreffend ist auch der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, daß mit der Einsetzung eines Vergleichsverwalters der KG zunächst noch keine Verfügungsbeschränkung i.S. von § 58 VerglO auferlegt worden war; dies geschah erst durch Beschluß vom 28. Juni 1974. Der Beklagte wäre also am 12. Juni 1974, als die Beiträge zu zahlen waren, jedenfalls durch vergleichsrechtliche Vorschriften an der erforderlichen Verfügung nicht gehindert gewesen.

b) Es ist jedoch nicht auszuschließen, daß das Berufungsgericht bei seiner Würdigung, der Beklagte sei auch tatsächlich in der Lage gewesen, die Arbeitnehmerbeiträge zu überweisen, wesentliche, zur Entlastung des Beklagten dienende Umstände unberücksichtigt gelassen hat. Der Beklagte hat sich von Beginn des Rechtsstreits an darauf berufen, D. habe ab 31. Mai 1974 die gesamten Geschäfte der Firma in die Hand genommen und alle wichtigen Entscheidungen in eigener Verantwortung getroffen; er habe auch Sonderkonten für alle eingehenden Außenstände errichtet, über die er zum Teil allein Verfügungsberechtigt gewesen sei.

Er, der Beklagte, habe ohne Mitwirkung von D. keine Schecks oder Überweisungen unterschreiben können.

Von diesem Gesamtvortrag hat das Berufungsgericht sich nur mit dem letztgenannten Vorbringen auseinandergesetzt; es meint, dieses sei, da es im Widerspruch zu dem Sachvortrag des Beklagten erster Instanz stehe, unglaublich, denn danach habe D. lediglich die alleinige Verfügungsbefugnis über die beiden von ihm eingerichteten neuen Konten zugestanden; über die anderen Guthaben habe nach wie vor der Beklagte zusammen mit dem Leiter der Buchhaltung S. und dem Verkaufsleiter B. verfügen können. Es hat sich aber nicht mit den übrigen vorbezeichneten Behauptungen des Beklagten befaßt. Dies ist nicht zu billigen, da es für die strafrechtliche Verantwortung durchaus darauf ankommen kann, wem tatsächlich die Geschäftsführung oblag (BGHSt 3, 32, 37); der Beklagte kann sie, indem er sich der von den Gläubigern des Vergleichsverfahrens getroffenen Vereinbarung über Bildung eines Sicherheitspools und Bestellung von D. als Poolverwalter mit all daraus resultierenden Folgen unterwarf, auf diesen delegiert, zumindest sie ihm aber faktisch überlassen haben.

Zwar hatte D. - der vor seiner schon vom Landgericht angeordneten Vernehmung verstorben ist - in seinem an die Klägerin gerichteten Schreiben vom 2. September 1974 seine Verantwortung für die Nichtüberweisung der für Mai 1974 fällig gewesenenen Krankenkassenbeiträge bestritten. Dem steht aber entgegen, daß er als Verwalter des von den Gläubigern gebildeten Si

cherheitspools alle Befugnisse der Geschäftsführung wahrzunehmen hatte und - wie die Beweisaufnahme bisher ergeben hat - auch tatsächlich wahrgenommen hat. So hat er u.a. (unter Ausschluß des Beklagten) zusammen mit dem Leiter der Buchhaltung S. die Verhandlungen mit dem Vertreter der Klägerin über die Bezahlung der für Mai 1974 noch ausstehenden Beiträge geführt, die Vereinbarung vom 18. Juni 1974 getroffen und den Scheck über die erste Teilzahlung von 35.000 DM unterzeichnet und zwar alles noch, ehe ihm (am 28. Juni 1974) unter Anordnung eines allgemeinen Veräußerungsverbots gegen die KG die Rechte aus § 57 VerglO zuerkannt worden waren.

Demnach hätte das Berufungsgericht seine Überzeugung, der Beklagte habe die Krankenkassenbeiträge vorsätzlich vorenthalten, näher begründen müssen. Der Hinweis auf den an sich richtigen Grundsatz, daß für den Vorsatz i.S. von § 533 RVO a.F. das Bewußtsein und der Wille des Handelnden, die geschuldete Leistung zu unterlassen, erforderlich und genügend ist (so Senatsurteil v. 28. Juni 1960 - VI ZR 146/59 = VersR 1960, 748), genügt nicht; es bleiben Zweifel, ob es die besondere Fallgestaltung richtig erkannt und gewürdigt, sich insbesondere nicht die verfehlten Ausführungen des Landgerichts zum Verbotsirrtum zueigen gemacht hat.

aa) Zwar entspricht es ständiger Rechtsprechung, daß zur Verwirklichung des Vorsatzes das Bewußtsein genügt, die Zahlungspflicht möglicherweise nicht erfüllen zu können; es entlastet den Arbeitgeber (oder Geschäftsführer) also nicht, wenn er lediglich die Hoffnung hatte, die Beiträge durch eingehende Außen-

stände abdecken zu können; vielmehr muß er, wenn er nicht genug Geld hat, um die Nettolöhne- und Gehälter einschl. der Sozialversicherungsbeiträge aufzubringen, die Auszahlung um den Betrag kürzen, den er als treuhänderisch einbehaltenen Krankenkassenbeitrag zur Weiterleitung an die Kasse benötigt (Senatsurt. v. 7. Juni 1963 - VI ZR 144/62 = VersR 1963, 1034 m.w. Nachw.).

Richtig ist auch der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, die Beiträge seien der Klägerin bereits am 12. Juni 1974 vorenthalten worden. Der Zahlungstermin war nach § 393 RVO durch § 16 Abs. 1 der Satzung jeweils auf den 12. des auf den Soll-Monat folgenden Monats festgesetzt.

Der Hinweis des Beklagten, es habe einer ständigen, im Einvernehmen mit der Klägerin gepflogenen Übung entsprochen, daß die Versicherungsbeiträge (weil die EDV-Anlage für die Berechnung der Sozialabgaben, Steuern, vermögenswirksamen Leistungen und Lohnabtretungen etwa 3 Tage benötigt habe) stets erst einige Tage nach Auszahlung der Löhne und Gehälter bei der Klägerin eingegangen seien, ist nicht geeignet, den objektiven Tatbestand der strafbaren Handlung (§ 533 RVO aF) zu beeinflussen. Abgesehen davon, daß schon nach dem Vortrag des Beklagten hierzu nicht, wie es erforderlich gewesen wäre (s. Erbs-Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze Bd. III, V 58 § 529 Anm. 7 b), ein ordnungsgemäß gefaßter Beschluß der Klägerin vorlag, sondern es sich allenfalls um eine stillschweigende Duldung durch den Sachbearbeiter handelte, wäre selbst eine vom zuständigen Organ der Klägerin getroffene Stundungsvereinbarung gesetzwidrig. Der Arbeitgeber ist nicht berechtigt, die

vom Lohn treuhänderisch einbehaltenen Arbeitnehmeranteile zweckwidrig zu verwenden; dieses Geld darf gerade nicht dem Betriebsrisiko unterliegen; vielmehr ist er gesetzlich verpflichtet, die einbehaltenen Arbeitnehmeranteile bis zum Zahlungstermin (evtl. durch Einzahlung auf ein Anderkonto) bereitzuhalten (s. Senatsurt. v. 28. Juni 1960 aaO). Es erscheint darum bedenklich, wenn Krankenkassen Zahlungsaufschub für die ihnen zu erheblichen Teilen gar nicht selbst zustehenden Arbeitnehmeranteile gewähren und diesen gar mit der Bereitschaft verbinden, von einem Strafantrag vorerst Abstand zu nehmen.

bb) Jedoch könnten diese vom Beklagten behaupteten Vereinbarungen geeignet sein, sein Verschulden bei der Vorenthaltung der Arbeitnehmer-Beiträge auszuschließen, wenn er sich auf die Wirksamkeit des vereinbarten Zahlungsaufschubs verlassen hatte. Nach seinem Vortrag lagen nur allenfalls 2 - 3 Tage zwischen dem (stillschweigend) geduldeten Zahlungsaufschub und dem Tag, an dem D. bei der Klägerin eine (wenn auch unwirksame) Teilzahlungsbewilligung erwirkte. Ob ihm in dieser Zeitspanne ein Verschulden hinsichtlich der Nichtabführung der Arbeitnehmeranteile zur Last fällt, hat das Berufungsgericht bisher nicht geklärt. Der Beklagte hat behauptet und unter Beweis gestellt, er habe dem Leiter der Buchhaltung S. nie den Auftrag erteilt, diese Beiträge nicht abzuführen. Das Berufungsurteil läßt eine Feststellung darüber vermissen, ob er es in dieser kurzen Zeitspanne in vorwerfbarer Weise unterlassen hat, darauf zu drängen, daß S. eine solche Überweisung vorbereitete und ihm zur Unterschrift vorlegte und ob eine Anweisung seinerseits angesichts der Stellung des Vergleichsverwalters überhaupt

Erfolgsaussicht gehabt hätte. Nach dem 18. Juni 1974 kann dem Beklagten gewiß nicht mehr der Vorwurf gemacht werden, er habe die Beiträge vorsätzlich vorenthalten, da von diesem Zeitpunkt ab D. der Klägerin gegenüber offenbar durchweg als verantwortlicher Geschäftsführer aufgetreten war.

Für den Fall, daß der Beklagte überhaupt noch der für die Abführung der Beiträge verantwortliche Geschäftsführer war, wird das Berufungsgericht hilfsweise auch diese Fragen neu zu überdenken haben.

3. Schließlich liegt ein Rechtsfehler darin, daß das Berufungsgericht nicht geprüft hat, ob die Klägerin den Nichteingang der noch ausstehenden Beträge durch die Vereinbarung vom 18. Juni 1974 selbst mitverschuldet hat (§ 254 Abs. 2 BGB). Der Beklagte hat geltend gemacht, zu diesem Zeitpunkt sei die KG in der Lage gewesen, die Forderung zu erfüllen, so daß kein Schaden entstanden wäre, wenn die Klägerin auf sofortiger Bezahlung der rückständigen Beträge bestanden und notfalls Vollstreckungsmaßnahmen eingeleitet hätte; dadurch, daß sie sich auf die mit Rechtsanwalt D. vereinbarte Ratenzahlung einließ, habe sie wesentlich dazu beigetragen, daß sie ihre Restforderung nicht mehr verwirklichen konnte.

Es erscheint in der Tat fraglich, ob es - falls die Beweisaufnahme die Richtigkeit dieses Vorbringens bestätigt - mit den Grundsätzen von Treu und Glauben vereinbar wäre, den Beklagten allein die Schadensfolgen tragen zu lassen.

Da das Berufungsurteil eine begründete Gesamtwürdigung aller dieser Umstände vermissen läßt, war es aufzuheben.

III. Die Revision rügt ferner, jedenfalls sei die Klage in Höhe von 17.500 DM abzuweisen. Die Abschlagszahlung von 35.000 DM habe in vollem Umfang auf die noch offenstehende Schuld an Arbeitnehmerbeiträgen (und nicht hälftig auf die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberanteile) verrechnet werden müssen, womit sich die Forderung jedenfalls auf den Betrag von 29.357,46 DM ermäßige. Sie stellt unter Bezugnahme auf OLG Düsseldorf (NJW 1956, 802, 803) die Rechtsprechung des Senats zur Überprüfung.

Diese Rüge führt nicht zum Erfolg. Es entspricht ständiger Rechtsprechung des Senats, daß in Ermangelung einer ausdrücklich erteilten oder sich aus den Umständen ergebenden Bestimmung des Schuldners, welche Schuld von mehreren Schuldverhältnissen gleichartiger Leistungen mit der Teilzahlung getilgt werden soll, § 366 Abs. 2 BGB entsprechend anzuwenden ist; verschiedentlich hat er deshalb auch die hälftige Verrechnung von ungenügenden Zahlungen auf die Arbeitgeberanteile gebilligt (s. Senatsurt. v. 28. Juni 1960 aaO und v. 25. Februar 1975 - VI ZR 222/73 = VersR 1975, 739 m.w.Nachw.). Hieran wird festgehalten. Der Streitfall bietet keinen Anlaß, sich mit der Möglichkeit zu befassen, daß gerade durch die Art der Verrechnung überhaupt erst die Strafbarkeit ausgelöst werden würde (s. Wochner Betr. 1977, 1092), denn hier war die Zahlung ohnehin verspätet, der Straftatbestand also bereits erfüllt; zudem hätte sie, selbst bei

voller Anrechnung auf die Arbeitnehmeranteile, diese Schuld nicht vollständig getilgt. Es ist somit nicht rechtsfehlerhaft, wenn das Berufungsgericht bei der im Streitfall gegebenen Sachlage eine hälftige Verrechnung der eingegangenen Ratenzahlung für zulässig hält.

Dunz

Scheffen

Dr. Steffen

Dr. Kullmann

Dr. Deinhardt