

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VI ZR 222/73

URTEIL

Verkündet am

25. Februar 1975

_____,
Justizobersekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Horst K _____ ,
B_____ - _____, B_____weg _____,

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. _____ -

gegen

die A_____ O_____ B_____ (AOK),
Körperschaft des öffentlichen Rechts, vertreten durch
den Geschäftsführer, Direktor Martin T_____,
B_____ - _____, M_____platz _____,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte _____ und _____ -

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. Februar 1975 durch die Richter Prof. Dr. Nüßgens, Dunz, Dr. Steffen, Dr. Kullmann und Dr. Ankermann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Kammergerichts vom 10. Juli 1973 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Beklagte war Geschäftsführer der B [REDACTED] B [REDACTED] O [REDACTED] Gesellschaft mit beschränkter Haftung (im folgenden GmbH' genannt). Diese Gesellschaft war die Komplementärin der B [REDACTED] B [REDACTED] C [REDACTED] Gesellschaft mit beschränkter Haftung & Co. Bekleidungs-Kommanditgesellschaft (im folgenden KG genannt). Beschäftigte der KG waren bei der Klägerin gegen Krankheit pflichtversichert. Seit Dezember 1968 führte die KG die Kranken- und sonstigen Sozialversicherungsbeiträge für diese Arbeitnehmer bei Fälligkeit nicht mehr an die Klägerin als forderungs- bzw. einziehungsberechtigte Kasse ab. Nach Fälligkeit sind jedoch verschiedentlich noch Zahlungen geleistet worden.

- 3 -

Ausgehend von Beitragsnachweisungen, die die KG aufgestellt und jeweils der Klägerin übersandt hatte, errechnete die Klägerin für die Monate Dezember 1968 bis Juli 1969 ein Beitragssoll von 74.847,98 DM. Hierauf brachte sie Leistungen der KG von 21.323,49 DM gut, so daß ein Saldo zu Lasten der KG von 52.724,49 DM verblieb, der sich zu je 26.362,25 DM aus Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträgen zusammensetzt. Weitere Zahlungen der KG sowie im Wege der Zwangsvollstreckung beigetriebene Beträge verrechnete die Klägerin auf Beitragsschulden des Kaufmanns Kurt Neumann, in dessen Geschäft die GmbH bei Gründung der KG eingetreten war.

Die KG ist zahlungsunfähig. Ein von der Klägerin gestellter Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens wurde mangels Masse abgewiesen.

Die Klägerin verlangt von dem Beklagten im Wege des Schadensersatzes die Zahlung der von ihr errechneten rückständigen Arbeitnehmerbeiträge für die Bediensteten der KG für die Monate Dezember 1968 und März bis Juli 1969.

Landgericht und Kammergericht haben dem Klageanspruch stattgegeben. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe

A.

Die von der Revision zur Nachprüfung gestellte Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges vor den ordentlichen Gerichten ist vom erkennenden Senat bereits im



Urteil vom 7. November 1961 - VI ZR 5/61 - LM LVO § 534 Nr. 1 = VersR 1962, 24, 25 - mit eingehender Begründung bejaht worden. Dem ist das Schrifttum uneingeschränkt gefolgt (vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann ZPO 31. Aufl., § 13 GVG Anm. 7 Stichwort Sozialversicherung; H.W. Martens, Strafrecht in der Sozialversicherung 2. Aufl., S. 68; Wussow WI 1961, 205 f; vgl. auch Peters, Handbuch der Krankenversicherung 16. Aufl. § 533 RVO Anm. 7). Es besteht keine Veranlassung, diese Rechtsansicht aufzugeben.

Für Fälle der sog. Durchgriffshaftung gegen Alleingesellschafter von Kapitalgesellschaften wegen der von der Gesellschaft geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge sind zwar die Sozialgerichte zuständig (vgl. BGH Urt. v. 13. April 1972 - III ZR 206/70 = LM GVG § 13 Nr. 127 = NJW 1972, 1237). Darum geht es in diesem Rechtsstreit entgegen der von dem Beklagten in den Tatsacheninstanzen vertretenen Ansicht jedoch nicht.

B.

I. Das Berufungsgericht hält den Beklagten für verpflichtet, der Klägerin in Höhe von 26.362,25 DM Schadensersatz zu leisten, da er es als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der KG vorsätzlich unterlassen habe, dafür zu sorgen, daß diese die einbehaltenen Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung bei Fälligkeit an die Klägerin weiterleitete (§ 823 Abs. 2 BGB i. Verb. m. §§ 533, 536 Nr. 2 und 3 RVO und den für die anderen Zweige der Sozialversicherung außerhalb der Krankenversicherung erlassenen Strafbestimmungen).

Die Einwendungen des Beklagten zur Höhe der Klageforderung seien unbegründet.

II. Das Berufungsurteil hält den Angriffen der Revision nicht stand.

1. Das Berufungsgericht nimmt zwar im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung zutreffend an, daß es sich bei den bis zum 31. Dezember 1974 geltenden Strafbestimmungen der §§ 533 ff RVO, die gemäß §§ 1430 RVO und 152 AVG entsprechend für die Arbeiterrenten- und Angestelltenversicherung galten, und der §§ 213, 221 AVAVG bzw. (seit 1. Juli 1969) § 225 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) in Vbg mit § 50 a StGB um Schutzgesetze i.S. des § 823 Abs. 2 BGB zugunsten der Sozialversicherungsträger handelt (BGHZ 58, 199, 201 m.w.Nachw.). Diese Vorschriften galten auch für den Beklagten als Geschäftsführer der GmbH, der persönlich haftenden Gesellschafterin der KG (§ 536 Nr. 2 u. 3 RVO; § 221 Abs. 1 AVAVG und §§ 225 AFG, 50 a StGB).

Das Berufungsgericht geht auch entgegen der Ansicht der Revision rechtsfehlerfrei davon aus, daß der Beklagte Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung "einbehalten" und bei Fälligkeit nicht abgeführt hat. "Einbehalten" im Sinne von § 533 RVO und § 213 AVAVG sind die Beitragsteile regelmäßig dann, wenn der Arbeitgeber die vertragliche Vergütung der Arbeitnehmer im Hinblick auf deren Verpflichtung zur Zahlung von Sozialversicherungsleistungen um die entsprechenden Beträge gekürzt auszahlt (vgl. RGSt 40, 43; BayObLGSt 1952, 178). Wenn ein Arbeitgeber den Arbeit-

nehmern nur den Nettolohn auszahlt, so wird es vom Gesetz so angesehen, als hätten diese den Bruttolohn erhalten, ihre Beitragsanteile zur Sozialversicherung aber dem Arbeitgeber zur Weiterleitung an die Kasse der Sozialversicherung zurückgezahlt (Senatsurteil vom 7. Juni 1963 - VI ZR 144/62 = VersR 1963, 1034, 1035).

Die vorsätzliche Nichtabführung von Beiträgen bei Fälligkeit und damit die "Vorenthaltung" gegenüber der berechtigten Kasse wird von der Revision nicht in Abrede gestellt. Die Revision richtet sich nur gegen die Höhe des vom Berufungsgericht festgestellten Rückstandes, für den der Beklagte Schadensersatz leisten soll.

2. Unbegründet beanstandet die Revision weiterhin, das Berufungsgericht habe in seiner Entscheidung zu Unrecht die der Beitragsberechnung der Klägerin zugrunde liegende Lohnsumme nicht um 12.607,24 DM gekürzt.

Der Beklagte hatte in dem von der Revision herangezogenen Schriftsatz aus dem Berufungsverfahren geltend gemacht, die Nettolöhne wichen von den Beitragsnachweisungen ab. Im Anschluß an diesen Sachvortrag hatte die Klägerin darauf hingewiesen, daß für die Berechnung der Sozialversicherungsbeiträge von den Bruttolöhnen auszugehen sei. Das hat der Beklagte nicht in Abrede gestellt, ebensowenig wie er im einzelnen bestritten hat, daß in den von der KG aufgestellten Beitragsnachweisungen die geschuldeten Bruttolohnsummen enthalten waren. Schon deshalb konnte das Berufungsgericht

ohne Rechtsirrtum davon ausgehen, daß den Nachweisungen keine um den erwähnten Betrag überhöhte Lohnsumme zugrundeliegt, ohne daß es auf Fragen der Beweislast ankommt. Unter diesen Umständen bedurfte es entgegen der Rüge der Revision nach § 139 ZPO auch keines besonderen Hinweises durch das Berufungsgericht.

3. Rechtlich unbedenklich sind auch die Ausführungen des Berufungsgerichts zu den Beanstandungen des Beklagten gegen die von der Klägerin vorgenommene Verrechnung der erhaltenen Beträge.

a) Es erwägt hierzu im einzelnen: Der Beklagte irre in der Annahme, die Klägerin habe die noch von der Einzelfirma herrührenden Beitragsrückstände nicht mit Zahlungen der KG sowie mit Pfändungserlösen abdecken dürfen. Dabei übersehe er § 28 Abs. 1 Satz 1 HGB. Der Beklagte mache selbst nicht geltend, daß etwa die Voraussetzungen des Abs. 2 jener Vorschrift vorgelegen hätten. Er habe sogar mit Schreiben vom 12. Juli 1968 der Klägerin angekündigt, daß die KG Teilzahlungen auf die Beitragsrückstände Neumanns erbringen werde.

b) Entgegen der Auffassung der Revision hält das Berufungsgericht damit den Beklagten allerdings nicht nach der Strafvorschrift des § 533 RVO für die Beitragschulden des Einzelhandelsunternehmens Neumann für verantwortlich, in das die GmbH als persönlich haftender Gesellschafter eintrat. Es geht lediglich - und zwar rechtsfehlerfrei - von der zivilrechtlichen Haftung der KG gem. § 28 Abs. 1 HGB für diese Verbindlichkeiten aus, da nach dem Vorbringen des Beklagten diese Haftung nicht wirksam ausgeschlossen sei (§ 28 Abs. 2 HGB), er sogar namens der KG mit Schreiben vom 12. Juli 1968

Teilzahlungen auf diese Rückstände angekündigt habe. Soweit die KG in Überweisungen selbst angegeben hat, mit den überwiesenen Beträgen sollten alte Verbindlichkeiten des früheren Geschäftsinhabers Neumann abgegolten werden, konnte die Klägerin unbedenklich auch so verfahren. Auch die von der Klägerin im Wege der Zwangsvollstreckung beigetriebenen Beträge konnten grundsätzlich auf die alten Verbindlichkeiten Neumanns verrechnet werden, da in dem der Zwangsbeitreibung zugrundeliegenden Titel anzugeben war, daß wegen dieser Forderung die Vollstreckung betrieben wurde. Die Verrechnung muß immer entsprechend den Angaben im Titel erfolgen.

c) Zutreffend legt das Berufungsgericht seiner Beurteilung auch die vom erkennenden Senat wiederholt vertretene Rechtsansicht zugrunde, daß bei Beitragszahlungen zum Zwecke der Tilgung rückständiger Beitragsschulden, bei denen keine Bestimmung darüber getroffen wird, welche Forderung getilgt werden soll, und sich dies auch nicht aus den Umständen ergibt, gem. § 366 Abs. 2 BGB unter mehreren fälligen Schulden diejenige, welche der Kasse geringere Sicherheit bietet, unter mehreren gleich sicheren die dem Schuldner lästigere und unter mehreren gleich lästigen die jeweils älteste Schuld getilgt wird (Senatsurteile vom 7. November 1961 - VI ZR 5/61 = aaO; vom 7. Juni 1963 - VI ZR 144/62 = aaO und vom 11. Juni 1968 - VI ZR 191/66 = LM RVO § 533 Nr. 2 a = VersR 1968, 964).

Unerheblich ist es deshalb, wenn der Beklagte geltend macht, die KG habe in der Zeit, in der er

die Verantwortung getragen habe, mehr Geld für Beiträge an die Klägerin abgeführt, als an Arbeitnehmerbeiträgen in dieser Zeit fällig geworden sei.

d) Es liegt auch kein Rechtsfehler darin, daß das Berufungsgericht den Ausführungen des Beklagten im Schriftsatz vom 20. Dezember 1972 keine entscheidende Bedeutung beigemessen hat. Der Beklagte hatte dort vorgetragen, die KG habe die im Jahre 1969 zwangsweise bei ihr für Rückstände des früheren Geschäftsinhabers Neumann und für eigene rückständige Arbeitgeberanteile beigetriebenen Beträge ohne weiteres auch auf das Konto der Klägerin als Arbeitnehmeranteile ihrer Bediensteten einzahlen können. Die Klägerin hat diese Angaben nicht bestritten.

Das Berufungsgericht mußte diesen Sachvortrag nicht dahin verstehen, der Beklagte als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der KG hätte diese - teilweise geringen - Beträge an die Klägerin überwiesen, falls sie nicht gepfändet worden wären. Der Beklagte hat sich jedenfalls nicht einmal darauf berufen, daß er diese Gelder als Arbeitnehmerbeiträge für die Klägerin bereitgehalten habe.

4. Die Revision wendet sich jedoch mit Recht dagegen, daß das Berufungsgericht den Beklagten ohne weitere Prüfung auch mit Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung aus der Lohnsumme von 6.000 DM belastet, welche - wie unter den Parteien unstreitig ist - im Juli 1969 nicht mehr die KG an ihre Betriebsangehörigen auszahlte, sondern die Trumpf-Konfektion

Walter Girgner KG. Das Berufungsgericht führt hierzu aus, es sei unerheblich, daß diese Lohnschulden der KG von dritter Seite getilgt worden seien, da die Girgner KG lediglich "für Rechnung der KG" gezahlt habe.

Diese Überlegungen des Berufungsgerichts können von Rechtsirrtum beeinflußt sein.

a) Rechtlich ist zu beachten: Ein Arbeitgeber - das war die KG unstreitig im Juli 1969 - "behält" seinen Beschäftigten zwar auch dann Beitragsanteile "ein", wenn nicht er, sondern ein anderer für ihn, so z.B. als sein unmittelbarer oder mittelbarer Stellvertreter die reinen Nettolöhne ausbezahlt (vgl. BayObLGSt 1953, 228, 230). Das ist ebenso zu beurteilen, wenn der Dritte aufgrund Vereinbarung mit dem Arbeitgeber die Lohnzahlung übernimmt. Stellt er in diesen Fällen nicht sicher, daß auch Sozialversicherungsbeiträge - von ihm oder dem Dritten - abgeführt werden, so enthält er diese der berechtigten Kasse vor. Reichen die Mittel nicht aus, um Nettolöhne und Beiträge zu zahlen, dann müssen die Löhne entsprechend gekürzt werden (vgl. RGSt 40, 235, 237; 50, 133, 134; BGH Urt. v. 7. Juni 1963 - VI ZR 144/62 = aaO). Anders wäre es jedoch anzusehen, wenn die Walter Girgner KG ohne Vereinbarung mit der KG die 6.000 DM in Wahrnehmung ihrer Möglichkeit nach § 267 BGB gezahlt hätte, was ohne Einwilligung der KG zulässig war. Eine solche Gestaltung ist hier schon deshalb nicht ohne weiteres auszuschließen, weil die Firma Girgner die Arbeitnehmer ab August 1969

übernommen hat und sich möglicherweise zu einer solchen Handlungsweise veranlaßt sah, um einem Abwandern der Arbeitskräfte entgegenzuwirken.

b) Von welcher tatsächlichen Grundlage das Berufungsgericht ausgeht, ist nicht hinreichend deutlich, wie die Revision zutreffend beanstandet. Zwar führt das Berufungsurteil aus, die Firma Girgner habe die Beträge "lediglich für Rechnung der KG" gezahlt. Welche tatsächliche Feststellung damit in dem oben erwähnten Sinne getroffen sein soll, erscheint aber auch unter Berücksichtigung des sonstigen Vorbringens der Parteien in den Tatsacheninstanzen zu unsicher für die rechtliche Nachprüfung, ob das Vorliegen der zivilrechtlich als Schutzgesetz in Frage stehenden Strafrechtsvorschriften zu bejahen ist. Das gilt umsomehr, als das Berufungsurteil nicht erkennen läßt, daß dem Berufungsgericht die rechtliche Tragweite der möglichen Gestaltungen bewußt geworden ist.

III. Da somit noch weitere tatsächliche Feststellungen zu treffen sind, konnte das Berufungsurteil keinen Bestand haben. Aus Zweckmäßigkeitsgründen hat der erkennende Senat das angefochtene Urteil in vollem Umfang aufgehoben, obwohl derzeit keine Gründe dafür ersichtlich sind, daß der Beklagte außer dem Aufhebungsgrund noch weitere rechtserhebliche Einwände

gegen die Klageforderung erheben kann. Zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, war die Sache daher an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Nußgens

Dunz

Dr. Steffen

Dr. Kullmann

Dr. Ankermann