



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VI ZR 119/00

Verkündet am:
9. Januar 2001
Holmes,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: _____ nein

BGB § 823 Be Abs. 2; StGB § 266 a Abs. 1; BeitragszahlungsVO § 2

Die primäre Tilgungsreihenfolge im Sinne des § 2 BeitragszahlungsVO richtet sich - falls keine abweichende Bestimmung getroffen wird - nach der dort genannten Reihenfolge der Schuldenarten, so daß nachrangige Schuldenarten wie Säumniszuschläge - unabhängig vom Zeitpunkt ihrer Fälligkeit - erst dann zur Tilgung gelangen können, wenn alle vorrangigen Schuldenarten wie Auslagen der Einzugsstelle und Gesamtsozialversicherungsbeiträge vollständig getilgt sind.

BGH, Urteil vom 9. Januar 2001 - VI ZR 119/00 - OLG Naumburg
LG Dessau

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Januar 2001 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Müller, die Richter Dr. Lepa, Dr. Greiner und Wellner sowie die Richterin Diederichsen

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Naumburg vom 7. März 2000 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die klagende AOK nimmt den Beklagten als früheren Geschäftsführer einer GmbH wegen Vorenthaltens von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung für den Zeitraum von August bis einschließlich Dezember 1995 auf Schadensersatz in Anspruch.

Der Beklagte war in diesem Zeitraum alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der Q. GmbH, über deren Vermögen der Antrag auf Gesamtvollstreckung mangels einer die Kosten des Verfahrens deckenden Masse am 9. April 1996 zurückgewiesen wurde.

Die Klägerin verrechnete die vom Beklagten als Geschäftsführer veranlaßten (Teil-)Zahlungen zunächst auf Schulden der GmbH aus dem jeweils am weitesten zurückliegenden Beitragsmonat März 1995 und innerhalb des Beitragsmonats in der Reihenfolge: Mahn- und Pfändungsgebühren, Gesamtsozialversicherungsbeiträge (Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteile) und Säumniszuschläge. Entsprechende Verrechnungen für den jeweiligen Folgemonat nahm die Klägerin erst vor, nachdem sie alle Schulden des Vormonats als getilgt ansah. Auf diese Weise wurden zu Lasten späterer Beitragsmonate auch Zahlungsrückstände aus einer Zeit ausgeglichen, in welcher der Beklagte noch nicht Geschäftsführer der GmbH war. Die Klägerin setzte diese Verrechnungsweise fort mit Ausnahme einer am 29. Dezember 1995 erfolgten Zahlung in Höhe von 66.850,38 DM, die exakt dem Gesamtsozialversicherungsbeitrag für den Monat November 1995 entsprach und deshalb mit diesem verrechnet wurde. Zusammen mit dem nicht abgeführten Arbeitnehmeranteil zur Sozialversicherung für den Beitragsmonat Dezember 1995 in Höhe von 27.034,90 DM errechnete die Klägerin für die Zeit von August bis Dezember 1995 gegen den Beklagten als Geschäftsführer einen Schadensersatzanspruch in Höhe der Klagesumme von 133.245,38 DM.

Der Beklagte hat seine Verantwortlichkeit für die vor seiner Geschäftsführertätigkeit aufgelaufenen Zahlungsrückstände in Abrede gestellt und die Auffassung vertreten, die von ihm veranlaßten Zahlungen seien in erster Linie auf die nach seiner Bestellung zum Geschäftsführer geschuldeten Arbeitnehmeranteile zu verrechnen gewesen, welche damit getilgt gewesen seien. Im übrigen hätte die Klägerin auch erhaltenes Konkursausfallgeld berücksichtigen müssen. Schließlich seien etwaige Forderungen der Klägerin jedenfalls verjährt.

Das Landgericht hat den Beklagten antragsgemäß zur Zahlung verurteilt. Die hiergegen gerichtete Berufung ist ohne Erfolg geblieben. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts hat die Klägerin den Schaden, für den der Beklagte gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 266 a Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB wegen Nichtabführung von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung für den Zeitraum August bis Dezember 1995 entstehen müsse, nach § 2 der BeitragszahlungsVO vom 22. Mai 1989 zutreffend berechnet. Danach seien Zahlungen in Ermangelung einer Tilgungsbestimmung des Arbeitgebers zunächst auf die Auslagen der Einzugsstelle, sodann auf die Gesamtsozialversicherungsbeiträge, auf Säumniszuschläge, auf Zinsen und schließlich auf Geldbußen oder Zwangsgelder anzurechnen, wobei innerhalb der gleichen Schuldenart die einzelnen Schulden nach ihrer Fälligkeit, bei gleichzeitiger Fälligkeit anteilmäßig getilgt würden. Diesen Abrechnungsmodus habe die Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 17. Juni 1999 eingehalten. § 2 der BeitragszahlungsVO verstoße nicht gegen höherrangiges Recht. Die BeitragszahlungsVO sei aufgrund der Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 22. Februar 1996 durch die zweite Verordnung zur Änderung der Beitragsüberwachungsverordnung und der BeitragszahlungsVO vom 20. Mai 1997 an-

gepaßt worden. Eine Nichtigkeit der Bestimmung in dem vom Beklagten angenommenen Sinne sei danach nicht mehr gegeben. Mit Recht habe die Klägerin eingehende Zahlungen auch mit Beitragsrückständen für den Monat März 1995 verrechnet, in welchem der Beklagte noch nicht Geschäftsführer gewesen sei. Für eine abweichende stillschweigende Tilgungsbestimmung seien - mit Ausnahme der Gesamtsozialversicherungsbeiträge des Monats November 1995 - keine Anhaltspunkte ersichtlich. Das Konkursausfallgeld sei auf die Zahlungsverpflichtung des Beklagten nicht anzurechnen. Die Einrede der Verjährung habe keinen Erfolg, weil für den Verjährungsbeginn nicht nur auf die Kenntnis der Person des Ersatzpflichtigen, sondern auch des Schadens abzustellen sei. Diese Voraussetzungen seien erst erfüllt gewesen, nachdem der Antrag auf Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens über das Vermögen der GmbH mangels einer die Kosten des Verfahrens deckenden Masse abgewiesen worden sei. Die Beantragung des Mahnbescheides am 9. September 1998 mit Zahlung des erforderlichen Kostenvorschusses sei damit noch innerhalb der Verjährungsfrist erfolgt.

II.

Die Beurteilung des Berufungsgerichts hält den Angriffen der Revision nicht in allen Punkten stand.

1. Ohne Erfolg wendet sich die Revision allerdings gegen die Verrechnung der vom Beklagten veranlaßten Zahlungen auf Beitragsrückstände, die vor seiner Zeit als Geschäftsführer der GmbH entstanden waren. Das Berufungsgericht ist ohne Rechtsfehler davon ausgegangen, daß eine solche Verrechnung durch § 2 der Verordnung über die Zahlung, Weiterleitung, Abrech-

nung und Abstimmung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags (BeitragszahlungsVO) vom 22. Mai 1989 (BGBl. I 1989, 990 f) gedeckt war.

Danach konnte der Arbeitgeber oder ein sonstiger Zahlungspflichtiger, der Auslagen der Einzugsstelle, Gesamtsozialversicherungsbeiträge, Säumniszuschläge, Zinsen, Geldbußen oder Zwangsgelder schuldete, bei der Zahlung bestimmen, welche Schuld getilgt werden sollte; traf der Arbeitgeber keine Bestimmung, wurden die Schulden in der genannten Reihenfolge getilgt, und zwar innerhalb der gleichen Schuldenart nach ihrer Fälligkeit, bei gleichzeitiger Fälligkeit anteilmäßig. Schuldete im vorliegenden Fall die GmbH als Arbeitgeberin im Zeitpunkt der vom Beklagten als Geschäftsführer veranlaßten Zahlungen noch Gesamtsozialversicherungsbeiträge aus zurückliegenden Beitragsmonaten, so war die Klägerin mithin nach § 2 BeitragszahlungsVO berechtigt, innerhalb dieser Schuldenart einzelne Schulden nach ihrer Fälligkeit zu verrechnen, falls der Arbeitgeber keine abweichende Bestimmung traf.

Entgegen der Auffassung der Revision wird dadurch weder die Strafbarkeit des Beklagten als Geschäftsführer nach § 266 a StGB noch seine zivilrechtliche Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 266 a, 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB unzulässigerweise auf diese Rückstände ausgedehnt. Aus rechtlicher Sicht geht es nämlich um die Beiträge in den Monaten, in denen der Beklagte Geschäftsführer war. Die durch die BeitragszahlungsVO vorgeschriebene Verrechnungsreihenfolge hat nur faktisch zur Folge, daß Arbeitnehmerbeiträge aus der Zeit der Geschäftsführertätigkeit des Beklagten, für die er haftet und strafrechtlich verantwortlich gemacht werden kann, nicht getilgt worden sind, soweit Altverbindlichkeiten bestanden haben und keine abweichende Zahlungsbestimmung getroffen worden ist. Damit wird jedoch keine straf- oder

haftungsrechtliche Verantwortung für den vor seiner Geschäftsführertätigkeit liegenden Zeitraum geschaffen.

2. Die von der Klägerin vorgenommene Verrechnung auf rückständige Gesamtsozialversicherungsbeiträge scheidet auch nicht - wie die Revision meint - an einer Nichtigkeit der früheren Fassung des § 2 BeitragszahlungsVO. Zwar macht die Revision mit Recht geltend, daß die erst durch die Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 22. Februar 1996 (BSGE 78, 20) veranlaßte Neufassung der BeitragszahlungsVO vom 20. Mai 1997 (BGBl. I 1137) entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts keine Auswirkungen auf die Rechtslage zur Tatzeit haben konnte. Das wirkt sich jedoch im Streitfall nicht aus. Das Bundessozialgericht (aaO) hat nämlich § 2 BeitragszahlungsVO in der zur Tatzeit geltenden Fassung nicht insgesamt als nichtig erachtet, sondern nur insoweit, als der Arbeitgeber bei der Teilzahlung auf den Gesamtsozialversicherungsbeitrag nicht bestimmen durfte, daß innerhalb dieser Schuldenart zuerst die Arbeitnehmeranteile getilgt werden sollten. Während in jenem Fall der Beitragsschuldner seine Zahlungen ausdrücklich nur auf die Arbeitnehmeranteile erbringen wollte und dies von der Einzugsstelle unter Hinweis auf § 2 BeitragszahlungsVO a. F. nicht anerkannt worden war, fehlt es im vorliegenden Fall von vornherein an einer Zahlungsbestimmung, die mit der insoweit teilnichtigen Fassung des § 2 BeitragszahlungsVO in Widerspruch hätte stehen können.

Die Revision kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, daß der Beklagte durch die alte Fassung der BeitragszahlungsVO davon abgehalten worden sei, eine ausdrückliche Zweckbestimmung bei den von ihm veranlaßten Zahlungen der GmbH zu treffen, denn entsprechender Sachvortrag in den Tatsacheninstanzen wird nicht aufgezeigt. Deshalb bestand für das Berufungsge-

richt auch keine Veranlassung, auf die Teilnichtigkeit des § 2 BeitragszahlungsVO im Rahmen des § 139 ZPO hinzuweisen.

3. Das Berufungsgericht hat darüber hinaus rechts- und verfahrensfehlerfrei festgestellt, daß für die Beitragsmonate August, September, Oktober und Dezember 1995 auch keine stillschweigende Tilgungsbestimmung des Inhaltes getroffen worden sei, Zahlungen nur auf Arbeitnehmeranteile zu verrechnen. Entgegen der Ansicht der Revision kann nicht schon deshalb in jeder Teilzahlung der GmbH als des Sozialversicherungsbeitragsschuldners eine stillschweigende Tilgungsbestimmung hinsichtlich der Arbeitnehmeranteile gesehen werden, weil deren Nichtzahlung straf- und haftungsrechtliche Folgen für ihren Geschäftsführer haben könnte. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats kann eine stillschweigende Zahlungsbestimmung des Schuldners nur angenommen werden, wenn sie greifbar in Erscheinung getreten ist (vgl. Senatsurteile vom 29. Juni 1982 - VI ZR 177/80 - VersR 1982, 958, 959 m.w.N.; vom 4. Juli 1989 - VI ZR 23/89 - BGHR BGB § 823 Abs. 2 § 266 a Nr. 2 StGB; Urteil vom 14. November 2000 - VI ZR 149/99 - zur Veröffentlichung vorgesehen). Da dem von der Revision herangezogenen Sachvortrag des Beklagten keine dahingehenden Umstände zu entnehmen sind, ist das Berufungsgericht mit Recht davon ausgegangen, daß die vom Beklagten veranlaßten Teilzahlungen im Rahmen des § 2 BeitragszahlungsVO auf die Gesamtsozialversicherungsbeiträge - also auf die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberanteile - zu verrechnen waren.

4. Im Ergebnis mit Recht hat das Berufungsgericht schließlich die Verjährungseinrede des Beklagten nicht als durchgreifend erachtet. Der Anspruch auf Ersatz des aus einer unerlaubten Handlung entstandenen Schadens verjährt nach § 852 Abs. 1 BGB in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in welchem

der Verletzte von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt. Der Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 266 a Abs. 1, 14 Abs. 1 StGB wegen Nichtabführung der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung für den Monat August 1995 entstand mit dem Ablauf des 15. September 1995 als des Tages, an dem die Beiträge gemäß § 23 Abs. 1 Satz 2 SGB IV, § 179 AFG fällig waren (vgl. hierzu Senatsurteil vom 18. November 1997 - VI ZR 11/97 - VersR 1998, 468, 469 m.w.N.). Der Klägerin war der ihr dadurch entstandene Schaden zu diesem Zeitpunkt ebenso bekannt wie die Person des Schädigers. Die damit frühestens am 15. September 1998 ablaufende Verjährungsfrist wurde jedoch gemäß §§ 209 Abs. 2 Nr. 1 BGB, 693 Abs. 2 ZPO am 9. September 1998 mit Beantragung des am 6. Oktober 1998 erlassenen, am 8. Oktober 1998 zur Post gegebenen und am 19. Oktober 1998 "demnächst" zugestellten Mahnbescheides rechtzeitig unterbrochen. Dem steht nicht entgegen, daß die Mahnsache erst am 12. Januar 1999 an das Streitgericht abgegeben wurde. Auf den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit (§ 696 Abs. 3 ZPO) kommt es für die Frage der Unterbrechung der Verjährung nach § 209 Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht an (vgl. BGH, Urteil vom 8. Mai 1996 - XII ZR 8/95 - NJW 1996, 2152).

5. Die Revision hat indessen Erfolg, soweit sie die von der Klägerin vorgenommene und vom Berufungsgericht gebilligte Verrechnungsreihenfolge innerhalb des § 2 BeitragszahlungsVO angreift. Dessen Anwendung durch das Berufungsgericht ist nicht frei von Rechtsfehlern.

a) Durchgreifende rechtliche Bedenken gegen die Verrechnungsweise der Klägerin ergeben sich bereits daraus, daß diese die vom Beklagten veranlaßten Zahlungen der GmbH zunächst auf Mahn- und Pfändungsgebühren und erst danach mit den Gesamtsozialversicherungsbeiträgen verrechnet hat. Nach

der in § 2 Satz 1 BeitragszahlungsVO vorgegebenen Verrechnungsreihenfolge sind vor den Gesamtsozialversicherungsbeiträgen lediglich "Auslagen der Einzugsstelle" genannt, nicht jedoch Mahn- und Pfändungsgebühren. Letztere können nicht unter den Begriff der Auslagen subsumiert werden. Auslagen sind Kosten, welche die Behörde im jeweiligen Verwaltungsverfahren aufgewendet hat (vgl. Sadler, VwVG, 4. Aufl., § 19 Rdn. 6; v. Dreising, VerwKostenG, § 10 Erl. 1.1). Hierzu gehören beispielsweise Fernsprechgebühren, Postgebühren, Aufwendungen für weitere Ausfertigungen etc. (vgl. § 10 Abs. 1 VerwKostenG; § 344 Abs. 1 AO; § 14 VerwKostenG des Landes Sachsen-Anhalt). Hiervon zu unterscheiden sind Gebühren, die eine Vergütung für Verwaltungshandlungen darstellen (vgl. § 19 Abs. 1 Satz 1 VwVG; § 67 Abs. 1 Satz 1 VwVG des Landes Sachsen-Anhalt; § 10 Abs. 2 VerwKostenG; §§ 1 Abs. 1 Satz 1, 14 VerwKostenG des Landes Sachsen-Anhalt; Sadler, aaO, Rdn. 3; v. Dreising aaO, Erl. 2). Bei den von der Einzugsstelle im vorliegenden Fall erhobenen Mahn- und Pfändungsgebühren handelt es sich, wie sich bereits aus ihrer Bezeichnung ergibt, um Gebühren. Sie dienen nicht dem Ausgleich von der Einzugsstelle entstandenen konkreten Aufwendungen, sondern stellen ein Entgelt für die Verwaltungstätigkeit, nämlich die Beitreibung einer Geldforderung dar und können deshalb mit dem Begriff der Auslagen nicht gleichgestellt werden.

Auch eine entsprechende Anwendung des Begriffs der Auslagen im Sinne des § 2 Satz 1 BeitragszahlungsVO auf die von der Klägerin erhobenen Mahn- und Pfändungsgebühren scheidet aus. Zwar trifft diese Vorschrift für entstandene Gebühren keine ausdrückliche Tilgungsbestimmung. Der Begriff der Auslagen ist jedoch nach Sinn und Zweck dieser Bestimmung eng auszulegen. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll gewährleistet sein, daß die Einzugsstelle nicht mit Auslagen belastet bleibt und die am Gesamtsozialversicherungsbeitrag beteiligten Versicherungsträger im Interesse der Versicherten

vorrangig die Beiträge erhalten (BR-Druck. 170/89, S. 7 f). Dies schließt es aus, durch eine entsprechende Anwendung des Begriffes der Auslagen auf Mahn- und Vollstreckungsgebühren die auf Gesamtsozialversicherungsbeiträge zu verrechnenden Zahlungen weiter zu schmälern.

b) Auch im übrigen entspricht die vom Berufungsgericht gebilligte Abrechnung der Klägerin nicht der Regelung des § 2 BeitragszahlungsVO; denn danach kommt eine Verrechnung mit den in der Reihenfolge nach den Gesamtsozialversicherungsbeiträgen in § 2 BeitragszahlungsVO genannten Schuldenarten, insbesondere den Säumniszuschlägen, erst dann in Betracht, wenn die davor genannten Schuldenarten vollständig getilgt sind.

Nach § 2 Satz 2 BeitragszahlungsVO werden die Schulden - falls der Arbeitgeber keine abweichende Bestimmung trifft - in der in Satz 1 genannten Reihenfolge getilgt. Lediglich innerhalb der gleichen Schuldenart werden die einzelnen Schulden nach ihrer Fälligkeit, bei gleichzeitiger Fälligkeit anteilmäßig getilgt (§ 2 Satz 3 BeitragszahlungsVO). Daraus ergibt sich, daß die primäre Tilgungsreihenfolge sich nicht - wie vom Berufungsgericht angenommen - nach der zeitlichen Reihenfolge der Beitragsmonate, sondern nach der Reihenfolge der Schuldenarten richtet. Nachrangige Schuldenarten wie Säumniszuschläge können mithin - unabhängig von dem Zeitpunkt ihrer Fälligkeit - erst dann zur Tilgung gelangen, wenn alle vorrangigen Schuldenarten wie Auslagen und Gesamtsozialversicherungsbeiträge vollständig getilgt sind. Danach hätte die Klägerin beispielsweise die im Juni 1995 eingegangenen Zahlungen in Höhe von 45.000 DM nicht teilweise auf die Säumniszuschläge des Monats März verrechnen dürfen, denn zu diesem Zeitpunkt waren die Sozialversicherungsbeiträge der Monate März und April noch offen. Ebenso wurde die Zahlung vom 28. August 1995 auf Säumniszuschläge des Monats April 1995 ver-

rechnet, obwohl Sozialversicherungsbeiträge für April, Mai, Juni und Juli 1995 noch nicht getilgt waren. Entsprechend wurde mit weiteren Zahlungen verfahren. Damit erweist sich die Schadensberechnung der Klägerin, die sowohl das Landgericht als auch das Berufungsgericht übernommen haben, als unrichtig, so daß das Berufungsurteil insoweit keinen Bestand haben kann. Eine eigene Sachentscheidung nach § 565 Abs. 1 Satz 3 ZPO war dem Senat nicht möglich, da nicht auszuschließen ist, daß der Klägerin im Zusammenhang mit den geltend gemachten "Mahn- und Pfändungsgebühren" auch Auslagen entstanden sind, die vor den Gesamtsozialversicherungsbeiträgen verrechnet werden könnten.

6. Die Angriffe der Revision haben schließlich auch Erfolg, soweit das Berufungsgericht einen Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen den Beklagten wegen Nichtabführung der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung für den Monat Dezember 1995 in Höhe von 27.034,90 DM bejaht hat.

a) Aus Rechtsgründen nicht gefolgt werden kann allerdings der Auffassung der Revision, die Klägerin müsse sich die im Rahmen der Zahlung des Konkursausfallgeldes erfolgte Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge gemäß § 141 n AFG für den Monat Dezember 1995 schadensmindernd anrechnen lassen. Wie der Senat bereits in seiner Entscheidung vom 12. Februar 1985 (VI ZR 68/83 - VersR 1985, 590) ausgeführt hat, dient diese Erstattung nicht der Entlastung des Arbeitgebers oder seines Geschäftsführers. Dies ergibt sich auch aus § 141 n Abs. 2 AFG, der ausdrücklich den Fortbestand der Forderung erwähnt. Aufgrund der zwischenzeitlichen Änderung der Rechtslage fehlt es im Streitfall, anders als noch in dem der angeführten Senatsentscheidung zugrundeliegenden Fall, bereits an einem gesetzlichen Forderungsübergang, so daß es schon deshalb - entgegen der Befürchtung der Revision - zu

einer weiteren Inanspruchnahme des Beklagten für die auf den Monat Dezember 1995 entfallenden Arbeitnehmerbeiträge durch die Bundesanstalt für Arbeit nicht kommen kann.

b) Die Revision rügt jedoch hinsichtlich der Nichtabführung der Dezemberbeiträge zur Sozialversicherung mit Recht, daß das Berufungsgericht lediglich festgestellt hat, der Beklagte sei in der Zeit von August 1995 bis Dezember 1995 Geschäftsführer der GmbH gewesen. Mithin ist nicht festgestellt, daß der Beklagte auch im Januar 1996 noch Geschäftsführer der GmbH war. Dann aber fehlt es an einer tatsächlichen Grundlage, ihn als den gemäß §§ 266 a Abs. 1, 14 Abs. 1 StGB Verantwortlichen für die Abführung der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung für den Monat Dezember 1995 anzusehen, die erst am 15. Januar 1996 gemäß § 23 Abs. 1 Satz 2 SGB IV, § 179 AFG fällig wurden. Ein Vorenthalten im Sinne des § 266 a Abs. 1 StGB liegt nach der ständigen Rechtsprechung des Senats nur dann vor, wenn eine vom Arbeitgeber zu erbringende Beitragszahlung am Fälligkeitstag nicht gezahlt wird (vgl. hierzu Urteil vom 18. November 1997 - VI ZR 11/97 - VersR 1998, 468, 469 m.w.N.). Das Berufungsgericht wird mithin auch Feststellungen dazu nachzuholen haben, ob der Beklagte am 15. Januar 1996 noch Geschäftsführer der GmbH war.

Dr. Müller

Dr. Lepa

Dr. Greiner

Wellner

Diederichsen