
Datum: 08.04.1998
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 13. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 13 U 191/97
ECLI: ECLI:DE:OLGK:1998:0408.13U191.97.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 12 O 113/95

Tenor:

I. Auf die Berufung des Beklagten zu 1) wird das am 10. Dezember 1996 verkündete Schluß-Urteil des Landgerichts Aachen - 12 O 113/95 - teilweise abgeändert und wie folgt neu gefaßt: Der Beklagte zu 1) wird verurteilt, an die Klägerin 17.426,21 DM nebst 4 % Zinsen aus 9.625,56 DM seit dem 16. November 1993 und aus 7.800,65 DM seit dem 17. September 1994 zu zahlen. Im übrigen wird die Klage gegen den Beklagten zu 1) abgewiesen. Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen. II. 1. Die Kosten des ersten Rechtszuges tragen die Parteien wie folgt: Von den Gerichtskosten tragen die Klägerin 67 %, der Beklagte zu 1) 27 % und der Beklagte zu 2) 6 %. Von den außergerichtlichen Kosten der Klägerin trägt der Beklagte zu 1) 27 % und der Beklagte zu 2) 6 %. Von den außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 1) trägt die Klägerin 74 %. Im übrigen tragen die Parteien ihre außergerichtlichen Kosten selbst. 2. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Klägerin zu 71 % und der Beklagte zu 1) zu 29 %. III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 25.000,- DM, der Beklagte zu 1) darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 8.000,- DM abwenden, wenn nicht die jeweils andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in entsprechender Höhe erbringt. Beiden Parteien bleibt vorbehalten, die erforderliche Sicherheit auch in Form einer selbstschuldnerischen Bürgschaft einer als Zoll- und Steuerbürge zugelassenen Bank oder Sparkasse zu erbringen. IV. Die Revision wird in dem in den Entscheidungsgründen näher dargelegten Umfang zugelassen.

Tatbestand:	1
Die Klägerin führt den Rechtsstreit wegen nicht abgeführter Sozialversicherungsbeiträge für Arbeitnehmer der ..-Bau GmbH.	2
Die Beklagten zu 1) und 2) waren aufgrund Gesellschaftsvertrages vom 13.8.1991 Gesellschafter der ..-Bau GmbH in H.. Nach § 3 des Gesellschaftsvertrages übernahmen die Beklagten auf das Stammkapital der Gesellschaft von 50.000,- DM je eine Stammeinlage von 25.000,- DM. Alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der GmbH war der Beklagte zu 1).	3
Am 5.8.1993 beantragte der Beklagte zu 1) die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der ..-Bau GmbH wegen Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung. Mit Beschluß vom 16.8.1993 - 6 N 38/93 AG Geilenkirchen - (Bl. 7 f. der Beiakten) wurde die Sequestration des Vermögens der GmbH angeordnet, ein Verfügungsverbot verhängt und ein Sequester bestellt. Der Antrag auf Konkurseröffnung wurde mit Beschluß des Konkursgerichts vom 29.10.1993 (Bl. 32 f. der Beiakten) mangels Masse zurückgewiesen. Am 15.12.1993 erfolgte die Eintragung der Auflösung der ..-Bau GmbH im Handelsregister.	4
Mit Pfändungs- und Überweisungsverfügungen vom 4.8.1994 (Bl. 15, 16 d.A.), die den Beklagten zu 1) und 2) als Drittschuldnern jeweils am 6.8.1994 zugestellt wurden (Bl. 17, 18 d.A.), pfändete die Klägerin wegen rückständiger Gesamtsozialversicherungsbeiträge der ..-Bau GmbH in Höhe von 61.147,62 DM deren angebliche Ansprüche gegen die beiden Beklagten auf Einzahlung bisher nicht erbrachten Stammkapitals und alle sich aus der nicht vollständigen Einzahlung des Stammkapitals ergebenden Schadensersatz- oder sonstigen Ansprüche. Mit Schreiben vom 22.8.1994 forderte die Klägerin die Beklagten vergeblich auf, einen Betrag von 25.000,- DM bis zum 16.9.1994 an sie zu überweisen.	5
Gegen den Beklagten zu 1) erging in dem gegen ihn geführten Strafverfahren - 31 Js 1666/93 StA Aachen - am 3.12.1994 ein seit dem 22.12.1994 rechtskräftiger Strafbefehl des Amtsgerichts Heinsberg, mit dem ihm zur Last gelegt wurde, als Geschäftsführer der ..-Bau GmbH für die in diesem Unternehmen tätigen Arbeitnehmer die fälligen Sozialversicherungsbeiträge von 1.810,80 DM für April 1992, 3.202,25 DM für Mai 1992 und 4.612,51 DM für Juni 1993 nicht abgeführt und sich daher nach §§ 266 a, 53 StGB strafbar gemacht zu haben.	6
Mit der gegen beide Beklagten erhobenen und diesen am 25.3.1995 zugestellten Klage hat die Klägerin zunächst die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von jeweils 12.500,- DM nebst 4 % Zinsen seit dem 17.9.1994 sowie darüber hinaus die Verurteilung des Beklagten zu 1) zur Zahlung von 59.926,02 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 16.11.1993 verlangt.	7
Die Klägerin hat sich in Hinblick auf die beiden Pfändungs- und Überweisungsverfügungen vom 4.8.1994 für berechtigt gehalten, von den Gesellschaftern in die ..-Bau GmbH nicht eingebrachtes Stammkapital zu fordern. Sie hat in diesem Zusammenhang behauptet, die Beklagten seien beide ihrer aus dem Gesellschaftsvertrag resultierenden Pflicht zur Einzahlung von Stammeinlagen von je 25.000,- DM nur zur Hälfte nachgekommen.	8
Die Klägerin hat ferner die Ansicht vertreten, daß der Beklagte zu 1) als Geschäftsführer der ..-Bau GmbH für die in der Zeit vom 1.1.1992 bis 22.10.1993 nicht abgeführten Gesamtsozialversicherungsbeiträge gemäß § 823 Abs.2 BGB i.V.m. § 266 a StGB und § 64 Abs.1 GmbHG persönlich einzustehen habe. Die Höhe des Beitragsrückstandes hat die	9

Klägerin auf 59.926,02 DM beziffert. Wegen der Einzelheiten wird auf die Zusammenfassung Seite 6 und 7 der Klageschrift vom 13.3.1995 (= Bl. 6 und 7 d.A.) in Verbindung mit der zu den Gerichtsakten (Bl. 12 d.A.) gereichten Aufstellung Bezug genommen.	
Die Klägerin hat behauptet, auch nach Stellung des Konkursantrages habe die GmbH bis zum Abschluß des Konkursverfahrens im November 1993 noch Arbeitnehmer ohne Lohnbezug beschäftigt.	10
Die tatsächliche Konkursreife der GmbH habe bereits zu Jahresbeginn 1993 vorgelegen. Der Beklagte zu 1) hätte daher spätestens im Januar/Februar 1993 den Konkursantrag stellen müssen, um seinen Geschäftsführerpflichten zur rechtzeitigen und ordnungsgemäßen Abwicklung einer überschuldeten Gesellschaft nachzukommen. Dann wäre es zu den Forderungsausfällen der Klägerin nicht gekommen.	11
Auf Antrag der Klägerin hat das Landgericht den Beklagten zu 2) durch das im schriftlichen Vorverfahren erlassene Teilversäumnisurteil vom 4.5.1995 (Bl. 39, 44/45 d.A.) zur Zahlung von 12.500,- DM nebst 4 % Zinsen seit dem 17.9.1994 an die Klägerin verurteilt. Einspruch ist hiergegen nicht eingelegt worden.	12
Mit am 13.6.1995 und am 14.6.1995 beim Landgericht eingegangenen Schriftsatz vom 13.6.1995 hat die Klägerin ihre Klage teilweise zurückgenommen nunmehr beantragt,	13
	14
den Beklagten zu 1) zu verurteilen, an sie 59.926,02 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 16.11.1993 zu zahlen.	15
Der Beklagte zu 1) hat beantragt,	16
	17
die Klage abzuweisen.	18
Er hat behauptet, mit der ..-Bau GmbH seinerzeit vereinbart zu haben, daß ihm zustehende fällige Ansprüche auf Zahlung seiner Geschäftsführervergütung und auf Mietzahlungen für Büroräume der GmbH, Ansprüche auf Reisekostenvergütung und aus der Ablösung eines Darlehns bei der F. Kreditbank mit der Forderung der GmbH auf Zahlung der restlichen Stammeinlage verrechnet werden sollten. Auf diese Weise sei die Stammeinlage von ihm vollständig erbracht worden.	19
Die GmbH habe nach Stellung des Konkursantrages keine Arbeitnehmer mehr beschäftigt.	20
Bis unmittelbar vor Konkursantragstellung sei die GmbH noch zahlungsfähig und nicht überschuldet gewesen.	21
Das Landgericht hat aufgrund des Beweisbeschlusses vom 20.9.1995 (Bl. 89 d.A.) Beweis durch Vernehmung der Zeugen G. L., H. E., J. K., Dr. R. W. und H. M. erhoben. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 23.11.1995 (Bl. 105 ff. d.A.) verwiesen.	22
Mit dem am 10.Dezember 1996 verkündeten (Bl. 203 d.A.) und dem Beklagten zu 1) am 6.1.1997 zugestellten (Bl. 234 d.A.) Schluß-Urteil hat das Landgericht die zuletzt noch im Streit befindliche Klageforderung gegen den Beklagten zu 1) in Höhe von 59.926,02 DM	23

nebst 4 % Zinsen aus 52.125,37 DM seit dem 16.11.1993 und aus 7.800,65 DM seit dem 17.9.1994 zugesprochen und die weitergehende Klage gegen den Beklagten zu 1) abgewiesen. Wegen der Einzelheiten dieser Entscheidung wird auf den Inhalt des Urteils (Bl. 204 ff. d.A.) Bezug genommen.

Gegen dieses Urteil hat der Beklagte zu 1) am 5.2.1997 Berufung (Bl. 242 d.A.) eingelegt. Er hat sein Rechtsmittel mit der am 7.5.1997 eingegangenen Berufungsschrift (Bl. 253 ff. d.A.) begründet, nachdem zuvor auf jeweils fristgemäß gestellten Antrag (Bl. 245, 249 d.A.) die Frist zur Begründung der Berufung zuletzt bis zum 7.5.1997 einschließlich verlängert worden war (Bl. 246, 251 d. A.). 24

Der Beklagte zu 1) wiederholt sein erstinstanzliches Vorbringen, das er vertieft und ergänzt. Insbesondere behauptet er, die ..-Bau GmbH habe bis einschließlich Mai 1993 alle Sozialversicherungsbeiträge, die fällig gewesen seien, abgeführt. Nach den eigenen Berechnungen der Klägerin habe ein Beitragsrückstand bis zum 30.6.1993 nicht bestanden. Die Nachzahlungen seien im Juni 1993 nicht fällig gewesen. Bei der durch den Zeugen H. E. für die Klägerin erfolgten Prüfung im Jahre 1994 habe der Zeuge erklärt, daß aufgrund eines Programmfehlers auf Seiten der Klägerin für die Monate April und Mai 1992 die Sozialversicherungsbeiträge für ausländische Arbeitnehmer unrichtig errechnet worden seien; den Beklagten zu 1) treffe daran keine Schuld. 25

Es fehle ohnehin beklagtenseits an einem schuldhaften Verhalten hinsichtlich der Nichtabführung von Arbeitnehmerbeiträgen. Deren Berechnung habe nicht dem Beklagten zu 1) obliegen, damit sei vielmehr die Zeugin B. D. befaßt gewesen. Er habe auf die Richtigkeit ihrer Arbeiten vertraut. Während ihrer Tätigkeit habe es niemals Anlaß zu Beanstandungen gegeben. 26

Die Abführung der Arbeitnehmerbeiträge für Juni 1993 sei im Zuge von Bemühungen des Beklagten zu 1) für die ..-Bau GmbH, erhebliche Zahlungsrückstände ihres Hauptsubunternehmers, der Firma Th., einzutreiben und eine Stundung beim Finanzamt zu erreichen, in Vergessenheit geraten. 27

Außerdem greift der Beklagte zu 1) das Urteil des Landgerichts insoweit an, als der Klägerin ein Schadensersatzanspruch in Höhe von 42.499,81 DM wegen nicht abgeführter Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteile für die Zeit ab Juli 1993 aus §§ 823 Abs.2 BGB i.V.m. § 64 GmbHG zugesprochen worden ist. Nach Ansicht des Beklagten zu 1) sei die Klägerin insoweit nicht als Neugläubigerin zu behandeln. Deswegen komme allenfalls der Ersatz ihres sog. Quotenschadens in Betracht, den sie aber - was unstreitig ist - auch nicht hilfsweise geltend macht. Zudem fehle es an weiteren Voraussetzungen für eine Haftung des Beklagten zu 1) in Hinblick auf § 64 GmbHG. 28

Schließlich steht der Klägerin nach Auffassung des Beklagten zu 1) auch kein Anspruch auf die im angefochtenen Urteil zuerkannten 7.800,65 DM aufgrund der ausgebrachten Pfändungs- und Überweisungsverfügung zu. Zum einen gebe es keine Forderungen der Klägerin gegen die ..-Bau GmbH. Zum anderen sei er mit seiner Stammeinlageverpflichtung nicht in Rückstand. Die Aufrechnung sei nicht gemäß § 19 Abs.2 S.2 GmbHG unzulässig. Hierzu behauptet der Beklagte zu 1), daß ihm gegenüber die Aufrechnung durch die ..-Bau GmbH aufgrund Beschlußfassung in einer Gesellschafterversammlung unter Mitwirkung beider Beklagten als Gesellschafter erklärt worden sei. 29

Der Beklagte zu 1) beantragt, 30

das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen sowie ihm zu gestatten, eine Sicherheit auch durch Bürgschaft einer deutschen Großbank, Genossenschaftsbank oder öffentlichen Sparkasse zu erbringen.	32
Die Klägerin beantragt,	33
	34
die Berufung zurückzuweisen und ihr hilfsweise zu gestatten, Sicherheit durch selbstschuldnerische Bürgschaft einer deutschen Großbank oder öffentlichen Sparkasse zu erbringen.	35
Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend, nimmt Bezug auf ihren erstinstanzlichen Sachvortrag und tritt den Ausführungen des Beklagten zu 1) zur Rechtfertigung seiner Berufung entgegen. Sie ist insbesondere der Auffassung, daß der Beklagte zu 1) ihr nach	36
§ 823 Abs.2 BGB i.V.m. § 64 GmbHG für die nicht gezahlten Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge für die Monate Juli bis Oktober 1993 und die nicht gezahlten Arbeitgeberbeiträge für Juni 1993 persönlich auf den vollen Schaden und nicht nur auf den Quotenschaden hafte, da sie insoweit als Neugläubigerin anzusehen sei. Für den Fall, daß der Senat anderer Ansicht sein sollte, regt sie die Zulassung der Revision an.	37
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den vorgetragenen Inhalt der zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	38
Die Akten 12 OH 13/93 LG Aachen, 6 N 38/93 AG Geilenkirchen und 31 Js 1666/93 StA Aachen haben dem Senat vorgelegen und sind zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung im Berufungsverfahren gemacht worden.	39
E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :	40
Die zulässige Berufung des Beklagten zu 1) ist überwiegend begründet, im übrigen hat sein Rechtsmittel keinen Erfolg.	41
I.	42
1. Die Klägerin ist gemäß §§ 823 Abs.2 BGB i.V.m. §§ 266 a Abs.1, 14 Abs.1 StGB berechtigt, von dem Beklagten zu 1) Schadensersatz für die von der ...-Bau GmbH nicht abgeführten Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung für die Monate April und Mai 1992 und Juni 1993 in Höhe von insgesamt 9.625,56 DM zu verlangen, so daß insoweit die Berufung des Beklagten zu 1) unbegründet ist.	43
Die Klägerin ist zuständige Einzugsstelle für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag (§§ 28 h Abs.1, 28 i Abs.1 SGB IV). Sie hat nicht nur einen Zahlungsanspruch in Hinblick auf die fälligen Sozialversicherungsbeiträge, sondern ist über § 823 Abs.2 BGB bei Verstoß gegen ein Schutzgesetz auch befugt, Schadensersatz zu verlangen (vgl. etwa BGH GmbHR 1997, 25 ff. 25 m.w.N.).	44
§ 266 a Abs.1 StGB ist Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs.2 BGB (BGH GmbHR 1997, 25 ff. 26 m.w.N.). Durch diese Strafvorschrift wird das rechtswidrige und schuldhaft	45

Vorenthalten von **Arbeitnehmerbeiträgen** zur Sozialversicherung unter Strafe gestellt (vgl. Schönke/Schröder, StGB, 25.Auflage, § 266 a Rdnr.4; Tröndle, StGB, 48.Auflage, § 266 a, Rdnr.9; dazu auch Pape, WiB 1996, 829 ff. 833 = Bl. 201 d.A.).

- Die sozialversicherungsrechtliche (§ 28 e SGB IV), strafrechtliche und damit haftungsrechtliche Verantwortung für das rechtzeitige Abführen der Sozialversicherungsbeiträge von Arbeitnehmern trifft grundsätzlich den Arbeitgeber, hier die ..-Bau GmbH. Da juristische Personen jedoch nicht selbst, sondern nur durch ihre Vertreter handeln können, oblag die Pflicht zur Abführung dieser Beiträge dem Beklagten zu 1) als dem zur maßgeblichen Zeit alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer der GmbH. Zu den Aufgaben eines Geschäftsführers einer GmbH gehört es, dafür Sorge zu tragen, daß sich die Gesellschaft nach außen rechtmäßig verhält und insbesondere die ihr auferlegten öffentlich-rechtlichen Pflichten erfüllt. Zu diesen Pflichten gehört auch die Abführung der Arbeitnehmeranteile der Sozialversicherungsbeiträge. 46
- Demgegenüber obliegen dem Geschäftsführer keine Amtspflichten gegenüber dem Sozialversicherungsträger, die ihn anhalten, dafür zu sorgen, daß die Gesellschaft den Arbeitgeberanteil zahlt. Aus diesem Grund haftet er diesbezüglich selbst dann nicht persönlich nach § 823 Abs.2 BGB, wenn er bewußt diesen Anteil nicht abführt (vgl. Scholz, GmbHG, 8.Auflage, § 43 Rdnr. 255 k, m.w.N.). 47
- Kommt der Geschäftsführer hingegen seiner Pflicht, die Arbeitnehmeranteile der Sozialversicherungsbeiträge abzuführen, nicht nach, ist er persönlich dafür gemäß §§ 266 a, 14 Abs.1 Nr.1 StGB strafrechtlich und haftungsrechtlich verantwortlich (vgl. BGH GmbHR 1997, 25 ff. 26; Scholz, a.a.O., § 43 Rdnr.255 i, 255 l). 48
- Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung werden dann i.S. des § 266 a Abs.1 StGB vorenthalten, wenn sie bei Fälligkeit nicht an die zuständige Einzugsstelle abgeführt werden. Hier waren die Arbeitnehmeranteile der monatlichen Lohnzahlungen jeweils bis zum 15. des jeweiligen Folgemonats fällig. Davon gehen beide Parteien übereinstimmend aus. 49
- Es besteht kein Zweifel, daß Arbeitnehmeranteile für April 1992 in Höhe von 1.810,80 DM, für Mai 1992 in Höhe von 3.202,25 DM und für Juni 1993 in Höhe von 4.612,51 DM, insgesamt also 9.625,56 DM nicht abgeführt worden sind. Für Juni 1993 bestreitet der Beklagte zu 1) diesen Umstand nicht. Aber auch seine Einlassung zu den Fehlbeträgen für die Monate April und Mai 1992 stellt ein erhebliches Bestreiten, das zu Beweiserhebungen Anlaß geben könnte, nicht dar. Der Beklagte zu 1) behauptet nämlich selbst im zweiten Rechtszug nicht etwa, daß die im Schreiben der Klägerin vom 28.9.1994 (Bl. 22 f. der Akten 31 Js 1666/93 StA Aachen) erwähnten Arbeitnehmeranteile für die ausländischen Arbeitnehmer M. G., R. van der V., H. van der V., T. van V. und G. van der V. von 1.810,80 DM für April 1992 und von 3.202,25 DM für Mai 1992 tatsächlich abgeführt worden seien. Schon in dem Strafverfahren 31 Js 1666/93 StA Aachen hat der Beklagte zu 1) solches nicht eingewandt, sondern den gegen ihn ergangenen Strafbefehl vom 3.12.1994 des Amtsgerichts Heinsberg, der gerade die Nichtabführung dieser Arbeitnehmeranteile zum Gegenstand hatte, rechtskräftig werden lassen. 50
- Das Vorenthalten der Arbeitnehmerbeiträge durch den Beklagten zu 1) geschah schuldhaft. 51
- Ohne Erfolg wendet der Beklagte zu 1) ein, mit der Errechnung der Arbeitnehmerbeiträge und der gesamten Lohnabrechnung sei in der GmbH nicht er, sondern die Betriebswirtin B. D., befaßt gewesen; er habe auf die Richtigkeit ihrer Arbeiten vertraut; es habe während der gesamten Dauer ihrer Tätigkeit niemals Anlaß zu Beanstandungen gegeben; die Abführung 52

der Beiträge für Juni 1993 sei im übrigen wegen der Probleme um den an das Finanzamt gerichteten Stundungsantrag und im Zuge der Bemühungen um die Eintreibung von Außenständen der GmbH "in Vergessenheit" geraten.

Der GmbH-Geschäftsführer kann sich weder durch Zuständigkeitsverteilungen innerhalb der Geschäftsleitung noch durch Delegation besonderer Aufgaben auf Personen außerhalb der Geschäftsleitung seiner Pflichten zur Abführung der Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung gänzlich entledigen (vgl. BGH GmbHR 1997, 25 ff. und 305 ff.). Allerdings können interne Zuständigkeitsregelungen zu einer Beschränkung der straf- und haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit führen. Der Geschäftsführer braucht die in sein Ressort fallenden Aufgaben nicht in eigener Person zu erledigen, sondern kann sie auf andere Personen delegieren. Kraft seiner Organisationsgewalt muß er dann aber sicherstellen, daß die der Gesellschaft obliegenden Aufgaben durch die damit beauftragten Arbeitnehmer auch tatsächlich erfüllt werden. Bei ordnungsgemäßer Organisation wird er sich im allgemeinen auf die Erledigung durch die dazu berufenen Personen verlassen können, solange zu Zweifeln kein Anlaß besteht. Jedoch trifft ihn auch insoweit eine Überwachungspflicht, die ihn zum Eingreifen verpflichten kann (zu allem BGH GmbHR 1997, 25 ff. 26/27 und 305 ff. 307). 53

Der Beklagte zu 1) hat weder dargetan, wann die Zeugin Diederer die Aufgabe zur Abführung der Sozialversicherungsbeiträge übernommen und wie lange sie diese Aufgabe in der Folgezeit bis April/Mai 1992 beanstandungslos ausgeführt haben soll. Hinzu kommt, daß die Nichtabführung der Arbeitnehmeranteile für mehrere Arbeitnehmer über zumindest zwei Monate gerade gegen eine ordnungsgemäße Organisation spricht, jedenfalls aber auf eine unzureichende bzw. fehlende Überwachung schließen läßt. Das Nichtabführen von Sozialversicherungsbeiträgen für bestimmte Arbeitnehmer der ...-Bau GmbH für die Monate April und Mai 1992 hat auch nichts mit "Programmfehlern" auf Seiten der Klägerin zu tun. Allenfalls liegt darin der Grund, daß der Rückstand erst im Rahmen der im Jahre 1994 durch die Klägerin erfolgte Betriebsprüfung aufgefallen ist. 54

Der Vortrag des Beklagten zu 1) zur "versehentlichen" Nichtabführung der Arbeitnehmeranteile für Juni 1993 spricht zusätzlich gegen eine ausreichende innerbetriebliche Organisation und für eine nicht hinreichend erfolgte Überwachung. Außerdem ist hier zu beachten, daß den Geschäftsführer eine Überwachungspflicht insbesondere dann trifft, wenn finanzielle Krisensituationen der Gesellschaft vorliegen, in denen die laufende Erfüllung der Verbindlichkeiten nicht mehr gewährleistet erscheint. Vor allem bei der Abführung von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung müssen die Anforderungen an die Pflicht des Geschäftsführers zum Eingreifen besonders streng sein, da es sich bei den Beitragsanteilen um Gelder handelt, die nicht zur freien Verfügung des Arbeitgebers, sondern seiner Pflicht zur pünktlichen Abführung unterliegen (vgl. BGH GmbHR 1997, 25 ff. 27 m.w.N.). Die vom Beklagten zu 1) geschilderte Situation im Juni/Juli 1993 war eine solche finanzielle Krisensituation, in der es für den Beklagten zu 1) galt, auf die Abführung der Arbeitnehmeranteile an die Klägerin in besonderem Maße zu achten. Statt dessen hat er sie "in Vergessenheit" geraten lassen. 55

2. Der Beklagte zu 1) haftet der Klägerin aus §§ 823 Abs.2 BGB i.V.m. § 266 a Abs.1, 14 Abs.1 StGB darüber hinaus nicht auch für nicht abgeführte Arbeitnehmeranteile für Juli bis Oktober 1993. 56

Ein strafbares und damit haftungsrechtlich relevantes Unterlassen fällt dem Geschäftsführer nämlich dann nicht zur Last, wenn die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge im Zeitpunkt der Fälligkeit wegen Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder aus anderen 57

Gründen tatsächlich unmöglich gewesen ist. Denn die Unmöglichkeit normgemäßen Handelns läßt die Tatbestandsmäßigkeit bei Unterlassungsdelikten entfallen. Auch bei § 266 a StGB ist die tatsächliche Möglichkeit zur Erfüllung der dem Arbeitgeber obliegenden Pflicht tatbestandliche Voraussetzung (BGH GmbHR 1997, 25 ff. 27, m.w.N.).

Für die nach dem 16.8.1993 fällig gewordenen Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung, also für die am 15. des Folgemonats fällig gewordenen Beiträge für August, September und Oktober 1993 kommt eine Tatbestandsverwirklichung des § 266 a Abs.1 StGB durch den Beklagten zu 1) schon deswegen nicht in Betracht, weil ihm mit dem am 16.8.1993 ergangenen Beschluß in der Konkursache 6 N 38/93 AG Geilenkirchen (Bl.7 dieser Beiakte) und der darin getroffenen Anordnung der Sequestration der "Schuldnerin", also der KS-Bau GmbH, gleichzeitig jede Verfügung über das Gesellschaftsvermögen untersagt worden war. Diese Rechtsfolge hat übrigens die Klägerin gemäß ihrem Schreiben vom 28.9.1994 (Bl. 22 der Strafakten) selbst so gesehen. 58

Am 15.8.1993, dem Zeitpunkt der Fälligkeit der Arbeitnehmerbeiträge für den Monat Juli 1993 bestand zwar das Verfügungsverbot noch nicht, allerdings war die ..-Bau GmbH zu dieser Zeit bereits zahlungsunfähig. Der Beklagte zu 1) hatte unter dem 5.8.1993 die Zahlungsunfähigkeit der GmbH gegenüber dem Konkursgericht angezeigt und die Eröffnung des Konkursverfahrens beantragt. In dem Beschluß vom 29.10.1993 - 6 N 38/93 AG Geilenkirchen - ist die Zahlungsunfähigkeit der GmbH durch das Konkursgericht bestätigt und die Eröffnung des Konkursverfahrens sogar mangels Masse abgelehnt worden. 59

II. 60

Entgegen der - auch von der Klägerin geteilten - Auffassung des Landgerichts hält der Senat einen Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen den Beklagten zu 1) gemäß § 823 Abs.2 BGB i.V.m. § 64 GmbHG in Höhe von 42.499,81 DM (das ist die Summe der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberanteile für die Monate Juli bis Oktober 1993 und der Arbeitgeberanteile für Juni 1993) nicht für gegeben, so daß insoweit das Rechtsmittel des Beklagten zu 1) begründet ist. 61

Nach § 64 Abs.1 GmbHG hat der Geschäftsführer die Eröffnung des Konkursverfahrens bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung unverzüglich zu beantragen. Die Vorschrift ist Schutzgesetz i.S. von § 823 Abs.2 BGB zugunsten aller Gläubiger (vgl. Baumbach/Hueck, GmbHG, 16.Aufl., § 64 Rdnr. 24 m.w.N.). Unter den Schutz des § 64 Abs.1 GmbHG fallen sowohl die Gläubiger der Forderungen, die bereits vor Konkursreife entstanden sind (Altgläubiger), als auch diejenigen, die erst nach Konkursreife Gläubiger der GmbH geworden sind (Neugläubiger) (vgl. Baumbach/Hueck, a.a.O., § 64 Rdnr. 24, m.w.N.). Ob hier ein schuldhafter Verstoß des Beklagten zu 1) gegen § 64 Abs.1 GmbHG anzunehmen ist, kann dahingestellt bleiben. Denn die Klägerin hat keinen Anspruch auf den von ihr begehrten (vollen) Schadensersatz für den Ausfall der betreffenden Sozialversicherungsbeiträge. Einen evtl. Quotenschaden - das ist der Betrag, um den sich die Konkursquote, die der Gläubiger bei rechtzeitiger Konkursanmeldung erhalten hätte, durch die Verzögerung der Antragstellung verringert hat - macht sie nicht, auch nicht hilfsweise, geltend. 62

Zwar unterscheidet der Bundesgerichtshof - abweichend von der früher herrschenden Meinung - seit dem Urteil vom 6.6.1994, abgedruckt in NJW 1994, 2220 ff. (ebenso in BGH NJW-RR 1995, 398 f.), bezüglich der Höhe des Schadensersatzanspruchs nach § 823 Abs.2 BGB i.V.m. § 64 Abs.1 GmbHG bei Gläubigern mit vertraglich begründeten Ansprüchen zwischen solchen, die bis zum Zeitpunkt der Konkursreife Gläubigerstellung erlangt haben (Altgläubiger), und solchen, die danach bis zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung Gläubiger 63

der GmbH geworden sind (Neugläubiger). Für Altgläubiger besteht der nach §§ 823 Abs.2 BGB i.V.m. § 64 Abs.1 GmbHG zu ersetzende Schaden im sog. Quotenschaden. Den vertraglichen Neugläubigern ist dagegen der Schaden zu ersetzen, den sie durch das Unterlassen des Konkursantrages erlitten haben, d.h. das negative Interesse; sie können verlangen, so gestellt zu werden, als hätten sie das Geschäft nicht mit der überschuldeten Gesellschaft abgeschlossen (Uhlenbruck spricht insoweit vom "Kontrahierungsschaden", vgl. GmbHR 1997, R225).

Diese Rechtsprechung beruht darauf, daß der Normzweck der Konkursantragspflicht nicht allein darin gesehen wird, durch den Konkurs den Gläubigern das im Augenblick der Insolvenz noch vorhandene Restvermögen des Schuldners, also der GmbH, zur gleichmäßigen Befriedigung zu sichern, sondern daß der Normzweck auch darin gesehen wird, die konkursreife GmbH vom Geschäftsverkehr fernzuhalten, damit durch ihr weiteres Auftreten keine Gläubiger geschädigt werden (vgl. BGH NJW 1994, 220 ff. 2223/224). Wird diese Schutzfunktion des Konkurses vorsätzlich oder fahrlässig verletzt, muß den betroffenen Gläubigern auf das voll negative Interesse gehaftet werden. Wären sie nämlich durch den Konkurs gewarnt worden, hätten sie mit der Gesellschaft selbstverständlich nicht kontrahiert (vgl. hierzu auch Lutter, GmbHR 1997, 329 ff. 332; OLGR Köln 1998, 12 ff. 13).

64

Auf die Klägerin sind diese Grundsätze zur individuellen Ausfallhaftung nach Ansicht des Senats nicht anwendbar.

65

In dem Aufsatz "Haftungsrisiken des Geschäftsführers einer GmbH" in GmbHR 1997, 329 ff. 333 weist Lutter zutreffend darauf hin, daß der individuelle Schadensersatzanspruch des Neugläubigers gegen den Geschäftsführer auf das negative Interesse nur für vertragliche und vertragsähnliche Ansprüche gelte. Denn, so Lutter, nur dann hätte der geschädigte Gläubiger bei rechtzeitiger Konkursantragstellung vom Vertrag Abstand nehmen können. Dem Gläubiger eines deliktischen Anspruchs will er daher grundsätzlich den individuellen Schadensersatzanspruch versagen. Denn deliktische Ansprüche entstehen unabhängig vom Willen des Geschädigten, der also insbesondere keinen Einfluß auf den Zeitpunkt der Entstehung habe (so auch Baumbach/Hueck, a.a.O., § 64 Rdnr. 26).

66

Aus den vorstehenden Erwägungen verneint auch der Senat vorliegend die Klägerin einen Anspruch der Klägerin auf individuellen Schadensersatz.

67

Die Privilegierung des vertraglichen bzw. vertragsähnlichen Neugläubigers im Fall einer Konkursverschleppung hat ihre Berechtigung nach Ansicht des Senats nur in Hinblick darauf, daß der Gläubiger anderenfalls, also bei rechtzeitiger Konkursantragstellung nicht mehr kontrahiert hätte. Demgegenüber entsteht der Anspruch der Klägerin nach den Vorschriften des SGB IV von Gesetzes wegen und ist nur von dem - von dem Willen des Sozialversicherungsträgers nicht zu beeinflussenden - Bestehen/Fortbestehen eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses abhängig. Die Konkursantragstellung hat hierauf unmittelbar keinen Einfluß. Es kann daher auch nicht davon ausgegangen werden, daß bei früherer Konkursantragstellung Ansprüche der Klägerin nach den Vorschriften des SGB IV nicht mehr entstanden wären. Unter diesen Umständen sieht der Senat keine vom Normzweck des § 64 Abs. 1 GmbHG gedeckte Berechtigung, die Klägerin im vorliegenden Falle anders zu behandeln als die Altgläubiger, die auf den Ersatz ihres Quotenschadens beschränkt sind. Einen Quotenschaden macht die Klägerin jedoch ausdrücklich nicht geltend.

68

Wegen der vorstehenden, in der höchstrichterlichen Rechtsprechung - soweit ersichtlich - noch nicht entschiedenen Rechtsfrage, die grundsätzliche Bedeutung hat, wird die Revision

69

gegen das diesen Klageanspruch abweisende Urteil des Senates gemäß § 546 Abs.1 Nr.1 ZPO entsprechend der Anregung der Klägerin zugelassen.

III. 70

Schließlich hat die Berufung des Beklagten zu 1) insoweit keinen Erfolg, als sie sich gegen die der Klägerin aus gepfändetem und ihr überwiesenem Recht der ..-Bau GmbH zuerkannte Forderung in Höhe von 7.800,65 DM wendet. 71

Die Klägerin ist aktivlegitimiert, denn sie hat den Anspruch der ..-Bau GmbH gegen den Beklagten zu 1) auf Leistung der Stammeinlage in Höhe von noch 12.500,- DM mit Pfändungs- und Überweisungsverfügung vom 4.8.1994 (Bl. 15 d.A.) wegen der streitgegenständlichen Restforderungen aus nicht gezahlten Sozialversicherungsbeiträgen gepfändet und sich zur Einziehung überwiesen. Die betreffende Pfändungs- und Überweisungsverfügung ist dem Beklagten als Drittschuldner am 6.8.1994 (Bl. 17 d.A.) zugestellt worden. Bedenken gegen die Wirksamkeit der Pfändungs- und Überweisungsverfügung bestehen nicht. 72

Die Pfändungs- und Überweisungsverfügung ist, wie sich aus der Forderungsaufstellung Bl. 12 d.A. i.V.m. dem in der Pfändungsverfügung ausgewiesenen Betrag entnehmen läßt, auch wegen des Anspruchs der Klägerin gegen die ..-Bau GmbH aus der aufgrund der Betriebsprüfung erfolgten Nachberechnung für 1992 ausgebracht worden. Nach Abzug der in der Forderungsaufstellung angegebenen Gutschriften und bei Berücksichtigung der der Klägerin als Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten zu 1) zuerkannten Arbeitnehmeranteile für April und Mai 1992 bleibt ein offener Rest aus der Nachberechnung für 1992 von 7.800,65 DM (13.378,78 DM - 89,06 DM - 476,02 DM = 12.813,70 DM - 1.810,80 DM - 3.202,25 DM), und zwar 7.115,78 DM für Arbeitgeberanteile und 684,87 DM für Arbeitnehmeranteile. 73

Die Pfändungs- und Überweisungsverfügung ist nicht ins Leere gegangen. Der gepfändete Anspruch der ..-Bau GmbH gegen den Beklagten zu 1) auf Leistung der restlichen Stammeinlage von 12.500,- DM war nicht bereits erfüllt. Einer vom Beklagten zu 1) erklärten Aufrechnung mit eventuellen Gegenansprüchen bzw. einer entsprechenden Vereinbarung steht, wie in dem angefochtenen Urteil des Landgerichts zutreffend ausgeführt worden ist, die Vorschrift des § 19 Abs.2 S.2 GmbHG entgegen. Soweit der Beklagte zu 1) im zweiten Rechtszug behauptet, nicht er, sondern die Gesellschaft habe die Aufrechnung erklärt, fehlt es an einem wirksamen Gesellschafterbeschuß nach § 47 Abs.1 GmbHG i.V.m. § 46 Nr.2 GmbHG. Der Beklagte zu 1) durfte mit seiner Stimme gemäß § 47 Abs.4 S.1 GmbHG an einer entsprechenden Beschlußfassung nicht mitwirken. Das aber will er nach seiner eigenen Darstellung getan haben. 74

IV. 75

Hinsichtlich der nach allem lediglich in Höhe von insgesamt 17.426,21 DM begründeten Klage gegen den Beklagten zu 1) besteht unter keinem rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkt eine Gesamtschuldnerhaftung des Beklagten zu 1) mit dem durch rechtskräftiges Teilversäumnisurteil vom 4.5.1995 zur Zahlung von 12.500,- DM nebst Zinsen verurteilten Beklagten zu 2). Insbesondere sind die Beklagten gegenüber der ..-Bau GmbH in Bezug auf ihre Pflicht zur Erbringung der vereinbarten Stammeinlage nicht Gesamtschuldner. 76

Der der Klägerin zuerkannte Zinsanspruch folgt aus §§ 284 Abs.1, 288 Abs.1 BGB. 77

78

V.

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 92 Abs.1, 97 Abs.1, 108 Abs.1, 269 Abs.3, 708 Nr.10, 711 ZPO. 79

Streitwert des Berufungsverfahrens: 59.926,02 DM 80

Beschwer der Klägerin: 42.499,81 DM 81

Beschwer des Beklagten zu 1): 17.426,21 DM 82