

# TE OGH 1977/5/25 80b46/77

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 25.05.1977

## Norm

Allgemeines Sozialversicherungsgesetz §114

## Kopf

SZ 50/75

## Spruch

Durch § 114 ASVG wird dem Sozialversicherungsträger der Schutz vor Versuchen der Unternehmer zugedacht, bei finanziellen Schwierigkeiten die Sozialversicherungsbeiträge auf ungewisse Zeiten schuldig zu bleiben

Dem Täter nach § 114 ASVG muß in subjektiver Hinsicht in Ansehung beider Tatbestandselemente ("einbehalten", "vorenthalten") Vorsatz zur Last liegen

Der Dienstgeber, der in der begründeten Hoffnung auf späteres Einlangen von Zahlungsmitteln Dienstnehmeranteile einbehalten hat, muß diese Zahlungsmittel in der Folge tatsächlich zur Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge verwenden; zahlt er jedoch damit andere, wenngleich bevorrechtete Forderungen, fällt ihm das Vergehen nach § 114 ASVG zur Last

OGH 25. Mai 1977, 8 Ob 46/77 (OLG Wien 6 R 21/76; LG f. ZRS Wien 20 Cg 244/74)

## Text

Der klagende Sozialversicherungsträger begehrt die Verurteilung der beiden Beklagten zur ungeteilten Hand, einen Betrag von 96 303.98 S samt Anhang zu bezahlen. Die Beklagten seien seit 6. Oktober 1971 Geschäftsführer der Sch. Heizungsbau-Gesellschaft m. b. H. Diese Gesellschaft schulde nach dem zur Zahl 809 138 2 geführten Konto der Klägerin für "November, Rest, Dezember 1973, Jänner, Feber und März 1974" vorgeschriebene Sozialversicherungsbeiträge von insgesamt 138

985.17 S; darin sei der Klagsbetrag als einbehaltene Dienstnehmeranteile enthalten. Diese einbehaltenen Beträge hätten die Beklagten der Klägerin vorsätzlich vorenthalten. Dadurch hätten sie sich im Sinne des § 114 ASVG strafbar gemacht. Sie hafteten daher persönlich für die Zahlung des Klagsbetrages. Das gelte auch für den Erstbeklagten, weil auch er tatsächlich als Geschäftsführer tätig geworden sei.

Die Beklagten bekämpfen das Klagebegehren dem Gründe und der Höhe nach: Der behauptete strafbare Tatbestand sei nicht erfüllt. Der Erstbeklagte habe im Sinn des Gesellschafterbeschlusses vom 13. November 1972 überhaupt keine Geschäftsführertätigkeit ausgeübt. Aber auch die Zweitbeklagte habe der Klägerin einbehaltene Dienstnehmeranteile an Sozialversicherungsbeiträgen nicht vorsätzlich vorenthalten. Etwa im November 1973 sei die Gesellschaft trotz beträchtlicher Außenstände zahlungsunfähig geworden. Ihre vorhandenen Mittel hätten gerade noch zur teilweisen Auszahlung der Nettolöhne für November hingereicht. Sonstige Zahlungen habe die Gesellschaft

nicht mehr geleistet. In der Folge sei zu Sa 7/74 des Handelsgerichtes Wien über das Vermögen der Gesellschaft das Ausgleichsverfahren eröffnet worden, nach dessen Einstellung zu S 36/74 des Handelsgerichtes Wien der Anschlußkonkurs.

Das Erstgericht hat das Klagebegehren gegen beide Beklagte abgewiesen.

Es stellte fest: Die Beklagten seien Geschäftsführer der Sch. Heizungsbau-Gesellschaft m. b. H. und als solche auch im Handelsregister eingetragen. In der außerordentlichen Generalversammlung vom 13. November 1972 hätten sie als Gesellschafter beschlossen, daß der Erstbeklagte zu einer Geschäftsführertätigkeit nicht verpflichtet sei und nur in Ausnahmefällen für die Gesellschaft zeichne, falls die Zweitbeklagte aus welchen Gründen immer verhindert sei. Im Sinn dieses Beschlusses sei die Zweitbeklagte im Jahr 1973 und auch noch im Jahr 1974 allein als Geschäftsführerin tätig gewesen. Die Gesellschaft habe Dienstnehmer beschäftigt, die im Sinn des ASVG pflichtversichert und auch bei der Klägerin gemeldet gewesen seien. Nach dem von der Klägerin zur Zahl 809 138 2 geführten Konto hafteten noch die für diese Beschäftigten für die Zeit von November 1973 bis März 1974 vorgeschriebenen Sozialversicherungsbeiträge in der Gesamthöhe von 198 985.17 S aus. Nach einem Stundungsansuchen habe die Gesellschaft die Beiträge für September 1973 am 13. November 1973 bezahlt. Die Beiträge für Oktober 1973 seien spätestens Ende Dezember 1973 bezahlt worden. Die für November 1973 aufgelaufenen Beiträge von 49 341.75 S seien nur zu einem kleinen Teil durch eine Spesengutschrift getilgt worden, so daß der Rückstand 48 852.49 S betrage. Die Beitragsrückstände für die folgenden Monate hätten folgende Höhe:

für Dezember 1973: 89 897.39 S; für Jänner 1974: 27 678.93 S; für Feber 1974: 14 984.83 S und für März 1974: 15 671.53 S. Unter Berücksichtigung eines weiteren für Dezember 1973 vorgeschriebenen Betrages von 1900 S ergäbe sich daher der oben erwähnte Gesamtrückstand. Es fehlten Anzeichen dafür, daß bis zum Beginn der sogenannten Ölkrise im September 1973 die wirtschaftlichen Verhältnisse der Gesellschaft nicht als geordnet anzusehen gewesen wären. Es müsse angenommen werden, daß sich die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft etwa ab Oktober 1973 entwickelt habe und etwa im Dezember 1973 erkennbar gewesen sei. Die Gesellschaft habe laut Fakturausgangsbuch im November 1973 Rechnungen mit einer Gesamtsumme von 448 898.05 S ausgestellt. Ihre mit Dezember 1973 datierten Rechnungen hätten sich auf einen Gesamtbetrag von 1 457 931.43 S belaufen. Außerdem seien Teilrechnungen mit einer Gesamtsumme von 450 332, 10 S ausgestellt worden. In den Monaten November 1973 bis Jänner 1974 hätten die Geschäftsführer den Eingang so großer Zahlungen erwarten dürfen, daß die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft wieder hergestellt gewesen wäre. Im Dezember 1974 habe die Gesellschaft außer der Zahlung eines Betrages in der Höhe von 2260.20 S an den Lieferanten R P (vgl. hierzu die Eintragungen in Beilage./3 zu Belegnummer 516 und 608 unter den Daten 23. August und 26. September), feststellbare Zahlungen nur mehr für Löhne und Gehälter sowie für Lokalmiete, Garagenmiete, Parkplatzgebühren, Strom- und Gaskosten, Telefongebühr, Fahrtspesen, Kleinmaterial und Werkzeuge sowie Kreditschutzgebühren geleistet. Löhne und Gehälter seien vielfach nur akontiert worden. Im Jänner 1974 seien dann die Löhne und Gehälter nur mehr akontiert worden. Der Kassastand habe zu keinem Zeitpunkt mehr hingereicht, um die Beitragsrückstände zu bezahlen. Am 24. Jänner 1974 habe die Gesellschaft beim Handelsgericht Wien die Eröffnung des Ausgleichsverfahrens beantragt (Sa 7/74). Dabei hätten die Beklagten im Vermögensverzeichnis die Aktiven mit 2 392 690.70 S bewertet und Passiven im Betrag von 2 823 684.36 S angegeben. Daraus habe sich rein rechnerisch zum damaligen Zeitpunkt eine Überschuldung mit 430 993.66 S ergeben. Der größte Teil der angeführten Forderungen der Gesellschaft habe sich als strittig und offenbar auch als uneinbringlich erwiesen. Die Schuldner, von denen bei der Gesellschaft Bestellungen vorgenommen worden seien, hätten die Forderungen wegen nicht ordnungsgemäßer oder nicht vollständiger Ausführung der Arbeiten oder auch wegen Preisdifferenzen bestritten. Die Beanstandungen seien nicht so bedeutend gewesen, daß die Gesellschaft ohne Konkurseröffnung ihnen nicht hätte entsprechen können. Nach einem Bericht des Ausgleichsverwalters vom 25. März 1974 (Sa 7/74-10), daß die Erfüllung des Ausgleiches völlig aussichtslos erscheine, habe die Gesellschaft in einer mit 3. April 1974 datierten Eingabe (Sa 7/74- 13) ihren Ausgleichsantrag zurückgezogen. Nach Einstellung des Ausgleichsverfahrens (Beschuß vom 10. April 1974, Sa 7/74-14) habe das Handelsgericht Wien am 13. Mai 1974 über das Gesellschaftsvermögen den Anschlußkonkurs eröffnet (S 36/74).

Hieraus folgerte das Erstgericht, daß die Beklagten den Tatbestand nach § 114 ASVG nicht erfüllt hätten, weil sie einbehaltene Dienstnehmeranteile an Sozialversicherungsbeiträgen der Klägerin nicht vorsätzlich vorenthalten hätten. Dem Erstbeklagten könne dies schon deshalb nicht angelastet werden, weil er im strittigen Zeitraum überhaupt keine Geschäftsführertätigkeit ausgeübt habe.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Klägerin nicht Folge. Ausgehend von den Feststellungen des Erstgerichtes billigte es dessen rechtliche Beurteilung aus bei der Erledigung der Revision noch näher darzulegenden Erwägungen. Infolge Revision der Klägerin bestätigte der Oberste Gerichtshof das Urteil des Berufungsgerichtes hinsichtlich des Erstbeklagten; hinsichtlich der Zweitbeklagten hob er die Urteile der Vorinstanzen auf und verwies die Rechtssache zur Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurück.

### **Rechtliche Beurteilung**

Aus den Entscheidungsgründen:

Was den Erstbeklagten anlangt, so ist das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des OGH (SZ 42/104; 5 Ob 153/73; 2 Ob 220, 221/73; 8 Ob 65/76) davon ausgegangen, daß der Geschäftsführer einer Gesellschaft m. b. H., der einen strafrechtlich verpönten Angriff gegen die Rechte eines Dritten zu vertreten hat, diesem gegenüber persönlich schadenersatzpflichtig ist. Da die Klägerin ihren Anspruch gegen die Beklagten auf § 114 ASVG stützt, hat sie - mangels eines verurteilenden Erkenntnisses der Strafgerichte - einen Sachverhalt zu behaupten und zu beweisen, der unter den Tatbestand des § 114 ASVG fällt. Dieser Beweis ist in Ansehung des Erstbeklagten auf Grund der Feststellungen als mißlungen anzusehen. Der von der Revision hervorgehobene Umstand, daß auch der Erstbeklagte mangels Enthebung noch als Geschäftsführer der Gesellschaft m. b. H. gilt, reicht hiefür nicht aus. Fest steht, daß der Erstbeklagte im Sinne des Generalversammlungsbeschlusses vom 13. November 1972 im maßgeblichen Zeitraum sich jeglicher Geschäftsführertätigkeit enthielt und eine solche lediglich von der Zweitbeklagten entfaltet wurde. Daß aber der Erstbeklagte an der der Zweitbeklagten zur Last gelegten Nichtabführung der Sozialversicherungsbeiträge vorsätzlich mitgewirkt hätte, ist nicht hervorgekommen. Die von der Revision erstmals aufgeworfene Frage, ob den Bestimmungen des § 35 ASVG entsprochen wurde, ist für die Beurteilung der Haftung des Erstbeklagten nach § 114 ASVG ohne Belang. Die Vorinstanzen haben somit die gegen den Erstbeklagten gerichtete Klage mit Recht abgewiesen, weshalb der Revision in diesem Umfang ein Erfolg zu versagen war.

Was die Zweitbeklagte anlangt, so ist die rechtliche Beurteilung des Berufungsgerichtes im folgenden Umfang zu billigen:

Nach § 114 ASVG macht sich ein Dienstgeber strafbar, wenn er Beiträge eines Dienstnehmers zur Sozialversicherung einbehalten und dem berechtigten Versicherungsträger vorenthalten hat. In subjektiver Hinsicht muß dem Täter in Ansehung beider Tatbestandselemente Vorsatz zur Last liegen. Einbehalten werden nicht nur jene Dienstnehmeranteile an Sozialversicherungsbeiträgen, die bei der Lohn- oder Gehaltsauszahlung an den Dienstnehmer beim Dienstgeber bar verbleiben. Es genügt auch die rechnermäßige Kürzung der Löhne und Gehälter um den vom Dienstnehmer zu tragenden Sozialversicherungsbeitrag bei der Auszahlung (Auszahlung der sogenannten Nettolöhne). Einbehalten werden aber andererseits nicht schon die Dienstnehmeranteile der fälligen Löhne, sondern nur die Dienstnehmeranteile der tatsächlich ausbezahlten Löhne. Soweit nach den getroffenen Feststellungen ab Dezember 1973 die Löhne an die Dienstnehmer der Gesellschaft nicht mehr voll, sondern nur mehr teilweise zur Auszahlung gelangten, kommt ein Einbehalten der Dienstnehmeranteile an Sozialversicherungsbeiträgen nur in Ansehung der tatsächlich ausbezahlten Summen in Betracht. Die Höhe dieser tatsächlich ausbezahlten Löhne und Gehälter hat das Erstgericht nicht festgestellt.

Für den Begriff des Vorenthaltes ist die Absicht des Täters nicht erforderlich, die einbehaltenen Dienstnehmeranteile überhaupt nie an den berechtigten Sozialversicherungsträger abzuführen. Ein Vorenthalten ist vielmehr schon dann anzunehmen, wenn der Dienstgeber die einbehaltenen Dienstnehmeranteile nicht an den Sozialversicherungsträger zahlt, obwohl er über die Mittel hierzu verfügt, diese aber bewußt zu anderen Zwecken verwendet, mag es sich dabei auch um bevorrechtete Forderungen handeln. Daß im Zeitpunkt der Lohnauszahlung (Auszahlung der Nettolöhne) die Mittel zur Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge fehlen, hebt für sich allein die strafrechtliche Verantwortlichkeit noch nicht auf. Der Dienstgeber, der die Nettolöhne auszahlt und mit berechtigtem Grund künftige Einnahmen erwartet, muß diese im Fall ihres tatsächlichen Einlangens zur Zahlung der Beitragsverbindlichkeiten verwenden, um straffrei zu bleiben.

Den dargelegten Rechtsausführungen des Berufungsgerichtes ist ebenso beizupflichten wie seiner Auffassung, daß der von der Zweitbeklagten strafrechtlich zu vertretende Zeitraum mit dem Zeitpunkt endet, in dem der Ausgleichsverwalter gemäß § 8 AO die gesamte Gebahrung an sich gezogen hatte. Hingegen kann der Ansicht des Berufungsgerichtes dahin nicht gefolgt werden, daß die Zweitbeklagte berechtigt gewesen wäre, ungeachtet der

zwischenzeitig eingetretenen Pflicht, die einbehaltenen Dienstnehmeranteile an die Sozialversicherung abzuführen, Eingänge für andere Zwecke, mögen sie auch der Aufrechterhaltung des Unternehmens und der Beschäftigungsverhältnisse gedient haben, in der Hoffnung zu verwenden, später ausreichende Mittel zur Zahlung der einbehaltenen Dienstnehmeranteile an den Sozialversicherungsträger zu erlangen. Diese Auffassung widerspricht dem durch § 114 ASVG dem Sozialversicherungsträgerzugesicherten Schutz vor Versuchen der Unternehmer, bei finanziellen Schwierigkeiten die Sozialversicherungsbeiträge auf ungewisse Zeiten schuldig zu bleiben (vgl. Rittler II, 176). Die Ansicht des Berufungsgerichtes widerspricht aber auch der von diesem selbst herangezogenen Rechtsprechung des OGH, wonach der Dienstgeber, der in der begründeten Hoffnung auf späteres Einlangen von Zahlungsmitteln Dienstnehmeranteile einbehalten hat, nur dann straflos bleibt, wenn er diese Zahlungsmittel in der Folge tatsächlich zur Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge verwendet (EvBl. 1966, 484 u. a.), daß ihm aber das Vergehen des § 114 ASVG zur Last fällt, wenn er damit andere, wenngleich bevorrechtete Forderungen zahlt (EvBl. 1957/264; EvBl. 1961/83 u. a.). Andererseits kann aber der Auffassung der Revision nicht gefolgt werden, daß die Zweitbeklagte vorsätzliches Vorenthalten im Sinne des § 114 ASVG schon deshalb zu vertreten hat, weil sie Nettolöhne auszahlte. Die Revisionswerberin übersieht offenbar, daß der Zeitpunkt des Einbehaltens der Dienstnehmeranteile und der Lohnzahlung nicht mit jenem Zeitpunkt zusammenfällt, an dem der Dienstgeber die einbehaltenen Dienstnehmeranteile an den Sozialversicherungsträger abzuführen hat. Würde die Zweitbeklagte im Zeitpunkt des Einbehaltens von Dienstnehmeranteilen nur über die Mittel zur Auszahlung von Nettolöhnen verfügen und hätte sie bis zum nachfolgenden Zeitpunkt der zu tätigen Zahlung dieser einbehaltenen Anteile an den Sozialversicherungsträger keinerlei Eingänge mehr zu erwarten, dann wäre ihr allerdings das Vergehen nach § 114 ASVG anzulasten, weil sie sich bewußt außerstande gesetzt hätte, die einbehaltenen Beiträge abzuführen (vgl. hiezu JBl. 1957, 298). Hätte sie hingegen im Zeitpunkt des Einbehaltens von Dienstnehmeranteilen mit Grund Eingänge erwarten dürfen, die sie instand setzten, die einbehaltenen Beträge an den Sozialversicherungsträger rechtzeitig abzuführen, dann wäre ihr das Vergehen nach § 114 ASVG nur insoweit anzulasten, als sie später einlangende Zahlungsmittel nicht zur Erfüllung ihrer Zahlungspflicht gegenüber dem Sozialversicherungsträger verwendet hätte. Daß der Dienstgeber weder berechtigt noch verpflichtet ist, von einem Arbeitslohn, von dem er den Dienstnehmeranteil schon einbehalten hat, nochmals Beitragsteile abzuziehen, hat der OGH mit ausführlicher Begründung wiederholt ausgesprochen (SSt 28/35; EvBl. 1957/264 - sowie verkürzt unter Bezugnahme hierauf EvBl. 1964/129).

Die Feststellungen des Erstgerichtes reichen zur abschließenden Beurteilung, ob und mit welchem Betrag der Zweitbeklagten das Vergehen nach § 114 ASVG zur Last fällt, nicht aus. Im fortgesetzten Verfahren wird das Erstgericht - ausgehend von der oben dargelegten rechtlichen Beurteilung - getrennt für jede einzelne Veranlagungsperiode (Rittler II, 177) zu klären haben, welche Beträge in welcher Absicht die Zweitbeklagte als Dienstnehmeranteile einbehalten hat, ob und aus welchem Grund sie bis zum Zeitpunkt der Pflicht zur Abführung, dieser Dienstnehmeranteile an den Sozialversicherungsträger mit diese deckenden Eingängen rechnete, welche Mittel seither einlangten und wie die Zweitbeklagte hierüber verfügte, warum und unter welchen Umständen die Abführung der einbehaltenen Beträge im Zeitpunkt der Zahlungspflicht unterblieb, ob und warum die Zweitbeklagte in Kenntnis der Nichtabführung der Dienstnehmeranteile für eine vorangegangene Veranlagungsperiode in der nächstfolgenden Veranlagungsperiode weiterhin Dienstnehmerbeiträge einbehält. Erst dann wird sich beurteilen lassen, ob und inwieweit die Zweitbeklagte für die Beitragsforderung der Klägerin persönlich haftet.

Der Revision war daher in Ansehung der Zweitbeklagten Folge zu geben und die Rechtssache in diesem Umfang zur ergänzenden Verhandlung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurückzuverweisen.

#### **Anmerkung**

Z50075

#### **Schlagworte**

ASVG § 114, Vorsatzerfordernis, ASVG § 114, Zweck der Bestimmung, Einbehalten im Sinne § 114 ASVG, Schutzzweck des § 114 ASVG, Vorenthalten im Sinne § 114 ASVG

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1977:0080OB00046.77.0525.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19770525\_OGH0002\_0080OB00046\_7700000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2024 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)