



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VI ZR 350/00

Verkündet am:
11. Dezember 2001
Holmes,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: _____ nein

BGB § 823 Abs. 2 Be; StGB § 266 a

Zur Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der Zahlungsfähigkeit bei Vorenthalten von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung.

BGH, Urteil vom 11. Dezember 2001 - VI ZR 350/00 -

OLG München
LG München II

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Dezember 2001 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Müller, die Richter Dr. Dressler, Dr. Greiner, die Richterin Diedrichsen und den Richter Pauge

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 25. Juli 2000 aufgehoben.

Die Sache 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 der M-GmbH auf Schadensersatz wegen Vorenthaltens von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung für den Monat Juni 1995 in Höhe von noch 166.061,18 DM in Anspruch.

Die M-GmbH zahlte für den Monat Juni 1995 keine Löhne an ihre Arbeitnehmer aus und führte die auf die Lohnforderungen entfallenden Sozialversicherungsbeiträge bei Fälligkeit am 15. Juli 1995 nicht an die Klägerin ab. Mit Beschluß des Amtsgerichts G. vom 8. August 1995 wurde über das Vermögen der M-GmbH das Anschlußkonkursverfahren eröffnet. Dieses Verfahren ist

mittlerweile beendet. Über das Vermögen des Beklagten wurde mit Beschluß des Amtsgerichts G. vom 29. September 1995 das Konkursverfahren eröffnet. Auf die Teilnahme an diesem Verfahren hat die Klägerin im vorliegenden, nach Eröffnung des Konkursverfahrens eingeleiteten Rechtsstreit ausdrücklich verzichtet.

Die Klägerin hat behauptet, dem Beklagten sei die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge für Juni 1995 möglich gewesen. Die M-GmbH sei im Fälligkeitszeitpunkt zahlungsfähig gewesen; zumindest habe der Beklagte im Vorfeld Sorge dafür tragen müssen, daß die Gesellschaft im maßgeblichen Zeitpunkt über eine ausreichende Liquidität verfüge. Der Beklagte hat dagegen vorgetragen, er habe für die M-GmbH im Fälligkeitszeitpunkt keine Zahlungen mehr erbringen können. Die Gesellschaft sei im Juni 1995 in eine finanzielle Krise geraten, da die von ihr erbrachten Bauleistungen mangels ordnungsgemäßer Kalkulationen nicht hätten abgerechnet werden können. Deshalb hätten die Anfang Juli fälligen Löhne und Gehälter für den Monat Juni 1995 erstmalig nicht gezahlt werden können. Darüber hinaus habe ein Gläubiger unmittelbar vor Fälligkeit des Klagebetrages sämtliche Konten der M-GmbH bei ihrer Hausbank, der Sparkasse G., gepfändet, weshalb diese keine Verfügungen mehr zugelassen habe.

Das Landgericht hat der Klage mit Ausnahme eines geringfügigen Teils der geltend gemachten Zinsen stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Abweisung der Klage weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts muß der Beklagte gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit den §§ 266 a Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB dafür einstehen, daß die M-GmbH für den Monat Juni 1995 Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung in Höhe von 166.061,18 DM nicht an die Klägerin abgeführt hat. Zwar trage die Klägerin die Darlegungs- und Beweislast für alle haftungsbegründenden Tatbestandsmerkmale, d.h. auch dafür, daß der Beklagte gegen ein Schutzgesetz verstoßen habe. Da bei einem strafrechtlichen Unterlassungsdelikt die objektive Möglichkeit der Pflichterfüllung Tatbestandsvoraussetzung für eine Strafbarkeit sei, müsse die Klägerin auch darlegen und beweisen, daß es dem Beklagten zum Zeitpunkt der Fälligkeit am 15. Juli 1995 möglich gewesen sei, die streitgegenständlichen Sozialversicherungsbeiträge an die Klägerin abzuführen. Dem Beklagten obliege jedoch eine gesteigerte Darlegungslast, da sich die maßgeblichen Vorgänge ausschließlich in seinem Wahrnehmungsbereich abgespielt hätten. Die Klägerin könne keine Kenntnis vom Zeitpunkt des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit der M-GmbH haben. Der Beklagte hingegen sei als Geschäftsführer für die Feststellung der mangelnden Zahlungsfähigkeit und der sich daraus möglicherweise ergebenden Verpflichtung zur Vergleichs- oder Konkursanmeldung zuständig. Darüber hinaus habe er zumindest nach Abschluß des Konkursverfahrens die Möglichkeit, durch Einblick in die Geschäftsunterlagen die Zahlungsentwicklung der Gemeinschuldnerin nachzuvollziehen und darzulegen.

Dieser sekundären Darlegungslast genüge das Vorbringen des Beklagten jedoch nicht. Er widerspreche sich, wenn er vortrage, daß Zahlungsunfähigkeit schon Ende Juni 1995 mangels rechtzeitiger Rechnungsstellung der M-

GmbH gegenüber Kunden vorgelegen habe, aber gleichzeitig behauptete, die Zahlungsunfähigkeit sei durch die spätere Kontenpfändung bewirkt worden. Auf den Vortrag des Beklagten zur Kontenpfändung komme es im übrigen nicht an. Als Unterlassungstäter hafte auch derjenige, der zur Vornahme der gebotenen Handlung unfähig sei, sich jedoch zuvor durch aktives Handeln selbst in diese Lage gebracht habe (sog. *omissio libera in causa*). Da der Beklagte einräume, die Illiquidität der M-GmbH beruhe auf nicht rechtzeitiger Abrechnung durchgeführter Kundenaufträge, sei die fehlende Zahlungsfähigkeit für ihn als Geschäftsführer schon vor Juni 1995 absehbar gewesen; denn bei ordnungsgemäßer Abrechnung und Rechnungsstellung seien Zahlungseingänge allenfalls vier Wochen nach Rechnungsstellung zu erwarten gewesen. Wenn er seine Mitarbeiter im Juni 1995 beschäftigt habe, obwohl ihm zu diesem Zeitpunkt mangels ordnungsgemäßer Abrechnung und Rechnungsstellung gegenüber Kunden erkennbar gewesen sei, daß er weder die Löhne zahlen noch die Sozialversicherungsbeiträge zum 15. Juli 1995 werde abführen können, habe er billigend in Kauf genommen, die aus § 266 a Abs. 1 StGB resultierende Pflicht nicht erfüllen zu können. Es sei Sache des Beklagten gewesen, anhand der Geschäftsunterlagen und aufgrund seiner eigenen Kenntnis der Zahlungsentwicklung darzulegen, warum er Anfang Juni seine Arbeitnehmer weiterbeschäftigt habe, obwohl ihm weder deren Bezahlung noch das Abführen der Sozialversicherungsbeiträge möglich sein würde.

II.

Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Überprüfung nicht stand.

1. Allerdings hält das Berufungsgericht zu Recht die Klage trotz des über das Vermögen des Beklagten eingeleiteten Konkursverfahrens für zulässig. Zwar hat der Beklagte dadurch die Prozeßführungsbefugnis für Rechtsstreitigkeiten verloren, die die Konkursmasse betreffen (vgl. Kilger/Schmidt, Insolvenzgesetze KO/VgIO/GesO, 17. Aufl., § 6 Rdn. 3a; Jaeger/Henckel, Konkursordnung, 9. Aufl., § 10 Rdn. 1). Auch können persönliche Gläubiger wie die Klägerin Befriedigung ihrer vor Konkurseröffnung entstandenen Ansprüche aus der Konkursmasse gemäß dem im Streitfall nach § 103 EGIInsO noch anwendbaren § 12 KO nur nach Maßgabe der §§ 138 ff. KO suchen. Die Klägerin begehrt jedoch nicht Deckung ihrer Forderung aus der Konkursmasse. Sie will vielmehr den Beklagten persönlich in Anspruch nehmen. Ein derartiges Vorgehen ist zulässig. § 12 KO begründet keine allgemeine Klagesperre (vgl. BGH, Urteil vom 28. März 1996 - IX ZR 77/95 - VersR 1997, 61, 62; vgl. schon RGZ 29, 73, 74; Kuhn/Uhlenbruck, Konkursordnung, 11. Aufl., § 12 Rdn. 4; Mot. z. § 10 KO, S. 48, 49; aA Jaeger/Henckel, aaO, § 12 Rdn. 3; Hess, Konkursordnung, 6. Aufl., § 12 Rdn. 6 jeweils unter unzutreffender Berufung auf OLG München, LZ 1908, 474). Vielmehr kann jeder Gläubiger gegen den Gemeinschuldner auch während des Konkurses wegen einer vorkonkurslichen Forderung Klage erheben, wenn er auf die Beteiligung am Konkursverfahren verzichtet (vgl. BGH, Urteil vom 28. März 1996 - IX ZR 77/95 - aaO m.w.N.; RGZ 86, 394, 397). Für einen solchen Verzicht genügt entgegen der Auffassung der Revision eine ausdrückliche Erklärung im Prozeß gegen den Gemeinschuldner, auf die sich der Konkursverwalter gegebenenfalls stützen kann (vgl. BGH, Urteil vom 28. März 1996 - IX ZR 77/95 - aaO: Erklärung des Teilnahmeverzichts in der Klageschrift im Verfahren gegen den Gemeinschuldner - insoweit nicht veröffentlicht; BGHZ 25, 395: Erklärung des Teilnahmeverzichts in der

Berufungsinstanz des gegen den Gemeinschuldner eingeleiteten Verfahrens; RGZ 29, 73, 75 f.; Mot. z. § 10 KO, S. 49).

Auch das bei einer Klage gegen den Gemeinschuldner außerhalb des Konkursverfahrens besonders zu beachtende Rechtsschutzinteresse (vgl. BGH, Urteil vom 28. März 1996 - IX ZR 77/95 - aaO) ist gegeben. Die Klägerin kann ihr Rechtsschutzziel nicht auf einfacherem oder billigerem Wege erreichen. Sie könnte einen Titel gegen den Beklagten zwar in kostengünstigerer Weise durch Eintragung ihrer Forderung in die Konkurstabelle erlangen, jedoch nur wenn der Beklagte nicht widersprechen würde (vgl. §§ 144 Abs. 1, 164 Abs. 2 KO). Der Beklagte bestreitet die Berechtigung der von der Klägerin geltend gemachten Forderung umfassend; es gibt keinen Anhaltspunkt dafür, daß er einer Anmeldung zur Konkurstabelle nicht ebenso widersprochen hätte.

2. Die Revision beruft sich auch ohne Erfolg darauf, daß eine Haftung des Beklagten bereits deshalb ausscheide, weil der Konkursverwalter eine Abführung der am 15. Juli 1995 fälligen Arbeitnehmerbeiträge durch die M-GmbH erfolgreich angefochten hätte. Zwar wäre der erforderliche Kausalzusammenhang zwischen dem dem Beklagten vorgeworfenen Versäumnis und dem Vermögensschaden der Klägerin zu verneinen, wenn diese die Beiträge - wären sie bei Fälligkeit gezahlt worden - infolge einer Anfechtung an die Masse hätte zurückgewähren müssen (vgl. Senatsurteil vom 14. November 2000 - VI ZR 149/99 - VersR 2001, 343, 344). Die Anfechtungsvoraussetzungen lagen jedoch nicht vor. Eine Anfechtung käme gemäß § 30 Nr. 1 2. Alt. KO nur dann in Betracht, wenn die M-GmbH unabhängig von der Begleichung der Beitragsschuld gegenüber der Klägerin ihre Zahlungen eingestellt hätte und die Klägerin hiervon zum Zeitpunkt der hypothetischen Abführung der Beiträge, d.h. am 15. Juli 1995 Kenntnis hatte. Für eine solche Kenntnis bestehen aber

keine Anhaltspunkte. Insbesondere vermag die Tatsache, daß die Klägerin von der unterlassenen Abführung der Arbeitnehmerbeiträge für Juni 1995 wußte, die erforderliche Kenntnis nicht zu begründen.

Abgesehen davon führt eine Kenntnis der Klägerin von der einmaligen Nichtzahlung der Arbeitnehmerbeiträge durch die M-GmbH nicht schon dazu, daß ihr die Zahlungseinstellung bekannt war. Als Ursache für ein derartiges Versäumnis kommen auch rein organisatorische bzw. zahlungstechnische Gründe sowie vorübergehende Liquiditätsschwierigkeiten in Betracht, die noch keine Zahlungseinstellung begründen (vgl. BGH, Urteile vom 27. April 1995 - IX ZR 147/94 - NJW 1995, 2103, 2105 und vom 17. Mai 2001 - IX ZR 188/98 – NJW-RR 2001, 1204, 1205).

3. Die Revision beanstandet jedoch mit Erfolg, daß das Berufungsgericht das Vorbringen des Beklagten zur Zahlungsunfähigkeit der M-GmbH für nicht ausreichend gehalten hat.

a) Im Ausgangspunkt geht das Berufungsgericht freilich zu Recht davon aus, daß der Beklagte den Tatbestand des § 266 a Abs. 1 StGB nur dann verwirklicht haben kann, wenn der GmbH die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge im Fälligkeitszeitpunkt möglich war. Die Unmöglichkeit normgemäßen Verhaltens läßt nämlich die Tatbestandsmäßigkeit bei Unterlassungsdelikten wie dem vorliegenden entfallen. Unmöglichkeit in diesem Sinne kann auch dann gegeben sein, wenn dem Arbeitgeber im maßgeblichen Zeitpunkt die Zahlungsfähigkeit fehlt (vgl. Senatsurteile BGHZ 133, 370, 379 f.; Senatsurteil vom 18. November 1997 - VI ZR 11/97 - VersR 1998, 468, 469).

b) Ferner trifft die Auffassung des Berufungsgerichts zu, daß die Klägerin die Darlegungs- und Beweislast für die hiernach erforderliche Zahlungsfä-

higkeit der M-GmbH bei Fälligkeit der Sozialversicherungsbeiträge trägt. Dies folgt aus dem allgemeinen Grundsatz, daß der Anspruchsteller alle Tatsachen behaupten und beweisen muß, aus denen sich sein Anspruch herleitet. Stützt er sich - wie die Klägerin im Streitfall - auf eine deliktische Haftung wegen Verletzung eines Schutzgesetzes, so hat er grundsätzlich alle Umstände darzulegen und zu beweisen, aus denen sich die Verwirklichung der einzelnen Tatbestandsmerkmale des Schutzgesetzes ergibt (vgl. Senatsurteil vom 24. November 1998 - VI ZR 388/97 - VersR 1999, 774, 775 m.w.N.). Eine Beweislastumkehr, auf die die Revisionserwiderung der Sache nach abzielt, kommt hier nicht in Betracht. Zwar steht der Beklagte als ehemaliger Geschäftsführer der M-GmbH dem Beweis einer Zahlungsunfähigkeit näher. Denn die insoweit maßgeblichen Vorgänge haben sich in seinem Wahrnehmungsbereich abgespielt; die Klägerin hat von ihnen keine Kenntnis. Dieser Umstand rechtfertigt es jedoch nicht, dem Beklagten das Risiko der Sachverhaltsaufklärung aufzuerlegen (vgl. OLG Hamm, ZIP 2000, 198, 199; OLG Frankfurt, ZIP 1995, 213, 216; Diller/Powietzka, EWiR § 266a StGB 1/2000, 455, 456; Wussow, WJ 1999, 121; Holzkämper, BB 1996, 2142, 2143 a.A.; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, 289, 290; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1997, 1124; OLG Düsseldorf, VersR 1999, 372 f.; OLG Düsseldorf, OLGR 1998, 71, 73; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2000, 410, 411; OLG Düsseldorf, GmbHR 2000, 1261; OLG Naumburg, Urteil vom 17. Dezember 1998 - 7 U 76/98; OLG Naumburg, Urteil vom 8. Juni 1999 - 1 U 39/99; Pape/Voigt, WiB 1996, 829, 833). Es ist dem Sozialversicherungsträger weder unzumutbar noch von vornherein unmöglich, den Beweis der Zahlungsfähigkeit des Arbeitgebers zu erbringen. Hierfür genügt bereits der Nachweis irgendeiner Zahlung in nicht nur unwesentlicher Höhe an einen Dritten. Denn eine den Tatbestand des § 266 a Abs. 1 StGB ausschließende Unmöglichkeit der Pflichterfüllung ist nicht schon dann gegeben,

wenn der Arbeitgeber überschuldet und nicht mehr in der Lage ist, seinen Verbindlichkeiten Gläubigern gegenüber generell nachzukommen, sondern erst dann, wenn ihm die Mittel nicht mehr zur Verfügung stehen, um ganz konkret die fälligen Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung (und nur diese) abzuführen (vgl. Senatsurteil vom 15. Oktober 1996 - VI ZR 327/95 - VersR 1996, 1541, 1542). Abgesehen davon wird in den Fällen, in denen die Zahlungsfähigkeit des Arbeitgebers zwischen den Parteien ernsthaft in Streit steht, in aller Regel von einem der Betroffenen ein Insolvenzantrag gestellt; der Sozialversicherungsträger kann sich dann auf den (vorläufigen) Insolvenzverwalter als Zeugen berufen (vgl. OLG Hamm, ZIP 2000, 198, 199; OLG Frankfurt, ZIP 1995, 213, 216; Diller/Powietzka, EWiR § 266a StGB 1/2000, 455, 456). Im übrigen liefe eine Beweislastumkehr der Einheit der Rechtsordnung zuwider. Während nämlich dem Arbeitgeber nach strafprozessualen Grundsätzen nachgewiesen werden müßte, daß ihm die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge möglich war, hätte er im Zivilprozeß das Nichtvorliegen dieser tatbestandlichen Voraussetzung zu beweisen.

Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung folgt eine Umkehr der Beweislast auch nicht aus dem Grundsatz (vgl. § 279 BGB), daß der Schuldner für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen hat. Zum einen ist der Beklagte im Verhältnis zur Klägerin nicht Schuldner in diesem Sinne. Denn nicht er persönlich, sondern allein die M-GmbH ist gegenüber der Klägerin gemäß § 28 e Abs. 1 SGB IV zur Abführung der Sozialversicherungsbeiträge verpflichtet. Zum anderen enthält jener Grundsatz keine Beweisregel; er bedeutet lediglich, daß der Schuldner nicht aus diesem Grund gemäß § 275 Abs. 1 BGB von der Verpflichtung zur Leistung frei wird (vgl. BGHZ 107, 92, 102).

c) Im Ausgangspunkt zu Recht ist das Berufungsgericht auch davon ausgegangen, daß der Beklagte gehalten war, das Vorbringen der Klägerin zur Zahlungsfähigkeit der M-GmbH substantiiert zu bestreiten. Ihm obliegt insoweit eine sekundäre Darlegungslast. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, daß es Sache der Gegenpartei sein kann, sich im Rahmen der ihr nach § 138 Abs. 2 ZPO obliegenden Erklärungspflicht zu den Behauptungen der beweispflichtigen Partei konkret zu äußern (vgl. Senatsurteil vom 24. November 1998 - VI ZR 388/97 – aaO m.w.N.; BGHZ 140, 156, 158 f. – jeweils m.w.N.). Dies gilt insbesondere dann, wenn die beweispflichtige Partei außerhalb des von ihr vorzutragenden Geschehensablaufs steht und keine nähere Kenntnis der maßgebenden Tatsachen besitzt, der Prozeßgegner aber die wesentlichen Umstände kennt und es ihm zumutbar ist, dazu nähere Angaben zu machen (vgl. Senatsurteil vom 24. November 1998 - VI ZR 388/97 - aaO; BGHZ 140, 156, 158 f. – jeweils m.w.N.). Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Die für die Zahlungsfähigkeit der M-GmbH im Zeitpunkt der Fälligkeit der Sozialversicherungsbeiträge maßgeblichen Vorgänge haben sich, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, ausschließlich im Wahrnehmungsbereich des Beklagten abgespielt. Die Klägerin hatte von ihnen keine Kenntnis.

d) Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht jedoch das Vorbringen des Beklagten für nicht ausreichend erachtet. Der Beklagte hatte vorgetragen, daß die M-GmbH im Juni 1995 in eine finanzielle Krise geraten sei, weil die von ihr erbrachten Bauleistungen mangels ordnungsgemäßer Kalkulationen nicht hätten abgerechnet werden können. Da deshalb kein Geld an sie geflossen sei, hätten die Anfang Juli 1995 fälligen Löhne und Gehälter für Juni 1995 erstmalig nicht bezahlt werden können. Darüber hinaus habe ein Gläubiger sämtliche Konten der M-GmbH bei ihrer Hausbank, der Sparkasse G., unmittelbar vor

Fälligkeit der streitgegenständlichen Sozialversicherungsbeiträge gepfändet, was dazu geführt habe, daß diese keine Verfügungen mehr zugelassen habe.

aa) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist dieser Vortrag nicht widersprüchlich. Beide vom Beklagten angeführten Ereignisse können zusammengetroffen sein. Es gibt keine Regel, wonach Zahlungsunfähigkeit nur durch eine Ursache ausgelöst wird. Im Streitfall erscheint es denkbar, daß sich die nach dem Vortrag des Beklagten im Juni 1995 eingetretene finanzielle Krise der GmbH erst durch die behauptete Pfändung zur endgültigen Zahlungsunfähigkeit ausgeweitet hat.

bb) Zu Unrecht hat das Berufungsgericht den Vortrag des Beklagten zur Kontenpfändung für rechtlich unerheblich gehalten.

Zwar ist das Berufungsgericht im Ansatz zutreffend davon ausgegangen, daß als Unterlassungstäter auch derjenige haftet, der zur Vornahme der gebotenen Handlung nicht in der Lage ist, sich jedoch zu einem Zeitpunkt, zu dem er noch handlungsfähig war, selbst in diese Lage gebracht hat, sofern er sich dieses Umstands bewußt gewesen ist und ihn sowie die Möglichkeit, daß er die gebotene Handlung nicht vornehmen wird, zumindest billigend in Kauf genommen hat (sog. *omissio libera in causa*; vgl. Tag, BB 1997, 1115, 1116; vgl. auch Senatsurteil BGHZ 134, 304, 308 m.w.N.). Mithin kann ein Arbeitgeber schon dann straf- und haftungsrechtlich verantwortlich sein, wenn ihm die Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit im Fälligkeitszeitpunkt ihrerseits als - zumindest bedingt vorsätzliches - pflichtwidriges Verhalten vorzuwerfen ist (vgl. Senatsurteil BGHZ 134, 304, 308).

Das Berufungsgericht hat jedoch die Voraussetzungen einer derartigen Vorverlagerung der Tatbestandsverwirklichung zu Unrecht bejaht. Seinen

Ausführungen läßt sich nicht zweifelsfrei entnehmen, durch welches Verhalten der Beklagte seine Handlungsunfähigkeit herbeigeführt haben soll.

Soweit es ihm zur Last legt, Bauleistungen der M-GmbH nicht abgerechnet zu haben, fehlt es an den hierfür erforderlichen Feststellungen. Es ist nicht ersichtlich, ob der Beklagte die Abrechnungen so rechtzeitig hätte erstellen können, daß vor Fälligkeit der streitgegenständlichen Beiträge mit Sicherheit Zahlungseingänge zu verzeichnen gewesen wären. Auch ist nicht festgestellt, daß er von der Erstellung der Abrechnungen abgesehen und bewußt in Kauf genommen hätte, er werde diese Beiträge möglicherweise nicht abführen können. Dafür genügt es entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht, daß die Gefahr der Zahlungsunfähigkeit für den Beklagten erkennbar war. Erforderlich ist, daß er sie tatsächlich erkannt und in Kauf genommen hat. Das Berufungsgericht hat ferner nicht festgestellt, der Beklagte habe in diesem Bewußtsein die Bildung ihm möglicher Rücklagen unterlassen. Darüber hinaus hat es, worauf die Revision zu Recht hinweist, nicht hinreichend berücksichtigt, daß sowohl die rechtzeitige Abrechnung der Bauleistungen als auch die Bildung von Rücklagen die Zahlungsfähigkeit der M-GmbH am 15. Juli 1995 nur dann sichergestellt hätten, wenn diese Gelder nicht von der behaupteten Pfändung erfaßt worden wären. Auch zu dieser Frage fehlen Feststellungen.

Soweit das Berufungsgericht seine Annahme einer "omissio libera in causa" auf den Umstand stützen will, daß der Beklagte die Mitarbeiter trotz erkennbarer Zahlungsunfähigkeit der M-GmbH weiterbeschäftigt habe, erweitert es zudem den Tatbestand des § 266 a Abs. 1 StGB in unzulässiger Weise. Es verkennt, daß sich der Beklagte durch dieses Verhalten nicht der Möglichkeit zur Vornahme der gebotenen Handlung, d. h. zur Abführung der Sozialversicherungsbeiträge begeben hat. Denn durch die Weiterbeschäftigung der Ar-

beitnehmer hat er die von ihm behauptete Zahlungsunfähigkeit der M-GmbH nicht herbeigeführt. Hätte er die Mitarbeiter im Juni 1995 nicht beschäftigt, so hätte die Gesellschaft am 15. Juli 1995 nicht über zusätzliche Zahlungsmittel verfügt. Er hätte dadurch allenfalls - sofern es ihm gelungen wäre, die zwischen der M-GmbH und ihren Mitarbeitern bestehenden Arbeitsverhältnisse zum 31. Mai 1995 zu beenden, wozu es an jeglichen Feststellungen fehlt, - die Verpflichtung der Gesellschaft zur Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen zum Erlöschen gebracht. Daß er dies nicht getan hat, erfüllt jedoch nicht den Tatbestand des § 266 a Abs. 1 StGB. Diese Bestimmung sanktioniert allein die Nichtzahlung der geschuldeten Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung. Sie erfaßt hingegen nicht den Fall, daß der Arbeitgeber in der wirtschaftlichen Krise des Unternehmens davon absieht, die Sozialversicherungspflicht seiner Arbeitnehmer durch sofortige Auflösung sämtlicher Beschäftigungsverhältnisse zu beenden.

Dr. Müller

Dr. Dressler

Dr. Greiner

Diederichsen

Pauge