

**Bearbeiter:** Karsten Gaede

**Zitiervorschlag:** BGH 5 StR 16/02, Beschluss v. 28.05.2002, HRRS-Datenbank, Rn. X

---

**BGH 5 StR 16/02 - Beschluss vom 28. Mai 2002 (LG Neuruppin)**

BGHSt 47, 318; Vorenthalten von Arbeitnehmerbeiträgen (Unvermögen zum Fälligkeitszeitpunkt; Leistungsfähigkeit; Unterlassen; Unzumutbarkeit; omissio libera in causa; Sicherungsvorkehrungen für die Zahlung der Arbeitnehmerbeiträge; Vorrang der Sozialversicherungsansprüche; Vorsatz; tatsächliche Lohnzahlung; rechtfertigende Pflichtenkollision); Beweiswürdigung (Inbegriff der Hauptverhandlung; unterbliebene Verlesung; wesentliche Förmlichkeit; Vorhalt); Delegation bei formellen Geschäftsführern (Übertragung auf den faktischen Geschäftsführer).

§ 266a Abs. 1 StGB; § 13 StGB; § 14 StGB; § 261 StPO; § 249 Abs. 1 StPO; § 273 Abs. 1 StPO

Leitsätze

1. Nach § 266a Abs. 1 StGB macht sich auch strafbar, wer zwar zum Fälligkeitszeitpunkt nicht leistungsfähig war, es aber bei Anzeichen von Liquiditätsproblemen unterlassen hat, Sicherungsvorkehrungen für die Zahlung der Arbeitnehmerbeiträge zu treffen, und dabei billigend in Kauf genommen hat, dass diese später nicht mehr erbracht werden können. Das Vorenthalten von Arbeitnehmerbeiträgen setzt nicht voraus, dass an die Arbeitnehmer tatsächlich Lohn abgeführt wurde. (BGHSt)

2. Für das echte Unterlassen des § 266a StGB gelten die allgemeinen Grundsätze, wonach als ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzung hinzutreten muss, dass den Handlungspflichtigen die Erfüllung seiner gesetzlichen Pflicht möglich und zumutbar ist (BGH NJW 1998, 1306). Eine unmögliche Leistung darf dem Verpflichteten nicht abverlangt werden. (Bearbeiter)

3. Eine Pflicht, besondere Sicherungsmaßnahmen zu ergreifen, setzt sich abzeichnende Liquiditätsprobleme in dem Unternehmen voraus. Welche Vorkehrungen in welchem Umfang zu treffen sind, richtet sich nach der Eigenart des jeweiligen Einzelfalles. Entscheidend ist dabei, welche Liquiditätsprognose zum Fälligkeitsstichtag zu stellen ist und ob Hinderungsgründe bestehen könnten, die Sozialbeiträge im Sinne des § 266a Abs. 1 StGB abzuführen. Dabei wird es auf die jeweils zu erwartenden Einnahmen (ebenso wie auf Kapitalabflüsse durch Pfändungen, Ver- oder Aufrechnungen) ankommen. Pflichtwidrigkeit liegt dabei nur dann vor, wenn sich ein Liquiditätsengpaß abzeichnete und durch entsprechende angemessene finanztechnische Maßnahmen hätte abgewendet werden können. Dies geht jedoch nicht soweit, dass er Vermögenswerte wegen der Drohung von Pfändungen für titulierte Forderungen dem Zugriff von Gläubigern entziehen darf. Gleichfalls muss er sich zur Erfüllung seiner sozialversicherungsrechtlichen Pflichten keine Kreditmittel beschaffen, falls er deren Rückzahlung nicht gewährleisten kann. Nur soweit dem Arbeitgeber überhaupt im Zeitpunkt des Offenbarwerdens der Liquiditätsprobleme die Möglichkeit verbleibt, die Abführung der Sozialbeiträge seiner Arbeitnehmer durch rechtlich zulässige Maßnahmen noch sicherzustellen, handelt er pflichtwidrig, wenn er dies unterlässt. (Bearbeiter)

4. Der Geschäftsführer braucht jedoch die in sein Ressort fallenden Pflichten nicht in eigener Person erfüllen (vgl. BGHSt 37, 106, 123 f.). Er kann sie auch delegieren, ihre Erfüllung anderen Personen überlassen. In diesen Fällen muss er durch geeignete organisatorische Maßnahmen die Begleichung sozialversicherungsrechtlicher Verbindlichkeiten sicherstellen. Jedenfalls nach einer angemessenen und beanstandungsfreien Einarbeitungszeit darf er sich dann grundsätzlich auf die Erledigung dieser Aufgaben durch den von ihm Betrauten verlassen, solange zu Zweifeln kein Anlaß besteht. Es trifft ihn dann jedoch eine Überwachungspflicht. Wie diese ausgestaltet ist, wird nach den Umständen des Einzelfalles zu bestimmen sein. Diese Grundsätze müssen auch dann gelten, wenn der Geschäftsführer eine Person mit so weitreichenden Handlungsvollmachten gewähren läßt, daß diese ihrerseits als faktischer Geschäftsführer zu qualifizieren ist. (Bearbeiter)

5. Es ist nicht ausgeschlossen, Urkunden im Wege des Vorhalts in die Hauptverhandlung einzuführen. Beweisgrundlage ist dann allerdings nicht der Vorhalt, sondern die bestätigende Erklärung desjenigen, dem der Vorhalt gemacht wird (st. Rspr.; vgl. nur BGHSt 11, 159, 160 und 11, 338, 340 f). In einem solchen Fall

bedarf es keiner Verlesung der Urkunde. Der Einführung des Inhalts eines Schriftstücks in die Hauptverhandlung im Wege des Vorhalts sind jedoch dann Grenzen gesetzt, wenn es sich bei dem vorgehaltenen Schriftstück um ein längeres oder ein solches handelt, das sprachlich oder inhaltlich schwer zu verstehen ist. Es bestünde da nicht die Gewähr dafür, dass die Auskunftsperson den Sinn der schriftlichen Erklärung auf den bloßen inhaltlichen Vorhalt hin richtig erfasst hat. Dies könnte die Wahrheitsfindung gefährden und das rechtliche Gehör und damit die Verteidigung des Angeklagten beeinträchtigen. (Bearbeiter)

### Entscheidungstenor

1. Auf die Revisionen der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Neuruppin vom 18. Juli 2001 gemäß § 349 Abs. 4 StPO mit den jeweils zugehörigen Feststellungen aufgehoben
  - a) soweit die Angeklagten wegen Betruges und versuchten Betruges sowie wegen Vorenthaltens von Arbeitsentgelt verurteilt wurden und
  - b) in den gesamten Strafaussprüchen.
2. Die weitergehenden Revisionen der Angeklagten werden nach § 349 Abs. 2 StPO verworfen.
3. Die Sache wird im Umfang der Aufhebung zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

### Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten W B wegen Betruges in zwölf Fällen (davon in drei Fällen wegen Versuchs), Vorenthaltens von Arbeitsentgelt in fünf Fällen, wegen Verstoßes gegen ein Berufsverbot und wegen falscher Angaben nach dem GmbH-Gesetz in zwei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt. Seine Ehefrau K B hat es wegen Betruges in zwei Fällen, wegen Vorenthaltens von Arbeitsentgelt in fünf Fällen, wegen falscher Angaben nach dem GmbH-Gesetz in zwei Fällen und wegen Beihilfe zum Verstoß gegen das Berufsverbot schuldig gesprochen und gegen sie eine - zur Bewährung ausgesetzte - Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und neun Monaten verhängt. Die hiergegen gerichteten Revisionen der Angeklagten haben in dem aus dem Beschlußtenor ersichtlichen Umfang Erfolg; im übrigen sind sie unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO. 1

#### I.

Die Schuldsprüche gegen beide Angeklagten wegen Betruges bzw. wegen versuchten Betruges sowie wegen Vorenthaltens von Arbeitsentgelt halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. 2

1. Bezüglich der Fälle II.2 bis 14 (Fälle des versuchten bzw. vollendeten Betruges) hat die von den Angeklagten jeweils inhaltsgleich erhobene Verfahrensrüge Erfolg. Insoweit tritt der Senat der Begründung des Generalbundesanwalts bei. Dieser hat in seiner Antragsschrift vom 26. März 2002 folgendes ausgeführt: 3

"Die von beiden Beschwerdeführern zulässig erhobene Verfahrensrüge, das Landgericht habe entgegen § 261 StPO für seine Überzeugungsbildung Kontounterlagen verwertet, ohne diese prozeßordnungsgemäß in die Hauptverhandlung eingeführt zu haben, muß durchgreifen. 4

Die Strafprozeßordnung sieht zur Beweiserhebung über den Inhalt von Urkunden und anderen als Beweismittel dienenden Schriftstücken grundsätzlich die Verlesung gemäß § 249 Abs. 1 StPO vor (BGHR StPO § 249 Abs. 1 Verlesung, unterbliebene 1). Der Vorgang der Verlesung stellt im übrigen eine wesentliche Förmlichkeit im Sinne von § 273 Abs. 1 StPO dar, deren Beachtung regelmäßig nur durch den Inhalt des Hauptverhandlungsprotokolls bewiesen werden kann (Pfeiffer, StPO, 3. Aufl., Rdn. 3 Mitte). 5

Eine solche förmliche Verlesung der Kontounterlagen zu den verschiedenen Geschäftskonten, über die die Angeklagten ihre geschäftlichen Aktivitäten abwickelten, hat entgegen den Ausführungen im Urteil (UA S. 31) nicht stattgefunden. Im Hauptverhandlungsprotokoll vom 8. Mai 2001 ist insoweit, worauf die Beschwerdeführer zutreffend hinweisen, lediglich vermerkt, daß die entsprechenden Unterlagen aus dem Beweismittelordner II aus Anlaß der Vernehmung der zuständigen Sachbearbeiter der beteiligten Banken erörtert wurden (Protokollheft/Bl. 3 und 4 des Hauptverhandlungstages 8. Mai 2001). Zwar enthält das Hauptverhandlungsprotokoll noch an verschiedenen Stellen 6

den Eintrag, aus den Beweismittelordnern seien Schriftstücke (auszugsweise) verlesen worden (vgl. nur Protokollheft/Bl. 2 des Hauptverhandlungsprotokolls 22. Mai 2001; Bl. 2 des Hauptverhandlungsprotokolls 7. Juni 2001; Bl. 3 des Hauptverhandlungsprotokolls 12. Juni 2001; Bl. 2 des Hauptverhandlungsprotokolls 27. Juni 2001). In allen Fällen handelt es sich hier aber ersichtlich nicht um die im Beweismittelordner II abgelegten umfangreichen Unterlagen über die Kontobewegungen.

Ob die Kontounterlagen den als Zeugen vernommenen Bankmitarbeitern vorgehalten wurden, kann dahinstehen. Der Inhalt der betreffenden Urkunden wäre durch ihre Erörterung mit den Zeugen jedenfalls im vorliegenden Fall nicht ordnungsgemäß Gegenstand der Hauptverhandlung geworden. 7

Zwar ist es nicht ausgeschlossen, Urkunden im Wege des Vorhalts in die Hauptverhandlung einzuführen (BGH, Urt. vom 7. November 1991 - 4 StR 252/91, insoweit in BGHSt 38, 111 nicht abgedruckt). Beweisgrundlage ist dann allerdings nicht der Vorhalt, sondern die bestätigende Erklärung desjenigen, dem der Vorhalt gemacht wird (st. Rspr.; vgl. nur BGHSt 11, 159, 160 und 11, 338, 340/341). In einem solchen Fall bedarf es keiner Verlesung der Urkunde. Der Tatrichter kann vielmehr die Erklärungen seiner Überzeugungsbildung zugrundelegen, die die Beweisperson auf die nicht protokollierungspflichtigen Vorhalte über den Inhalt der Schriftstücke abgegeben hat (BGHR StPO § 249 Abs. 1 Verlesung, unterbliebene 1 m. w. N.). Der Einführung des Inhalts eines Schriftstücks in die Hauptverhandlung im Wege des Vorhalts sind jedoch dann Grenzen gesetzt, wenn es sich bei dem vorgehaltenen Schriftstück um ein längeres oder ein solches handelt, das sprachlich oder inhaltlich schwer zu verstehen ist. Es bestünde da nicht die Gewähr dafür, daß die Auskunftsperson den Sinn der schriftlichen Erklärung auf den bloßen inhaltlichen Vorhalt hin richtig erfaßt hat (BGH aaO m. w. N.). Dies könnte die Wahrheitsfindung gefährden und das rechtliche Gehör und damit die Verteidigung des Angeklagten beeinträchtigen. 8

So liegt es hier. Ausweislich des Hauptverhandlungsprotokolls vom 8. Mai 2001 wurde eine insgesamt nicht näher eingrenzbar, jedoch insgesamt große Zahl von Kontoauszügen und anderen Kontounterlagen aus dem Beweismittelordner II mit den Zeugen erörtert. Es ist nicht anzunehmen, daß die jeweils vernommenen Zeugen angesichts der Komplexität der Materie den Sinn der jeweiligen Erklärungen auf den bloßen inhaltlichen Vorhalt hin in jedem Fall richtig erfaßt haben. 9

Auf dem Verfahrensverstoß beruht auch das Urteil." 10

2. Die Sachrügen der beiden Angeklagten führen zur Aufhebung der Verurteilung wegen Vorenthaltens von Arbeitnehmerbeiträgen in fünf Fällen. Insoweit tragen die vom Landgericht getroffenen Feststellungen den Schuldspruch nicht, weil das Landgericht die Leistungsfähigkeit der Angeklagten nicht geprüft hat. 11

a) Das Landgericht, das keine Feststellungen zu tatsächlichen Lohnzahlungen getroffen hat, stellt für die Strafbarkeit nach § 266a StGB zutreffend allein auf die sozialversicherungsrechtliche Pflicht zur Abführung der Arbeitnehmerbeiträge ab. Die Strafbarkeit hängt nämlich nicht davon ab, daß Lohn ausbezahlt wurde (so aber Gribbohm JR 1997, 479 ff.; Bittmann wistra 1999, 441; Bente wistra 1996, 115; jeweils mit umfangreichen Nachweisen). Die sozialversicherungsrechtliche Beitragspflicht entsteht nach § 22 Abs. 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 1 und § 7 Abs. 1 SGB IV allein durch die versicherungspflichtige Beschäftigung eines Arbeitnehmers gegen Entgelt. Der Anspruch wird gemäß § 23 Abs. 1 Satz 2 SGB IV unabhängig von der tatsächlichen Zahlung von Arbeitslohn fällig (BSGE 75, 61, 65). Jedenfalls seit Änderung der ursprünglichen Strafbestimmung und Einfügung des § 266a Abs. 1 StGB in das Strafgesetzbuch (durch das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 15. Mai 1986 - BGBl. I 721) ist das Merkmal entfallen, wonach es sich um "einbehaltene Beiträge" handeln muß (vgl. zum früheren Rechtszustand BGHSt 30, 265, 266 f. m. w. N.). Maßgebend ist seither allein noch das "Vorenthalten" von Beiträgen des Arbeitnehmers (vgl. ausführlich zur Entstehungsgeschichte BGHZ 144, 311). 12

Alleiniger Schuldner des Arbeitnehmeranteils ist gemäß § 28e Abs. 1 SGB IV der Arbeitgeber. Damit fehlt auch ein irgendwie geartetes Treuhandverhältnis des Arbeitgebers gegenüber seinem Arbeitnehmer im Hinblick auf die Arbeitnehmerbeiträge. Diese hat der Arbeitgeber nicht von einem gedachten Bruttolohn zu separieren, sondern er selbst ist originär zur Leistung der Sozialversicherungsbeiträge verpflichtet und darf dann seinerseits erst im Rückgriff (und nur für einen bestimmten Zeitraum) nach § 28g SGB IV seine Leistungen vom Bruttoarbeitslohn des Arbeitnehmers abziehen. Da die Schuld hinsichtlich der Arbeitnehmerbeiträge unabhängig vom gezahlten Lohn besteht und sich auch aus dem Tatbestand des § 266a Abs. 1 StGB eine solche Einschränkung nicht entnehmen läßt, ist kein Raum für eine einengende Auslegung, die eine Strafbarkeit nach § 266a StGB von der tatsächlichen Lohnzahlung abhängig macht (BGHZ 144, 311; vgl. auch BGH ZIP 2002, 261, 262). 13

b) Das Landgericht hat jedoch keine Feststellungen zur Leistungsfähigkeit der "B" getroffen, die Arbeitgeberin der Zeugin F war. Es hat allein auf die verspätete Zahlung der Arbeitnehmerbeiträge abgehoben. Dies reicht nicht aus, weil 14

der Straftatbestand des § 266a Abs. 1 StGB nur dann gegeben ist, wenn der verpflichtete Arbeitgeber auch die tatsächliche und rechtliche Möglichkeit zur Erfüllung dieser sozialversicherungsrechtlichen Verbindlichkeit hatte. Insoweit gelten für das echte Unterlassen des § 266a StGB die allgemeinen Grundsätze, wonach als ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzung hinzutreten muß, daß den Handlungspflichtigen die Erfüllung seiner gesetzlichen Pflicht möglich und zumutbar ist (BGH NJW 1998, 1306; BGH ZIP 2002, 261, 262). Eine unmögliche Leistung darf dem Verpflichteten nicht abverlangt werden.

Eine Unmöglichkeit in diesem Sinne liegt insbesondere dann vor, wenn der Handlungspflichtige zahlungsunfähig ist (BGHZ 134, 304, 307; BGH NJW 2002, 1123, 1124). Eine eingehende Auseinandersetzung mit der Zahlungsfähigkeit der Verpflichteten wäre hier schon deshalb erforderlich gewesen, weil das Landgericht für einen tatnahen Zeitraum festgestellt hat, daß keinerlei liquide Mittel mehr vorhanden waren, die Firmenkonten nicht mehr belastet werden konnten oder auf andere Weise Mittel hätten beschafft werden können. Auch wenn - worauf der Generalbundesanwalt abhebt - die jeweilige monatliche Zahllast gering war, enthebt dies angesichts der im Rahmen der Betrugstaten und der Vergehen nach § 82 GmbH-Gesetz geschilderten desolaten finanziellen Verhältnisse den Tatrichter nicht von der Verpflichtung, die tatsächliche Möglichkeit der Zahlung nachvollziehbar darzulegen. Dabei sind - die Angaben des Landgerichts zur Unternehmensform sind widersprüchlich - nur die Betriebsmittel und das Betriebsvermögen heranzuziehen. Soweit ein persönlich haftender Gesellschafter vorhanden ist, wird weiterhin auch dessen finanzielle Leistungskraft zu berücksichtigen sein. 15

c) Allerdings kann der Tatbestand des § 266a StGB auch dann verwirklicht werden, wenn der Handlungspflichtige zwar zum Fälligkeitstag zahlungsunfähig ist, sein pflichtwidriges Verhalten jedoch praktisch vorverlagert ist (sogenannte *omissio libera in causa* - vgl. hierzu Stree in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. Vorbemerkung §§ 13 ff. Rdn. 144 f. m. w. N.). 16

aa) Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat im Rahmen der Prüfung von haftungsrechtlichen Ansprüchen nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266a StGB eine Verwirklichung des Tatbestandes auch darin gesehen, daß der Handlungspflichtige durch anderweitige Zahlungen sich seiner Zahlungsverpflichtung zum Fälligkeitszeitpunkt begeben hat. Der Arbeitgeber sei nämlich verpflichtet, notfalls durch besondere Maßnahmen (etwa die Aufstellung eines Liquiditätsplanes und die Bildung von Rücklagen) die Zahlung zum Fälligkeitstag sicherzustellen. Diese Mittel dürften auch nicht zur Begleichung anderer Verbindlichkeiten eingesetzt werden. Insoweit gehe die Pflicht zur Abführung der sozialversicherungsrechtlichen Arbeitnehmerbeiträge im Sinne des § 266a Abs. 1 StGB anderen Verbindlichkeiten vor (BGHZ 134, 304 ff.). 17

bb) Dieser Auffassung des VI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes, die in der Literatur kritisiert wurde (vgl. Tröndle/Fischer, StGB 50. Aufl. § 266a Rdn. 12), tritt der Senat bei. Der Vorrang der in § 266a Abs. 1 StGB genannten Ansprüche wird nicht nur durch den strafbewehrten Normbefehl deutlich, der schon die nicht fristgerechte Erfüllung dieser Verbindlichkeiten erfaßt. Durch ihren besonderen strafrechtlichen Schutz sind diese Ansprüche hervorgehoben. Das besondere Sicherungsbedürfnis dieser Ansprüche erschließt sich auch aus der Regelung des § 266a Abs. 5 StGB, die von dem Arbeitgeber im Falle wirtschaftlicher Schwierigkeiten verlangt, seine Bemühungen um die Begleichung der sozialversicherungsrechtlichen Verbindlichkeiten darzutun, um selbst im Falle einer späteren Zahlung eine Strafbefreiung zu erlangen. Auch diese Regelung wäre nicht verständlich, wären sämtliche Verbindlichkeiten jeweils gleichrangig; denn dann ließe bereits die bloße Erfüllung einer anderen (kongruenten) Verbindlichkeit die Tatbestandsmäßigkeit entfallen. Eines besonders ausgestalteten bedingten persönlichen Strafausschließungsgrundes, der zudem an weitere Voraussetzungen gebunden ist, bedürfte es dann nicht nur nicht mehr, es ergäbe sich sogar ein normativer Widerspruch. 18

Schließlich wird dieses Ergebnis aus den Gesetzgebungsmaterialien bestätigt. Trotz einer ausdrücklich geäußerten Kritik an der Besserstellung der Gläubiger dieser sozialversicherungsrechtlichen Ansprüche hat der Gesetzgeber an dem besonderen strafrechtlichen Schutz festgehalten, um das Beitragsaufkommen der Sozialkassen sicherzustellen (BT-Drucks. 10/5058, S. 31). Wenn das Gesetz für diese Ansprüche aber einen strafrechtlichen Schutz vorsieht, kann der jeweilige Normadressat eine Befriedigung des Anspruchs nur dann verweigern, wenn er nach den allgemeinen Regeln des Strafrechts gerechtfertigt ist. Eine strafrechtlich gebotene Pflicht darf der Handlungspflichtige nur im Falle einer unvermeidbaren Kollision verweigern, wenn er damit letztlich einem gleichwertigen Rechtsgut genügt. Insoweit gilt auch hier der Gedanke, daß bei einer Pflichtenkollision der Täter nur gerechtfertigt ist, wenn er eine zumindest gleichwertige Pflicht erfüllt (vgl. Lenckner in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. Vorbemerkung §§ 32 ff. Rdn. 71 ff.). Der strafrechtliche Schutz eines Rechtsgutes begründet indes seine Höherwertigkeit gegenüber einer bloß zivilrechtlichen Handlungspflicht, was umgekehrt wiederum zur Folge hat, daß die Erfüllung eines zivilrechtlichen Anspruchs nicht die Verletzung eines Straftatbestands rechtfertigen kann. 19

cc) Der Umstand, daß der Arbeitgeber die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge zum Fälligkeitsstichtag sicherstellen muß, bedeutet aber nicht, daß schon aus dem Fehlen einer entsprechenden Deckung ohne weiteres auf einen schuldhaften Verstoß gegen die Pflichten aus § 266a Abs. 1 StGB geschlossen werden kann. Der Arbeitgeber muß nicht schlechthin für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einstehen. Die Beweisregel des § 279 BGB a.F. gilt hier nicht (vgl. auch BGH NJW 2002, 1123, 1125; a.A. OLG Celle JR 1997, 478, 479). Vielmehr ist insoweit die vorsätzlich begangene Pflichtwidrigkeit nach den für das Schuldstrafrecht maßgeblichen Grundsätzen festzustellen. 20

(1) Eine Pflicht, besondere Sicherungsmaßnahmen zu ergreifen, setzt sich abzeichnende Liquiditätsprobleme in dem Unternehmen voraus. Denn ein Unternehmen mit geregelten wirtschaftlichen und organisatorischen Verhältnissen wird zur Erfüllung seiner sozialversicherungsrechtlichen Pflichten keiner außergewöhnlichen Vorkehrungen bedürfen. Welche Vorkehrungen in welchem Umfang zu treffen sind, richtet sich nach der Eigenart des jeweiligen Einzelfalles. Entscheidend ist dabei, welche Liquiditätsprognose zum Fälligkeitsstichtag zu stellen ist und ob Hinderungsgründe bestehen könnten, die Sozialbeiträge im Sinne des § 266a Abs. 1 StGB abzuführen. Dabei wird es auf die jeweils zu erwartenden Einnahmen (ebenso wie auf Kapitalabflüsse durch Pfändungen, Ver- oder Aufrechnungen) ankommen. Pflichtwidrigkeit liegt dabei nur dann vor, wenn sich ein Liquiditätsengpaß abzeichnete und durch entsprechende angemessene finanztechnische Maßnahmen hätte abgewendet werden können (a.A. Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 266a Rdn. 10, die nur bei gänzlich unerwarteten Ereignissen die Tatbestandsmäßigkeit entfallen lassen wollen). Dabei muß der Arbeitgeber zwar sicherstellen, daß die Sozialversicherungsbeiträge vorrangig abgeführt werden. Dies geht jedoch nicht soweit, daß er Vermögenswerte wegen der Drohung von Pfändungen für titulierte Forderungen dem Zugriff von Gläubigern entziehen darf. Gleichfalls muß er sich zur Erfüllung seiner sozialversicherungsrechtlichen Pflichten keine Kreditmittel beschaffen, falls er deren Rückzahlung nicht gewährleisten kann (weitergehend BGH NJW 1997, 133, 134; dort verlangt der VI. Zivilsenat - in einem obiter dictum - offenbar die Ausschöpfung eines noch offenen Kreditrahmens). Nur soweit dem Arbeitgeber überhaupt im Zeitpunkt des Offenbarwerdens der Liquiditätsprobleme die Möglichkeit verbleibt, die Abführung der Sozialbeiträge seiner Arbeitnehmer durch rechtlich zulässige Maßnahmen noch sicherzustellen, handelt er pflichtwidrig, wenn er dies unterläßt. 21

(2) Der Straftatbestand des § 266a Abs. 1 StGB ist ein Vorsatzdelikt. Der Handlungspflichtige muß deshalb die Anzeichen von Liquiditätsproblemen, die besondere Anstrengungen zur Sicherstellung der Abführung der Arbeitnehmerbeiträge verlangten, erkannt haben (vgl. Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 266a Rdn. 17; Tröndle/Fischer, StGB 50. Aufl. § 266a Rdn. 17). Nimmt er dabei zumindest billigend in Kauf, daß bei Unterlassung von Sicherheitsvorkehrungen später möglicherweise die Arbeitnehmerbeiträge nicht mehr rechtzeitig erbracht werden können, ist hinsichtlich des Merkmals der Pflichtwidrigkeit auch Vorsatz gegeben (vgl. BGH NJW 2002, 1123, 1125). Der Verantwortliche muß demnach die Zuspitzung der wirtschaftlichen Situation und die daraus resultierende Gefährdung der Arbeitnehmerbeiträge sehen (was auch durch ungeordnete Verhältnisse im Unternehmen begründet sein kann - vgl. BGHZ 134, 304, 315). Unterläßt er es dann dennoch, Maßnahmen zu ergreifen, die eine Befriedigung dieser vorrangigen sozialversicherungsrechtlichen Verbindlichkeiten gewährleisten, handelt er vorsätzlich. 22

dd) Das Landgericht hat vorliegend weder geprüft, ob zum Zeitpunkt der Fälligkeit eine entsprechende Leistungskraft vorhanden war, noch - wenn diese Voraussetzung verneint werden muß - hilfsweise zu einem früheren Zeitpunkt die Sicherstellung der Abführung der Arbeitnehmerbeiträge hätte veranlaßt werden müssen und die Angeklagten dies auch erkannt haben. In diesem Zusammenhang kann auch der Umstand Bedeutung erlangen, daß die zu zahlenden Beiträge monatlich relativ niedrig bemessen waren. Das kann die Angeklagten möglicherweise zu der Einschätzung veranlaßt haben, zum Fälligkeitszeitpunkt über genügende Mittel zu verfügen. Selbst wenn dies zunächst hingenommen werden könnte, würde für spätere Zeiträume in Rechnung zu stellen sein, daß zunächst nicht einmal die geringen Beiträge abgeführt wurden. Dabei werden auch die an die Firma der Angeklagten geflossenen ABM-Mittel Beachtung finden müssen, die über den Arbeitnehmerbeiträgen lagen. Ob sie wegen des erheblichen Schuldsaldos auf den Firmenkonten darüber überhaupt verfügen konnten, ergeben die Feststellungen allerdings nicht. Jedenfalls nachdem zunächst die Arbeitnehmerbeiträge nicht mehr geleistet werden konnten, mußte der Umstand allerdings die Angeklagten veranlassen, diese Fördermittel vorrangig für die Begleichung der Sozialversicherungsbeiträge heranzuziehen und sie entsprechend zu sichern. 23

d) Das Landgericht hat im Ergebnis zutreffend beide Angeklagte als strafrechtlich verantwortlich im Sinne des § 14 StGB für die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge angesehen. Aus dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe wird ausreichend deutlich, daß der Angeklagte B die internen kaufmännischen Angelegenheiten eigenständig erledigt hat. Seine Stellung als mit diesen Fragen auch tatsächlich befaßter faktischer Geschäftsführer trägt bei ihm die Annahme einer strafrechtlich relevanten Verantwortlichkeit (vgl. BGHSt 21, 101, 103). Die Verantwortlichkeit der Angeklagten B ergibt sich hier daraus, daß sie bewußt den mit einem Berufsverbot belasteten W B die ihr obliegende Pflicht zur Beitragsabführung überlassen hat, obwohl die wirtschaftliche Situation der Firma bereits angespannt war. 24

Zwar begründet schon allein die Stellung der Angeklagten K B als formelle Geschäftsführerin ihre Verantwortlichkeit als Organ der Gesellschaft nach außen, was insbesondere auch ihre Einstandspflicht für die Erfüllung öffentlich-rechtlicher Pflichten einschließt (BGH wistra 1990, 97 f.). Der Geschäftsführer braucht jedoch die in sein Ressort fallenden Pflichten nicht in eigener Person erfüllen (vgl. BGHSt 37, 106, 123 f. grundlegend zur strafrechtlichen Relevanz von Ressortzuständigkeiten). Er kann sie auch delegieren, ihre Erfüllung anderen Personen überlassen (BGHZ 133, 370, 378; hinsichtlich steuerlicher Pflichten vgl. auch BFHE 141, 443). In diesen Fällen muß er durch geeignete organisatorische Maßnahmen die Begleichung sozialversicherungsrechtlicher Verbindlichkeiten sicherstellen. Jedenfalls nach einer angemessenen und beanstandungsfreien Einarbeitungszeit darf er sich dann grundsätzlich auf die Erledigung dieser Aufgaben durch den von ihm Betrauten verlassen, solange zu Zweifeln kein Anlaß besteht (vgl. BGHZ 133, 370, 378). Es trifft ihn dann jedoch eine Überwachungspflicht. Wie diese ausgestaltet ist, wird nach den Umständen des Einzelfalles zu bestimmen sein. 25

Diese Grundsätze müssen auch dann gelten, wenn der Geschäftsführer eine Person mit so weitreichenden Handlungsvollmachten gewähren läßt, daß diese ihrerseits als faktischer Geschäftsführer zu qualifizieren ist. Selbst wenn der Geschäftsführer hinnimmt, daß sich ein faktischer Geschäftsführer etablieren kann, führt dies nicht zwangsläufig zu einer Zurechenbarkeit von dessen Straftaten. Auch insoweit ist die strafrechtliche Schuld nach allgemeinen Grundsätzen festzustellen. Der formelle Geschäftsführer handelt demnach nur dann vorsätzlich pflichtwidrig im Sinne des § 266a StGB, wenn er Anhaltspunkte für eine unzureichende Erfüllung der sozialversicherungsrechtlichen Pflichten durch den faktischen Geschäftsführer erlangt und dennoch nicht die notwendigen Maßnahmen ergriffen hat. Solche sich dem formellen Geschäftsführer aufdrängende Verdachtsmomente brauchen sich nicht unmittelbar auf die Verletzung sozialversicherungsrechtlicher Pflichten beziehen. Es kann nach den Umständen des Einzelfalles auch ausreichen, wenn für den formellen Geschäftsführer schon Anzeichen dafür bestehen, daß die Verbindlichkeiten nicht ordnungsgemäß erfüllt werden (vgl. BGHZ 133, 370, 379). Dies gilt insbesondere dann, wenn die Handlungsweise des faktischen Geschäftsführers - wie hier durch den andauernden Verstoß gegen ein Berufsverbot - in einem rechtswidrigen Gesamtzusammenhang steht und dem formellen Geschäftsführer dies bekannt ist. Im vorliegenden Fall mußte deshalb die Angeklagte B in Anbetracht der schwierigen wirtschaftlichen Situation die Abführung der Beiträge selbst sicherstellen. 26

3. Die Verurteilungen wegen der Verstöße des Berufsverbots sowie gegen das GmbH-Gesetz können dagegen bestehen bleiben, weil die Feststellungen hierzu von den vorgenannten Rechtsfehlern unberührt bleiben. Der Senat hat jedoch die hierfür verhängten Einzelstrafen aufgehoben, um dem neuen Tatrichter eine insgesamt eigenständige Strafzumessung zu ermöglichen. 27

## II.

Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat noch auf folgendes hin: 28

1. Die bloße Mitteilung des geschuldeten Sozialversicherungsbeitrages reicht nicht aus. Im Falle einer erneuten Verurteilung sind neben der Anzahl der Beschäftigten auch deren Beschäftigungszeiten, das zu zahlende Arbeitsentgelt und die Höhe des Beitragssatzes der örtlich zuständigen AOK darzustellen (BGHR StGB § 266a Sozialabgaben 4). 29

2. Hinsichtlich der Betrugsvorwürfe ist zu beachten, daß ein Eingehungsbetrug zu Lasten einzelner Subunternehmer nicht ohne weiteres angenommen werden kann, wenn die Zahlungsverpflichtungen gegenüber den Subunternehmern durch entsprechende Zahlungsansprüche gegen die jeweiligen Bauherren wirtschaftlich abgedeckt waren (vgl. BGHR StGB § 263 Abs. 1 Vermögensschaden 5). In diesen Fällen könnte der Angeklagte, auch wenn er über kein wesentliches Vermögen verfügen sollte, jedenfalls von einer Deckung seiner Verbindlichkeiten durch den Anspruch gegenüber dem Bauherrn ausgehen. Etwas anderes wird nur dann gelten, wenn der Angeklagte jedenfalls zum Zeitpunkt des Abschlusses des Subunternehmervertrages die mangelnde Bonität des Bauherrn erkannt hat oder er trotz ausreichender Sicherung seiner Forderung gegen den Bauherrn zumindest damit rechnet, Zahlungen hierauf wegen einer Vielzahl anderer (vor allem titulierter) Verbindlichkeiten nicht mehr an den Subunternehmer weiterleiten zu können (vgl. BGHR StGB § 263 Abs. 1 Täuschung 1, 5). 30

Soweit das Landgericht auf eine (allerdings nicht näher belegte) Vorleistungspflicht der Firma des Angeklagten gegenüber dem Bauherrn abgestellt hat, ist dieser Gesichtspunkt jedenfalls nicht ohne weiteres tragfähig. Der dem Angeklagten verpflichtete Subunternehmer ist nämlich gleichfalls vorleistungspflichtig. In beiden Rechtsbeziehungen werden die Werklohnvergütungen zwar jeweils mit Abnahme fällig (§ 641 Abs. 1 BGB), wobei in der Baupraxis die Fertigstellung einzelner Gewerke eine Zahlungspflicht des Bauherrn auslöst (§ 641 Abs. 1 Satz 2 BGB) und deshalb aber häufig eine Gesamtabnahme stattfindet. Auch soweit in einigen Fällen die Fälligkeitszeitpunkte gegenüber den Subunternehmern bis zu 30 Tage früher lagen, wäre dies nicht ohne weiteres ein so erheblicher Zwischenraum, daß 31

sich schon hieraus eine schadensgleiche Vermögensgefährdung im Sinne des § 263 StGB herleiten ließe.

3. Wenn nach den oben dargestellten Grundsätzen bei den einzelnen Verträgen von einem Eingehungsbetrug auszugehen ist, kommt es für die tatbestandliche Vollendung nicht mehr darauf an, ob dem betreffenden Vertragspartner tatsächlich ein Schaden entstanden ist (vgl. BGHSt 23, 300). Der tatsächlich eingetretene Schaden wird dann nur noch für die Strafzumessung Relevanz haben. Soweit der neue Tatrichter als zum Zwecke der Feststellung von Strafzumessungstatsachen den Wert der erbrachten Bauleistung ermitteln sollte, ist der Einschätzung der beteiligten Subunternehmer zur Qualität ihrer eigenen Werkleistung mit äußerster Zurückhaltung zu begegnen. Im Regelfall bietet sich eine Verifizierung ihrer Angaben dadurch an, daß geklärt wird, ob von den Angeklagten behauptete Mängel gleichzeitig vom jeweiligen Bauherrn gerügt wurde. 32

In diesem Zusammenhang ist auch darauf Bedacht zu nehmen, daß grundsätzlich Werklohnansprüche erst nach einer Abnahme fällig werden. Die Erwägung des Landgerichts, es entspreche allgemeiner Übung in der Baupraxis, Mängel förmlich anzuzeigen, betrifft allenfalls die Zeit nach der Abnahme. Deshalb wird die Feststellung der jeweiligen Abnahmetermine unumgänglich sein; umgekehrt können gerade immer wiederkehrende Strategien zur Vermeidung einer Abnahme indiziell auf die Absicht bloßer Zahlungsverweigerung hindeuten. 33