

Gericht: Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt 10. Zivilsenat
Entscheidungsdatum: 09.09.2016
Aktenzeichen: 10 U 19/15
Dokumenttyp: Urteil
Quelle:



Normen: § 823 Abs 2 BGB, § 14 Abs 1 Nr 1 StGB, § 266a Abs 1 StGB, § 266a Abs 2 StGB, § 23 Abs 1 SGB 4 ... mehr

**Unerlaubte Handlung: Schadenersatzanspruch der Einzugs-
stelle wegen Vorenthaltens von Sozialversicherungsbeiträgen**

Orientierungssatz

1. § 266a Abs. 1 StGB ist ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB.(Rn.30)
2. Der objektive Tatbestand des § 266a Abs. 1 StGB setzt voraus, dass dem Beitragsschuldner die Zahlung bei Fälligkeit möglich und zumutbar war.(Rn.32)
3. Bis zu den Beschlüssen des BAG vom 23. Mai 2012 (1 AZB 58/11 und 1 AZB 67/11) war es einer GmbH ggf. nicht zumutbar, nachträglich erhobene Sozialversicherungsbeiträge selbstständig zu ermitteln, weil erst die an diesem Tage ergangenen Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts eine definitive Klärung der Rechtslage herbeigeführt haben und sich erst seit diesem Tage die sichere Erkenntnis durchgesetzt hat, dass die CGZP (Gemeinschaft Christlicher Gewerkschaften und Personalserviceagenturen) bereits seit dem Jahr 2002 nicht tariffähig war.(Rn.36)
4. Zwischen 23. Mai und 4. Oktober 2012 war der GmbH ebenfalls nicht zuzumuten, die Differenzbeträge aus eigener Initiative zu berechnen, da die Feststellung der nachträglich zu erhebenden Beiträge Gegenstand der von der DRV durchgeführten Betriebsprüfung war.(Rn.39)
5. Der subjektive Tatbestand des § 266a Abs. 1 StGB setzt Vorsatz voraus, so dass der Beitragspflichtige wissen und billigend in Kauf nehmen muss, die Beiträge trotz Verpflichtung im Fälligkeitszeitpunkt nicht zu abzuführen.(Rn.44)
6. Dem Ausbleiben der Abführung von Arbeitnehmerbeiträgen steht ein Rechtfertigungsgrund zur Seite, wenn es in die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung des Arbeitgebers fällt und sich innerhalb der Frist des § 15a InsO ereignet.(Rn.48)

Verfahrensgang

vorgehend LG Magdeburg, 16. April 2015, 9 O 1565/14, Urteil

Tenor

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 16. April 2015 verkündete Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Magdeburg abgeändert und wie folgt gefasst:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 21.124,73 € festgesetzt.

Gründe

I.

- 1 Die Klägerin nimmt den Beklagten als ehemaligen Geschäftsführer der M. GmbH (im Folgenden: M.) auf der Grundlage deliktischer Haftung für rückständige Sozialversicherungsbeiträge für die Zeit vom 1. Januar 2006 bis zum 31. Dezember 2009 in Anspruch. Die M. betrieb als Zeitarbeitsunternehmen die Entsendung von Arbeitnehmern und war in dem von der Nachforderung betroffenen Zeitraum durch einen Tarifvertrag mit der Gemeinschaft Christlicher Gewerkschaften und Personalserviceagenturen (Im Folgenden: CGZP) verbunden. Dieser Tarifvertrag sah abweichend von der in § 10 Abs. 4 AÜG geregelten Verpflichtung, Leiharbeitskräften den gleichen Lohn zu zahlen wie der vergleichbaren Arbeitnehmern aus der Stammbesellschaft des entleihenden Unternehmens ("equal pay"), eine eigene Lohnvereinbarung vor.
- 2 Durch Beschluss vom 14. Dezember 2010 zu 1 ABR 19/10 bestätigte das BAG eine Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg vom 7. Dezember 2009, wonach der CGZP die Tariffähigkeit fehle. Durch Beschluss vom 23. Mai 2012 zu 1 AZB 67/11 sprach das BAG aus, dass die in der Entscheidung vom 14. Dezember 2010 getroffene Feststellung den Zeitraum ab dem 8. Oktober 2009 erfasse. In einem weiteren Beschluss vom 23. Mai 2012 (1 AZB 58/11) führte das BAG aus, dass eine seit dem 22. Mai 2012 rechtskräftige Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg die Tarifunfähigkeit der CGZP vom 11. Dezember 2002 bis zum 7. Oktober 2009 festgestellt habe. Damit ergibt sich aus der Gesamtschau dieser Entscheidungen des BAG, dass die CGZP niemals tariffähig gewesen ist.
- 3 Unter dem 18. März 2011 verabschiedeten die Spitzenorganisationen der Sozialversicherung eine gemeinsame Presseerklärung in der sie den betroffenen Leiharbeitgebern aufgaben, bis zum 31. Mai 2011 ihrer Verpflichtung zur Ermittlung der equal-pay-Ansprüche nachzukommen. Sie räumten die Möglichkeit der Stundungsvereinbarung ein.
- 4 Vom 11. Juli 2011 bis zum 22. Juni 2012 führte die Deutsche Rentenversicherung Mitteldeutschland (im Folgenden: DRV) eine Betriebsprüfung bei der M. durch. Unter dem 31. August 2012 kündigte die DRV der M. die voraussichtliche Höhe der Sozialversicherungsbeiträge an, die auf Grundlage der Unwirksamkeit der Tarifverträge mit der CGZP nachträglich zu erheben waren. Durch Schreiben vom 18. September 2012 (Anlage B 1, Bl. 27 GA I) teilte die M. der DRV sinngemäß mit, dass sie nicht in der Lage sei, die angekündigten Beträge abzuführen und im Falle ihrer Durchsetzung die Eröffnung des Insolvenzverfahrens beantragen müsse.

- 5 Durch Bescheid vom 4. Oktober 2012 (vorgelegt als Anlage zum Schriftsatz der Beklagten vom 12. Mai 2016, Bl. 234 ff GA I) setzte die DRV die sich aus der Prüfung ergebende Nachforderung auf 83.056,72 € gegenüber der M. fest. Dabei handele es sich um nachträglich berechnete Beitragsansprüche aus der Zeit zwischen dem 1. Dezember 2005 und dem 31. Dezember 2009. Die DRV legte die Fälligkeit der zur Nachforderung festgesetzten Sozialversicherungsbeiträge auf den drittletzten Bankarbeitstag des dem Datum des Bescheides folgenden Monats fest und sah von der Erhebung von Säumniszuschlägen ab.
- 6 Durch Beschluss vom 13. Dezember 2012 eröffnete das Amtsgericht Dessau-Roßlau auf einen Eigenantrag der M. vom 6. November 2012 das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin.
- 7 Die Klägerin nimmt den Beklagten als ehemaligen Geschäftsführer der nunmehr insolventen M. auf Schadensersatz in Anspruch. Gestützt auf die Anlage zu dem erwähnten Bescheid der DRV berechnet sie die Gesamtsozialversicherungsbeiträge, die unter Berücksichtigung der Verpflichtung zum "equal-pay" an sie zwischen dem 1. Januar 2006 und dem 31. Dezember 2009 zusätzlich hätten abgeführt werden müssen, mit 21.127,79 €. Davon entfallen 10.343,56 € auf den Arbeitnehmeranteil und 10.781,17 € auf den Arbeitgeberanteil.
- 8 Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung verwiesen.
- 9 Das Landgericht hat den Beklagten in der Hauptsache antragsgemäß verurteilt, an die Klägerin 21.124,73 € zu zahlen und festgestellt, dass sich die Klageforderung aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung ergebe.
- 10 Die Klägerin könne den geltend gemachten Betrag gem. §§ 823 Abs. 2 BGB in Verb. mit § 266a Abs. 1 und 2 StGB verlangen. Der Beklagte habe im streitgegenständlichen Zeitraum Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge vorsätzlich vorenthalten. Spätestens seit dem Beschluss vom 23. Mai 2012, in dem das BAG die Abführungspflicht auf die rückwirkend noch nicht erbrachten Sozialversicherungsbeiträge bezogen habe, habe der Beklagte wissen müssen, dass er entsprechende Nachzahlungen zu erbringen hatte. Er sei seitdem gehalten gewesen, Rücklagen für die zu erwartende Nachzahlung zu bilden. Er hätte sich über die Entlohnung der einzelnen von der M. verliehenen Arbeitnehmer informieren und der Klägerin entsprechende Mitteilung liefern müssen. Nach dem Anfang November 2012 erfolgten Eintritt der Bestandskraft des Bescheides der DRV Mitteldeutschland vom 4. Oktober 2012 hätte er die errechneten Nachzahlungen gegenüber der Klägerin zu erbringen gehabt. Dazu sei der Beklagte ungeachtet des Anfang November 2012 angebrachten Eigenantrags der M. auf Insolvenzeröffnung in der Lage gewesen, weil ihm die erforderlichen Mittel im Falle der rechtzeitigen Rücklagenbildung zur Verfügung gestanden hätten. Unbeachtlich sei im Verhältnis zwischen den Parteien, ob der später eingesetzte Insolvenzverwalter des Vermögens der M. die Zahlungen hätte anfechten können. Die Forderung sei nicht verjährt, da die Klägerin erst auf der Grundlage des Bescheides der DRV vom 4. Oktober 2012 die für den Beginn der Verjährungsfrist nach § 195 BGB erforderliche Kenntnis von der Höhe der Nachzahlung erlangt habe. Die Klägerin habe Anspruch auf die ausgesprochene Feststellung, wobei sich das Rechts-

schutzbedürfnis aus dem zu befürchtenden Verbraucherinsolvenzverfahren über das Vermögen des Beklagten ableite.

- 11 Gegen diese ihm am 20. April 2015 zugestellte Entscheidung hat der Beklagte am 13. Mai 2015 Berufung eingelegt, die er innerhalb verlängerter Frist am 21. Juli 2015 begründet hat. Die Berufung verfolgt das Ziel der Klageabweisung weiter und rügt die fehlerhafte Anwendung des § 266a StGB auf den vorliegenden Sachverhalt.
- 12 Der Beklagte habe keine Arbeitnehmeranteile vorenthalten. Der Tatbestand des § 266a Abs. 1 StGB sei weder im objektiven noch im subjektiven Tatbestand erfüllt.
- 13 Die Pflicht zur Abführung der Arbeitnehmeranteile sei erst auf Grundlage des Bescheides der DRV Mitteldeutschland vom 4. Oktober 2010 entstanden. Infolge der am 9. November 2012 beschlossenen Eröffnung des Insolvenzverfahrens sei der M. der Ausgleich der im Bescheid der DRV berechneten Beiträge unmöglich gewesen. In diesem Zusammenhang beruft sich der Beklagte auf eine bereits erstinstanzlich als Anlage B 4 (Bl. 31 f GA I) vorgelegte "Beurteilung der aktuellen Vermögens-, Finanz- und Ertragslage" des Steuerberaters T. vom 31. Oktober 2012, wonach die M. aufgrund anstehender Verpflichtungen zum 27. November 2011 zahlungsunfähig und in Höhe von ca. 85.000 € überschuldet gewesen sei und am 11. Oktober 2012 lediglich über Liquidität in Höhe von 7.541 € verfügt habe. Dem Beklagten könne nicht vorgeworfen werden, zuvor keine Rücklagen gebildet zu haben, weil die Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen für vier Jahre in einer Höhe von insgesamt 83.056,72 € nicht vorhersehbar gewesen sei. Dazu beruft er sich auf die Darstellung der wirtschaftlichen Entwicklung der M. in den Jahren 2008 bis 2012. Mit Ausnahme der Jahre 2008 und 2011, die einen Gewinn von 15.545,09 € und von 5.235,03 € erbracht hätten, sei stets Verlust erwirtschaftet worden. Verfügbare Barreserven habe die M. nicht aufgewiesen. Hinsichtlich der Einzelheiten des Vorbringens zu diesem Gesichtspunkt wird in besonderer Weise auf den Schriftsatz des Beklagten vom 9. Juni 2016, Seite 4 f (Bl. 27 f GA II) verwiesen. Darüber hinaus hätte die Bildung der Rücklagen bereits zuvor die Insolvenzreife der M. herbeigeführt. Unter Hinweis auf einen Beschluss des Insolvenzgerichts vom 6. Mai 2015 (Bl. 196 d.A.) und das Verteilungsverzeichnis vom 20. August 2014 (Bl. 197 GA I) weist der Beklagte darauf hin, dass einem Massebestand von 12.665,67 € Insolvenzforderungen von 97.156,20 € gegenüberstanden und gleichrangige Forderungen zu befriedigen gewesen wären.
- 14 Der subjektive Tatbestand des § 266a Abs. 1 StGB sei ebenfalls nicht erfüllt. Der ersten Entscheidung des BAG vom 14. Dezember 2010 sei nicht zu entnehmen gewesen, dass ihr rückwirkende Bedeutung beizumessen sei. Vielmehr habe das BAG zunächst der CG-ZP die gegenwärtige Tariffähigkeit abgesprochen. Da die M. zu dieser Zeit bereits mit einem anderen Tarifpartner, nämlich seit dem 1. September 2010 mit der CGM, verbunden gewesen sei, habe sie im Dezember 2010 nicht annehmen müssen, von den Wirkungen der Rechtsprechung des BAG betroffen zu sein. Die Presseerklärung der Spitzenverbände der Sozialversicherung aus dem März 2011 habe den Vorsatz bereits deshalb nicht begründen können, weil sie dem Beklagten nicht bekannt gewesen sei. Aber auch die Entscheidungen des BAG vom 23. Mai 2012 hätten den Vorsatz nicht begründen können. Es habe dem Beklagten an dem Willen gefehlt, die der Höhe nach nicht feststehenden Beiträge vorzuenthalten. Vielmehr habe er an der Betriebsprüfung der DRV mitgewirkt. So habe er versucht, Auskunft über die Höhe der maßgeblichen Vergleichslöhne zu erhalten. Dazu bringt er vor, dass die M. am 17. Mai 2011 die Entleiher um entsprechende Auskunft bis zum 28. Mai 2011 ersuchte.

- 15 Auch der Tatbestand des § 266a Abs. 2 StGB hinsichtlich der Arbeitgeberanteile sei nicht erfüllt. Weder habe der Beklagte unrichtige Angaben gemacht (§ 266a Abs. 2 Nr. 1 StGB) noch die Sozialversicherungsträger über sozialversicherungsrechtlich erhebliche Tatsachen im Unklaren gelassen (§ 266a Abs. 2 Nr. 2 StGB). Die ursprünglichen Angaben aus den Jahren 2006 bis 2009 seien zutreffend gewesen und durch die Rechtsprechung des BAG rückwirkend beeinflusst worden. Dies könne die Strafbarkeit nicht begründen. Der Beklagte habe darauf hingewirkt, die Angaben zu berichtigen, indem er die Feststellungen im Rahmen der Betriebsprüfung unterstützt habe. In diesem Zusammenhang beruft er sich auf die Darstellung der DRV auf Seite 3 und 6 des Bescheides vom 4. Oktober 2012 (Bl. 234 ff GA I).
- 16 Der Beklagte beantragt,
- 17 unter Abänderung der angefochtenen Entscheidung die Klage abzuweisen.
- 18 Die Klägerin beantragt,
- 19 die Berufung zurückzuweisen.
- 20 Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung. Der objektive Tatbestand des § 266a Abs. 1 StGB sei bereits vor dem 14. Dezember 2010 erfüllt gewesen. Entgegen der vom Beklagten vertretenen Ansicht sei die Fälligkeit der nachgeforderten Beiträge nicht erst auf Grundlage des Bescheides vom 4. Oktober 2012, sondern gem. § 23 Abs. 1 SGB IV im jeweiligen Monat der Fälligkeit des Lohnes eingetreten. Allein der Vorsatz zur Nichtabführung der Arbeitnehmerbeiträge habe gefehlt, weil der Beklagte nicht gewusst habe, dass die M. zur Entlohnung nach dem "equal-pay" Prinzip verpflichtet gewesen sei.
- 21 Seit dem 14. Dezember 2010, spätestens aber seit dem Zeitpunkt seiner Bemühungen um Auskunft über die Höhe des Vergleichslohnes bei den Entleihern (dem 17. Mai 2011), sei dem Beklagten die Verpflichtung der M. zur Entrichtung höherer Gesamtsozialversicherungsbeiträge bekannt gewesen. Die Klägerin weist in diesem Zusammenhang zusätzlich auf die bereits erwähnte Presseerklärung der Spitzenorganisationen der Sozialversicherung vom 18. März 2011 hin. Die subjektiven Voraussetzungen des § 266a Abs. 1 StGB seien auf dieser Grundlage ebenfalls erfüllt.
- 22 Die Mitwirkung der M. an der Betriebsprüfung der DRV habe die Verpflichtung zur Übermittlung der erhebungsrelevanten Daten an die Klägerin unberührt gelassen. Daher seien die objektiven und subjektiven Voraussetzungen des § 266a Abs. 2 StGB hinsichtlich der Arbeitgeberbeiträge ebenfalls erfüllt.
- 23 Auch sei die M. in der Lage gewesen, Rücklagen zu bilden. Weder habe sie die von der Klägerin angebotene Stundungsvereinbarung angenommen, noch die Nettolöhne der Arbeitnehmer gekürzt. Auch hätte sie die letzten drei Lohnzahlungen vor dem Insolvenzantrag vollumfänglich einbehalten können, da diese durch den Anspruch auf Insolvenzgeld geschützt seien.
- 24 Die Parteien haben mit am 9. Juni 2016 angebrachter Erklärung die Zustimmung zur Entscheidung ohne mündliche Verhandlung erteilt. Durch Beschluss vom 22. August 2016 hat der Senat den Zeitpunkt, bis zu dem Schriftsätze eingereicht werden können, auf den

- 25 2. September 2016 und Termin zur Verkündung einer Entscheidung auf den 9. September 2016 bestimmt.
- 26 Die Parteien haben den Rechtsstreit übereinstimmend in Höhe von 1.786,73 € einschließlich der hierauf seit dem 19. August 2016 beantragten Zinsen für erledigt erklärt, nachdem der Insolvenzverwalter des Vermögens der M. auf die im Bescheid der DRV zugunsten der Klägerin festgesetzte Summe die Insolvenzquote ausgezahlt hat.

II.

- 27 Die zulässige Berufung ist begründet und führt zur Abweisung der Klage unter Abänderung der angefochtenen Entscheidung.
- 28 Die Klägerin kann die im Bescheid der DRV vom 4. Oktober 2012 festgesetzten Beträge nicht als Schadensersatz vom Beklagten verlangen. Die Voraussetzungen der allein in Betracht kommenden §§ 823 Abs. 2, 266a Abs. 1 und 2 StGB sind nicht erfüllt.
- 29 1. Arbeitnehmeranteile
- 30 Soweit die Klägerin die Erstattung der Arbeitnehmeranteile geltend macht, stützt sich der Anspruch auf § 823 Abs. 2 BGB in Verb. mit § 266a Abs. 1 StGB. Die letztgenannte Vorschrift ist ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, deren Verletzung einen Schadensersatzanspruch begründen kann (vgl. BGH, Urteil vom 18.04.2005 zu II ZR 61/03, zitiert nach juris, Rdnr. 9).
- 31 Gem. § 266a Abs. 1 StGB, wird bestraft, wer als Arbeitgeber der Einzugsstelle Beiträge des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung, unabhängig davon, ob Arbeitsentgelt gezahlt wird, vorenthält. Die M. war im streitgegenständlichen Zeitraum auf Grund einer rechtmäßigen Arbeitnehmerüberlassung Verleiherin und damit Arbeitgeberin der verliehenen Arbeitnehmer und Beitragsschuldnerin der Sozialversicherungsbeiträge (vgl. Roßbach, in Kreikebohm u.a., Kommentar zum Sozialrecht, 3. Aufl., § 28c SGB IV, Rdnr. 8). Der Beklagte war als Geschäftsführer der M. für die Abführung der Beiträge zuständig und erfüllt gem. § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB die strafbegründenden persönlichen Merkmale der M.
- 32 Vorenthalten sind die Beiträge, wenn sie bei Fälligkeit nicht gezahlt werden. Die Erfüllung des objektiven Tatbestandes von § 266a Abs. 1 StGB setzt voraus, dass dem Beitragsschuldner die Zahlung bei Fälligkeit möglich und zumutbar war. Da der Verstoß § 266a Abs. 1 StGB ein echtes Unterlassungsdelikt darstellt, ist der Tatbestand nicht erfüllt, wenn der Pflichtige die Handlungspflicht aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht erfüllen kann (vgl. Fischer, StGB, 63. Aufl., § 266a, Rdnr. 14 und 15) oder die Zumutbarkeit der Beitragszahlung nicht gegeben ist (vgl. Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl., § 266a, Rdnr. 10 a.E.). Zu den tatsächlichen Gründen, die der Abführung der Sozialversicherungsbeiträge entgegenstehen können, kann die Unkenntnis von ihrer Höhe gehören, soweit es dem Pflichtigen nicht zumutbar war, ihre Höhe selbst zu ermitteln. Zuverlässige Kenntnis von der Höhe der nachträglich zu entrichtenden Beiträge erhielt die M. durch den Bescheid der DRV vom 4. Oktober 2012. Vor diesem Zeitpunkt war der M. der Ausgleich infolge ihrer Unkenntnis von ihrer Höhe nicht möglich und die eigene Ermittlung nicht zumutbar. Bis zum 23. Mai 2012 ergibt sich dies aus dem Fortbestand der Rechtsunsicherheit über den zeitlichen Umfang der Tarifunfähigkeit der CGZP. Danach (in der Zeit vom 23. Mai bis zum 4. Oktober 2012) war der M. die eigene Berechnung und Abführung der nachzufordernden Sozialversicherungsbeiträge gegenüber den Einzugs-

stellen und damit auch der Klägerin nicht zumutbar, weil die Betriebsprüfung durch die DRV unter Mitwirkung der M. bereits seit geraumer Zeit durchgeführt wurde und ein bindendes Ergebnis zur Höhe der nachzufordernden Beiträge erwarten ließ.

- 33 Die Fälligkeit der Beiträge ergibt sich aus § 23 Abs. 1 SGB IV. Gem. § 23 Abs. 1 Satz 2, erster Halbsatz SGB IV werden die Beiträge, die nach dem Arbeitsentgelt oder dem Arbeitseinkommen zu bemessen sind, in voraussichtlicher Höhe der Beitragsschuld spätestens am drittletzten Bankarbeitstag des Monats fällig, in dem die Beschäftigung oder Tätigkeit, mit der das Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen erzielt wird, ausgeübt worden ist. Danach sind die vom Prüfbescheid der DRV erfassten Gesamtsozialversicherungsbeiträge fortlaufend in den Jahren 2006 bis 2009 fällig geworden. Gleichwohl war die M. zunächst aus tatsächlichen Gründen daran gehindert, sie zu entrichten, weil ihr die Höhe der Beitragsschuld nicht bekannt war. Es konnte der M. vor Erlass des Prüfbescheides der DRV auch nicht zugemutet werden, die Höhe der nachgeforderten Gesamtsozialversicherungsbeiträge zu ermitteln.
- 34 Gem. § 9 Nr. 2 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) in der bis zum 29.04.2011 geltenden Fassung konnte ein Tarifvertrag Regelungen zulassen, die von der grundsätzlichen Verpflichtung des Leiharbeitgebers, dem Leiharbeitnehmer das im Betrieb des Entleihers übliche Arbeitsentgelt zu zahlen (Grundsatz des "equal pay"), abwichen. Eine solche Regelung sahen die Tarifverträge der CGZP vor. Die M. hat die auf den tariflichen Lohn der Leiharbeitnehmer entfallenden Arbeitnehmerbeiträge berechnet und zum Fälligkeitszeitpunkt ausgeglichen. Sie hatte keinen Anhaltspunkt dafür, höhere Arbeitnehmeranteile als die berechneten abführen zu müssen und war daher bereits aus tatsächlichen Gründen daran gehindert, die im Prüfbescheid der DRV nachträglich festgesetzten Beiträge zu ihrem Fälligkeitszeitpunkt abzuführen.
- 35 Die Verpflichtung der M. zur Abführung der im Prüfbescheid der DRV festgesetzten Beiträge beruht auf der Unwirksamkeit der Tarifverträge der CGZP. Im streitigen Zeitraum lag eine wirksame, vom Grundsatz des "equal pay" zulasten der Leiharbeitnehmer abweichende Vereinbarung im Sinne des § 9 Nr. 2 AÜG nicht vor. Dies hat gem. § 10 Abs. 4 Satz 4 AÜG zur Folge, dass der Verleiher dem Leiharbeitnehmer die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren hat. Daraus folgt die Pflicht zur Entrichtung der darauf entfallenden Gesamtsozialversicherungsbeiträge einschließlich des Arbeitnehmeranteils nach dem sozialversicherungsrechtlichen Entstehungsprinzip (vgl. BSG, Urteil vom 16.12.2015 zu B 12 R 11/14 R, zitiert nach juris, Rdnr. 25 f).
- 36 Bis zum 23. Mai 2012 konnte der M. nicht zugemutet werden, die nachträglich erhobenen Sozialversicherungsbeiträge selbständig zu ermitteln, weil erst die an diesem Tage ergangenen Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichtes eine definitive Klärung der Rechtslage herbeigeführt haben. Erst seit diesem Tage hat sich die sichere Erkenntnis durchgesetzt, dass die CGZP bereits seit dem Jahre 2002 nicht tariffähig war. Die vorangegangene Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 14. Dezember 2010 hat diese Erkenntnis dagegen nicht vermittelt. Das Bundessozialgericht hat in der bereits zitierten Entscheidung (16.12.2015 zu B 12 R 11/14 R) das Verständnis vertreten, dem Beschluss des Bundesarbeitsgerichts vom 14. Dezember 2010 sei lediglich zu entnehmen gewesen, dass die CGZP seit dem 8. Oktober 2009 tarifunfähig gewesen sei. Im Übrigen hat das Bundessozialgericht zu dem durch diese Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vermittelten Kenntnisstand ausgeführt (Rdnr 68 in der nach juris zitierten Fassung):

37

"Das Wissen um die (bloße) Möglichkeit der Beitragserhebung steht jedoch dem vorsatzindizierenden sicheren Wissen um die rechtliche und tatsächliche Verpflichtung zur Zahlung der Beiträge nicht gleich. Insbesondere kann selbst nach der Veröffentlichung der Entscheidungsgründe des BAG-Beschlusses vom 14.12.2010 zu Anfang des Jahres 2011 ein solches sicheres Wissen nicht ohne Weiteres unterstellt werden, weil - umgangssprachlich ausgedrückt - jeder informierte Mensch nunmehr genau gewusst hätte, dass die Beiträge auch für diese Jahre nachzuzahlen waren. Eine solche Unterstellung scheidet schon wegen der seinerzeit auch arbeitsrechtlich noch nicht abschließend geklärten Frage nach der zeitlichen Wirkung eines im Verfahren nach § 2a Abs. 1 Nr. 4, § 97 Abs. 1 ArbGG ergangenen Beschlusses aus. Das Bestehen einer unsicheren Rechtslage wird bereits durch die erhebliche Zahl von Aussetzungsbeschlüssen verschiedener ArbGe und LArbGe nach § 97 Abs. 5 ArbGG zur Klärung der Tariffähigkeit der CGZP zu verschiedenen Zeitpunkten vor Ergehen des Beschlusses des BAG vom 14.12.2010 belegt, ebenso durch die hiermit zusammenhängende Diskussion (vgl. zB LArbG Hamm Beschluss vom 28.09.2011 - 1 TA 500/11 - Juris RdNr 17 ff mit zahlreichen Nachweisen zu Rechtsprechung und Schrifttum; nachgehend BAG Beschluss vom 23.05.2012 - 1 AZB 58/11 - BAGE 141, 382 = AP Nr 18 zu § 97 ArbGG 1979 und BVerfG <Kammer> Nichtannahmebeschluss vom 25.04.2015 - 1 BvR 2314/12 - NJW 2015, 1867 = NZA 2015, 757; vgl. auch Berchtold, SozSich 2012, 70, 72)."

38

Die Ausführungen des Bundessozialgerichtes stehen im Zusammenhang mit dem subjektiven Tatbestand der Nichtabführung der sich aus der Unwirksamkeit der von der CGZP geschlossenen Tarifverträge ergebenden Differenzbeträge. Allerdings hält der erkennende Senat sie insoweit für allgemeingültig und schließt sich ihnen an, als sich daraus ergibt, dass erst die Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts vom 23. Mai 2012 die Rechtslage endgültig klargestellt haben. Erst seit diesem Zeitpunkt stand fest, dass sämtliche Leiharbeitsverhältnisse, die unter der Annahme der Gültigkeit von Tarifverträgen der CGZP geschlossen waren, rückwirkend nachzuberechnen waren. Der Senat schließt sich damit auch der vom Bundessozialgericht vertretenen Auffassung an, dass die Anfang des Jahres 2011 veröffentlichte Begründung der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 14. Dezember 2010 nicht die Bedeutung beigemessen werden kann, die von der Klägerin vertreten wird. Es blieb im Frühjahr 2011 umstritten, ob die CGZP niemals tariffähig gewesen war. Aus diesem Grunde gibt die Pressemitteilung der Spitzenverbände der Sozialversicherung vom 18. März 2011 eine zu diesem Zeitpunkt noch nicht höchstrichterlich gesicherte Rechtsauffassung wieder. Der darin nach dem Vorbringen der Klägerin enthaltene Appell an die Verleiher von Zeitarbeitskräften, die berechnungserheblichen Tatsachen bis zum 30. Mai 2011 zu erheben und den Einzugsstellen mitzuteilen, ist daher ebenfalls Ausdruck einer noch ungesicherten Rechtsauffassung und kann daher die Zumutbarkeit der eigenen Ermittlung nicht begründen. Zu diesem Zeitpunkt war es den Leiharbeitsunternehmen noch freigestellt, ob sie der von den Spitzenverbänden der Sozialversicherung ausgesprochenen Aufforderung Folge leisteten oder nicht. Der M. kam auch in Folge der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 14. Dezember 2010 und der sie auslegenden Pressemitteilung der Spitzenverbände der Sozialversicherung noch zugute, dass sie die Höhe der nachzuzahlenden Beträge nicht kannte, weil ihr nicht zugemutet werden konnte, die von den Spitzenvertretern der Sozialversicherung vertretene Rechtsauffassung als verbindlich anzusehen und die Aufforderung zur eigenen Ermittlung der Differenzbeträge zur Anzeige gegenüber den Einzugs-

stellen (hier der Klägerin) innerhalb der durch Pressemitteilung gesetzten Frist zu befolgen. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob die Pressemitteilung der M. bekannt gewesen ist, was von dem Beklagten bestritten wird.

- 39 In der Zeit zwischen dem 23. Mai und dem 4. Oktober 2012 war der M. ebenfalls nicht zuzumuten, die Differenzbeträge aus eigener Initiative zu berechnen und den auf die Klägerin als Einzugsstelle entfallenden Teil an diese abzuführen. Das ergibt sich aus dem Umstand, dass die Feststellung der nachträglich zu erhebenden Beiträge Gegenstand der von der DRV durchgeführten Betriebsprüfung war, die bereits am 11. Juli 2011 begonnen hatte. Die M. durfte während der Betriebsprüfung die DRV als exklusive Ansprechpartnerin hinsichtlich der nachzufordernden Beträge erachten. Gem. § 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV erlassen die Träger der Rentenversicherung im Rahmen der Prüfung Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung einschließlich der Widerspruchsbescheide gegenüber den Arbeitgebern; insoweit gelten § 28h Abs. 2 sowie § 93 in Verbindung mit § 89 Abs. 5 SGB X nicht. Der in der zitierten Vorschrift bestimmte Ausschluss der Anwendbarkeit des § 28h Abs. 2 SGB (danach entscheidet die Einzugsstelle über die Versicherungspflicht und die Beitragshöhe) weist darauf hin, dass während der Prüfung die Kompetenz zur Erhebung der für den prüfungsrelevanten Sachverhalt erforderlichen Tatsachen, sowie die Kompetenz zur Entscheidung über den prüfungsrelevanten Sachverhalt ausschließlich auf den Träger der Rentenversicherung (hier die DRV) übergeht (vgl. dazu auch: Roßbach, in Kreikebohm u.a., Kommentar zum Sozialrecht, 3. Aufl., § 28p SGB IV, Rdnr. 12).
- 40 Die M. ist bei der Durchführung der Prüfung ihrer Mitwirkungspflicht nachgekommen. Das ergibt sich aus den Gründen des Bescheides der DRV vom 4. Oktober 2012, in denen es heißt:
- 41 "Für die Ermittlung der Differenzen zum equal pay-Lohn wurden in Zusammenarbeit mit Ihnen pro Arbeitnehmer pro Jahr aus den Stundenzetteln die verliehenen Stunden für jeden Entleiher zusammengefasst. Sie ordneten dann die ausgeführten Tätigkeiten den Berufsgruppen Schlosser, Schweißer oder Helfer zu.
- 42 Die aus den Rückantworten nachgewiesenen gezahlten Stundenlöhne der Entleiher wurden den von Ihnen gezahlten Stundenlöhnen gegenüber gestellt. Für Entleiher, die keine Auskunft über gezahlte Löhne gemacht haben, wurde eine Durchschnittsberechnung aller Rückantworten ... durchgeführt und zur Ermittlung des equal pay-Lohnes herangezogen."
- 43 Diese Formulierung erlaubt die Feststellung, dass der DRV die zur Berechnung der Beitragshöhe maßgeblichen Umstände bekannt waren und von der M. zugeliefert wurden, soweit dieser dies möglich war. Ebenfalls ergibt sich aus dem Bescheid, dass ein Teil der Beiträge nur auf Grundlage eigener Schätzung der DRV ermittelt werden konnte, ohne dass dies auf mangelnde Mitwirkung der M. zurück zu führen war. Nachdem die M. der DRV die ihr zugänglichen Daten übermittelt hatte, die zur Feststellung der nachzufordernden Beiträge erforderlich war, war es ihr nicht zuzumuten, vor Abschluss der Betriebsprüfung die Beitragshöhe selbständig zu berechnen. Sie durfte sich darauf verlassen, dass die DRV die Informationslücken, die aufgrund der fehlenden Zuarbeit durch die Entleiher entstanden waren, mit eigenen Mitteln auf Grundlage einer Schätzung schließen und die Beitragshöhe festsetzen werde. Bis zum Abschluss der Prüfung war sie aus tatsächlichen Gründen gehindert, die an sich fälligen Beitragsrückstände gegenüber der

Klägerin auszugleichen, weil sie deren Höhe nicht kannte und die Unkenntnis nicht auf dem Unterlassen zumutbarer eigener Ermittlungen beruhte. Vielmehr durfte die M. die gem. § 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV zu erwartende Festsetzung im Prüfungsverfahren abwarten.

- 44 Zum Zeitpunkt des Wegfalles des tatsächlichen Hindernisses an der Erfüllung der Pflicht zur Abführung der nachträglich festgesetzten Beiträge war der subjektive Tatbestand des § 266a Abs. 1 StGB nicht erfüllt. Dieser Vorsatz setzt voraus, dass der Beitragspflichtige weiß und billigend in Kauf nimmt, die Beiträge im Fälligkeitszeitpunkt nicht zu erfüllen, obwohl er dazu verpflichtet ist. Dem Beklagten war nicht bewusst, dass die Beiträge sofort fällig waren.
- 45 Der Senat ist bei der Feststellung des subjektiven Tatbestandes nicht an die entsprechende Würdigung aus dem Prüfbescheid der DRV gebunden. Die DRV hat das Fehlen des Verjährungseintritts damit begründet, dass die Geschäftsführung der M. seit der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 14. Dezember 2010 die Beiträge mit bedingtem Vorsatz nicht abgeführt gehabt habe. Damit verhält sich der Prüfbescheid über eine auch im vorliegenden Rechtsstreit entscheidungserhebliche Vorfrage, die im Wege des Verwaltungsaktes entschieden worden ist. Auch über Vorfragen, die bereits durch Verwaltungsakt beschieden worden sind, entscheiden die Zivilgerichte selbständig, wenn der Streitgegenstand selbst privatrechtlich ist (Lückemann, in Zöller, ZPO, 31. Aufl., § 13 GVG, Rdnr. 34). So liegt der Fall hier. Die Vorsätzlichkeit der Vorenthaltung der Sozialversicherungsbeiträge ist Vorfrage im Rahmen des streitgegenständlichen deliktischen Schadensersatzanspruches, deren Beurteilung davon unabhängig ist, in welcher Weise sie von Verwaltungsbehörde zur Klärung verwaltungsrechtlicher Tatbestandsmerkmale beantwortet wurde.
- 46 Wie bereits ausgeführt, handelt der Pflichtige vorsätzlich, wenn ihm bewusst ist, die Beiträge im Fälligkeitszeitpunkt nicht abzuführen. Damit erstreckt sich der Vorsatz auf die Kenntnis des Fälligkeitszeitpunktes. Unvorsätzlich ist die unterbliebene Abführung der Beiträge, solange der Pflichtige nicht davon ausgeht, dass die Fälligkeit eingetreten ist. Im vorliegenden Fall kann nicht festgestellt werden, dass dem Beklagten die bereits eingetretene Fälligkeit bewusst war. Vielmehr vertritt er die Auffassung, die Beiträge seien erst zu dem im Prüfbescheid der DRV festgesetzten Zeitpunkt fällig geworden. Damit geht er davon aus, dass die Beiträge am drittletzten Bankarbeitstag des Monats November 2012 fällig geworden sind. Dieses Verständnis entspricht nicht der tatsächlichen Rechtslage, denn die Verborgenheit der Unwirksamkeit der Tarifverträge der CGZP hat die bereits in den Jahren 2005 bis 2009 eingetretene Fälligkeit der auf das tatsächlich geschuldete Arbeitsentgelt zu entrichtenden Sozialversicherungsbeiträge unberührt gelassen. Diese Rechtslage drängt sich indessen nicht auf sondern setzt die Erkenntnis voraus, dass der Prüfbescheid keine konstitutive Berechnung der Nachforderung darstellt, sondern die stets fälligen Beiträge im Ergebnis einer reinen Feststellung durchsetzt. Dafür dass der Beklagte über diese Erkenntnis verfügte, bestehen keine Anhaltspunkte. Vielmehr wird das Verständnis, die im Prüfbescheid getroffene Fälligkeitsbestimmung lege den erstmaligen Eintritt der Fälligkeit der nachberechneten Beiträge fest, dadurch bestärkt, dass die DRV von der Festsetzung von Säumniszuschlägen abgesehen hat. Schließlich durfte sich der Beklagte in seiner Rechtsansicht durch die Stellungnahme des Steuerberaters T. ("Beurteilung der aktuellen Vermögens-, Finanz- und Ertragslage" vom 31. Oktober 2012, Anlage B4, Bl. 31 f GA I) bestärkt fühlen. In dieser Stellungnahme

ist die Fälligkeit der im Bescheid der DRV festgesetzten Beiträge auf den 27. November 2012 datiert.

- 47 Der objektive und subjektive Tatbestand des § 266a Abs. 1 StGB war erst zum drittletzten Bankarbeitstag des Monats November (mithin dem 27. November 2012) erfüllt, denn zu diesem Zeitpunkt kannte die M. die Höhe der zu entrichtenden Beiträge und hielt sie für erstmals fällig.
- 48 Zu diesem Zeitpunkt fehlte es der unterbliebenen Abführung an der Rechtswidrigkeit. Dem Ausbleiben der Abführung von Arbeitnehmerbeiträgen steht ein Rechtfertigungsgrund zur Seite, wenn es in die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung des Arbeitgebers fällt und sich innerhalb der Frist des § 15a InsO, also bis zu drei Wochen vor einem Insolvenzantrag, ereignet (vgl. Fischer, a.a.O. § 266a Rdnr. 17 und Perron in Sch-Sch, StGB, 29. Aufl., § 266a, Rdnr. 10).
- 49 Diese Voraussetzung ist erfüllt. Aus der bereits erwähnten Stellungnahme des Steuerberaters ergibt sich, dass die M. überschuldet war und die Überschuldung auf den in dem Bescheid der DRV Mitteldeutschland vom 4. Oktober 2012 festgesetzten Beträgen beruhte. Darüber hinaus ergibt sich daraus, dass die M. mit Eintritt der Fälligkeit am 27. November 2012 zahlungsunfähig sein werde. Der Insolvenzantrag ist am 6. November 2012 und damit innerhalb der Frist des § 15a InsO gestellt worden, nachdem die M. durch das Testat des Steuerberaters vom 30. Oktober 2012 auf ihre Insolvenzreife hingewiesen worden war.
- 50 Der Rechtfertigungsgrund entfällt nicht deswegen, weil die M. es versäumt hat, für den zu erwartenden Fälligkeitszeitpunkt Rücklagen zu bilden. Unter dem Gesichtspunkt der "omissio libera in causa" steht die tatsächliche Unmöglichkeit zur Zahlung der Beiträge der Vorenthaltung nicht entgegen oder ist die Antragspflicht des § 15a Abs. 1 InsO kein Rechtfertigungsgrund, wenn dem Beitragsschuldner pflichtwidriges Vorverhalten zugerechnet werden kann. Dies ist dann der Fall, wenn der Arbeitgeber keine Rücklagen bildet, obwohl er weiß, dass er sie zum Ausgleich eines in der Zukunft fällig werdenden Arbeitnehmerbeitrages benötigt. Auch das Ausbleiben der Bildung von Rücklagen setzt den auf die Erfüllung des objektiven Tatbestandes von § 266a Abs. 1 StGB gerichteten Vorsatz voraus und ist erst ab dem Zeitpunkt zurechenbar, an dem der Arbeitgeber weiß, dass er zu einem späteren Zeitpunkt Arbeitnehmeranteile abführen müssen wird. Kenntnis in diesem Sinne ist das sichere Wissen darum, rechtlich und tatsächlich zur Zahlung der Beiträge verpflichtet zu sein. Solche den Vorsatz indizierende Kenntnis von der Beitragspflicht kann angenommen werden, wenn für das gesamte Arbeitsentgelt überhaupt keine Beiträge entrichtet werden. Demgegenüber muss der Vorsatz bei wenig verbreiteten Nebenleistungen, bei denen die Beitragspflicht in komplizierten Vorschriften geregelt ist, eingehend geprüft und festgestellt werden. Fehler bei der Beitragsentrichtung beruhen in diesen Fällen nicht selten auf fahrlässiger Rechtsunkenntnis (vgl. das bereits zitierte Urteil des BSG vom 16.12.2015, Rdnr. 65). Die hier in Rede stehende Beitragsschuld erfordert eine sorgsame Prüfung der vorsatzindizierenden Merkmale, weil sie einer "wenig verbreiteten Nebenleistung" im Sinne der soeben zitierten Rechtsprechung des Bundessozialgerichts gleichgestellt werden kann. Es handelt sich nicht um eine Verbindlichkeit, die daraus entstanden ist, dass offensichtlich geschuldete laufende Sozialversicherungsbeiträge nicht abgeführt worden waren.
- 51 Das sichere Bewusstsein von der nachträglichen und rückwirkenden Beitragspflicht auf sämtliche unter Geltung der Tarifverträge der CGZP haben erst die Entscheidungen des

Bundesarbeitsgerichts vom 23. Mai 2012 vermittelt. Erst seit diesem Zeitpunkt kann dem Beklagten die sichere Kenntnis davon, dass er im Ergebnis der von der DRV durchgeführten Prüfung für die M. Gesamtsozialversicherungsbeiträge, so auch die Arbeitnehmerbeiträge werde nachzahlen müssen, unterstellt werden. Dem steht nicht entgegen, dass er seinem Vorbringen nach bereits im Jahr zuvor, nämlich im Mai 2011 die Entleiher um Auskunft ersucht habe. Dieser Umstand indiziert allerdings, dass der Beklagte zumindest die Nacherhebung von Beiträgen für möglich gehalten hat. Dieses Wissen um die bloße Möglichkeit einer Beitragserhebung steht jedoch dem vorsatzindizierenden sicheren Wissen um die rechtliche und tatsächliche Verpflichtung zur Zahlung der Beiträge nicht gleich (BSG, a.a.O., Rdnr. 67 f). Das Verhalten des Beklagten im Mai 2011 weist darauf hin, dass ihm die von den Trägern der Sozialversicherung vertretene Rechtsauffassung bekannt geworden war. Es erlaubt jedoch nicht die Feststellung, dass ihm die Erforderlichkeit der Bildung von Rücklagen im Hinblick auf eine zukünftige erhebliche Beitragslast bewusst war. Das Ausbleiben der Rücklagenbildung zu diesem Zeitpunkt indiziert den Vorsatz, die Rücklagen im Zeitpunkt ihrer Einforderung nicht zahlen zu wollen, nicht.

- 52 Nach dem 23. Mai 2012 war dem Beklagten die Bildung ausreichender Rücklagen nicht möglich. Die M. hat im Jahr 2012 keinen Gewinn erwirtschaftet. Ausweislich der bereits erwähnten Stellungnahme des Steuerberaters T. vom 31. Oktober 2012 verfügte die M. über liquide Mittel in Höhe von 7.541,- €. Die Stellungnahme enthält die Schlussfolgerung, dass binnen drei Wochen Insolvenzantrag zu stellen sei, was durch den Eigenantrag der M. vom 6. November 2012 umgesetzt wurde. Die vorhandene Liquidität konnte mithin nicht zum (wenigstens anteiligen) Ausgleich der nach dem Verständnis des Beklagten zum 27. November 2012 fälligen Beiträge eingesetzt werden. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die M. in der Zeit vom 23. Mai 2012 bis zum Zeitpunkt der Beurteilung durch den Steuerberater über Liquidität verfügt hat, die zur Bildung von Rücklagen eingesetzt werden konnte. So heißt es in der Stellungnahme weiter, dass die M. vom 1. Januar bis zum 30. September 2012 einen vorläufigen Jahresverlust von 2.773,85 € erzielt habe und Gewinnausschüttungen an die Gesellschafter nicht vorgenommen worden seien.
- 53 Der Senat vermag sich der von der Klägerin vertretenen Auffassung, die M. hätte durch Kürzung der Nettolöhne sicherstellen müssen, dass die nachberechneten Beiträge am (vom Beklagten in vertretbarer Weise als Zeitpunkt des Fälligkeitseintritts angenommen) 27. November 2012 zur Verfügung stehen, nicht anzuschließen. Zwar hat der Bundesgerichtshof in der von der Klägerin und vom Landgericht in Bezug genommenen Entscheidung (Urteil vom 25.09.2006 zu II ZR 108/05, Rdnr. 10 in der nach juris zitierten Fassung) ausgeführt:
- 54 "Der Geschäftsführer hat als Arbeitgeber i.S. von § 266a StGB dafür Sorge zu tragen, dass die zur ordnungsgemäßen Abführung der - auf den geschuldeten Lohn entfallenden - Arbeitnehmer notwendigen Mittel bei Fälligkeit zur Verfügung stehen. Drängen sich wegen der konkreten finanziellen Situation der Gesellschaft deutliche Bedenken auf, dass zum Fälligkeitszeitpunkt ausreichende Zahlungsmittel vorhanden sein werden, muss der Geschäftsführer nach gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung durch Bildung von Rücklagen, notfalls durch Kürzung der Nettolöhne sicherstellen, dass am Fälligkeitstag die Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung fristgerecht an die zuständige Einzugsstelle entrichtet werden können.

- 55 Die von dieser Rechtsprechung formulierte Vorgabe, notfalls seien die Nettolöhne zu kürzen, hält der Senat auf den vorliegenden Fall nicht für übertragbar. Die Kürzung des Nettolohnes mag zumutbar sein, wenn ein vorübergehender Mangel an Liquidität zum Ausgleich von Arbeitnehmeranteilen aus dem laufenden Arbeitsentgelt, die in Fälligkeit und Höhe vorhersehbar sind, zuverlässig überwunden werden kann. Die M. hatte jedoch eine Nachzahlung eines im Umfang nicht vorgesehenen Betrages aus einem länger zurückliegenden Zeitraum zu erwarten. Der Senat erachtet es für unzumutbar, die laufenden Lohnzahlungen an Arbeitnehmer (die nicht mit den seinerzeit verliehenen Arbeitnehmern identisch sein müssen) über einen längeren Zeitraum zu kürzen, um Rücklagen für einen Differenzbetrag zu bilden, der dadurch entstanden ist, dass die Rechtslage rückwirkend abweichend zu dem Zeitraum beurteilt wird, in dem die bereits abgeführten Beiträge als vollständig erachtet wurden. Dies gilt auch deshalb, weil die von einer Kürzung des Nettolohnes betroffenen gegenwärtigen Arbeitnehmer kaum damit hätten rechnen können, dass der ihnen schuldig gebliebene Anteil am Nettolohn alsbald nachgezahlt worden wäre. Der Beklagte hat erstinstanzlich (Klageerwiderung vom 7. Januar 2015, Seite 5, Bl. 24 GA I) unwidersprochen darauf hingewiesen, dass die M. nicht in der Lage gewesen wäre, gegenüber den Entleihern nachträglich höhere Preise durchzusetzen. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die M. erwarten konnte, den durch die nachträgliche Beitragspflicht erzeugten Verlust durch eine Nachberechnung der von den unwirksamen Tarifverträgen betroffenen Arbeitsverhältnisses gegenüber den Entleihern auszugleichen. In dieser Situation war der M. nicht zumutbar, bei ihren aktuellen Arbeitnehmern durch Kürzung der Nettolöhne gleichsam einen Kredit zur Sicherung einer Nachzahlung auf zurückliegende Zeiträume aufzunehmen.
- 56 Soweit die Klägerin geltend macht, die M. habe drei Monatsgehälter einbehalten können, weil diese durch den Anspruch auf Insolvenzgeld geschützt seien, ergibt sich daraus ebenfalls keine zumutbare Alternative zur Bildung von Rücklagen. Dieser Vorschlag ist darauf gerichtet, eine Sozialleistung (den Arbeitnehmeranteil an der Sozialversicherung) dadurch abzusichern, dass eine andere Sozialleistung (das von der Bundesagentur aus einer mit den Gesamtsozialversicherungsbeiträgen abzuführenden Umlage der Arbeitgeber finanzierte Insolvenzgeld, vgl. §§ 165 ff und 358 ff SGB III) ausgelöst werden möge. Diesen Zweck verfolgt der strafrechtlich abgesicherte Vorrang der Pflicht zur Abführung der Arbeitnehmerbeiträge nicht.
- 57 Schließlich kann dem Beklagten nicht entgegen gehalten werden, die M. habe auf das Angebot der Spitzenverbände der Sozialversicherung aus der Pressemitteilung vom 18. März 2011 eingehen und eine Stundungsvereinbarung abschließen müssen. Dieses Angebot wurde vor der erst am 23. Mai 2012 eingetretenen endgültigen Klärung der Rechtslage unterbreitet. Es konnte der M. erst nach Eintritt der Kenntnis von der Höhe der zu entrichtenden Beiträge zugemutet werden, darauf einzugehen. Wie ausgeführt, durfte sie aufgrund der zeitnah eingeholten Stellungnahme des Steuerberaters T. vom 31. Oktober 2012 davon ausgehen, insolvenzreif zu sein und hat daraus innerhalb der Frist des § 15a InsO die nötigen Konsequenzen gezogen.
- 58 2. Arbeitgeberanteile
- 59 Soweit die Klägerin die Erstattung der Arbeitgeberanteile geltend macht, stützt sich der Anspruch auf § 823 Abs. 2 BGB in Verb. mit § 266a Abs. 2 StGB. Auch die Voraussetzungen dieser Anspruchsgrundlage sind nicht erfüllt.

- 60 Gem. § 266a Abs. 2 StGB wird bestraft, wer als Arbeitgeber der für den Einzug der Beiträge zuständigen Stelle über sozialversicherungsrechtlich erhebliche Tatsachen unrichtige oder unvollständige Angaben macht (Nr. 1) oder die für den Einzug der Beiträge zuständige Stelle pflichtwidrig über sozialversicherungsrechtlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis lässt (Nr. 2) und dadurch die dieser Stelle vom Arbeitgeber zu tragende Beiträge zur Sozialversicherung vorenthält.
- 61 Die Voraussetzungen des § 266 Abs. 2 Nr. 1 StGB erfüllt das Verhalten der M. ohne Zweifel nicht. Zwar haben sich die ursprünglichen Angaben zu den vom Tarifvertrag mit der CGZP betroffenen Arbeitnehmer auf Grundlage der Rechtsprechung des BAG als unzutreffend herausgestellt. Es fehlt jedoch am subjektiven Tatbestand, da der M. die Unwirksamkeit des Tarifvertrages und damit das Nichtbestehen ihrer Befreiung von der Verpflichtung zum equal pay aus § 10 Abs. 4 AÜG nicht bekannt war.
- 62 Aber auch der Tatbestand des § 266a Abs. 2 Nr. 2 StGB ist nicht erfüllt, denn die M. hat die Einzugsstelle nicht pflichtwidrig über sozialversicherungsrechtlich erhebliche Tatsachen im Unklaren gelassen.
- 63 Die Pflicht zur ungefragten Aufklärung über die sozialversicherungserheblichen Tatsachen konnte - wie bereits ausgeführt - erst am 23. Mai 2012 einsetzen, weil erst an diesem Tag die Rechtslage höchststrichterlich festgestellt war. Zu diesem Zeitpunkt war jedoch zumindest der subjektive Tatbestand des § 266a Abs. 2 Nr. 2 StGB nicht erfüllt. Dem Beklagten als Geschäftsführer der M. fehlte zumindest der Vorsatz, die Klägerin pflichtwidrig über sozialversicherungsrechtlich erhebliche Tatsachen im Unklaren zu lassen. Zu dieser Zeit hatte die Prüfung durch die DRV begonnen. Sofern deren exklusive Festsetzungskompetenz im Prüfungszeitraum nicht schon bereits objektiv dazu führte, dass sie (vorübergehend) die ausschließliche Adressatin der nachzuholenden Angaben zu den Arbeitgeberanteilen war, durfte der Beklagte zumindest subjektiv davon ausgehen, durch die Mitwirkung in bei der Prüfung seiner Pflicht Genüge getan zu haben.
- 64 Dementsprechend kommt es nicht mehr darauf an, ob das Ausbleiben der Zahlung der Arbeitgeberbeiträge zum im Bescheid vom 4. Oktober 2012 festgesetzten Zeitpunkt als "Vorenthalten" angesehen werden kann. Dies ist deswegen nicht der Fall, weil die Arbeitgeberbeiträge im Unterschied zu den Arbeitnehmerbeiträgen nicht vorrangig zu bedienen sind (Perron, a.a.O., § 266a, Rdnr. 11 h) und deswegen in der Krise straflos einbehalten werden dürfen.
- 65 3. Feststellungsantrag
- 66 Die Berufung ist auch insoweit begründet, als sie darauf gerichtet ist, die Abweisung des Feststellungsantrages zu erreichen. Da die Leistungsklage unbegründet ist, konnte der auf die Feststellung der Herkunft der geltend gemachten Ansprüche aus unerlaubter Handlung gerichtete Feststellungsantrag ebenfalls keinen Erfolg haben.

III.

- 67 Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO. Hinsichtlich der auf den erledigten Teil der Klageforderung entfallenden Kosten beruht sie auf § 91a ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit findet ihre Grundlage in den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

- 68 Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen.
- 69 Die Wertfestsetzung beruht auf § 47 Abs. 1 GKG.