

Insolvenz

Pflichtenkollision von § 266a StGB und § 64 Abs. 2 GmbHG

von RA / StB Julian Ott, Berlin*

Der Grundsatz der Massesicherung (§ 64 Abs. 2 GmbHG) berührt nicht die Strafbarkeit nach § 266a Abs. 1 StGB, wenn ein Verantwortlicher, der bei Insolvenzreife die fehlende Sanierungsmöglichkeit erkennt, das Unternehmen weiter führt, ohne einen Insolvenzantrag zu stellen (BGH 9.8.05, 5 StR 67/05, Abruf-Nr. 052526)



www.iww.de
Abruf-Nr. 052526

Sachverhalt

Die Angeklagten hatten neben verschiedenen Betrugstaten als verantwortliche GmbH-Geschäftsführer Sozialversicherungsbeiträge nicht abgeführt. Diese führten zu einer verhältnismäßig nur geringen Zahllast. Dennoch fehlten zur Zeit der Nichtabführung jegliche liquide Mittel im Unternehmen. Auch bestand keine Möglichkeit, die Firmenkonten noch zu belasten oder sonst auf andere Weise Mittel zu beschaffen. Das LG hatte, nachdem der 5. Senat des BGH schon das vorherige Urteil aufgehoben hatte (BGH 28.5.02, 5 StR 16/02, Abruf-Nr. 020917), bei teilweise geänderten Schuldsprüchen zu wiederum denselben Gesamtstrafen verurteilt.

Sozialversicherungsbeiträge werden nicht abgeführt

Entscheidungsgründe

Die Revision der Angeklagten hatte teilweise Erfolg und führte zu einer reduzierten Gesamtstrafe. Im Hinblick auf die Verurteilung wegen Vorenthaltens von Sozialversicherungsbeiträgen wurde das Verfahren auf Antrag eingestellt (§ 154 Abs. 2 StPO). Obwohl im vorangegangenen Zurückverweisungsbeschluss darauf hingewiesen worden war, dass im Urteil

**§ 266a StGB:
Verfahren nach
§ 154 Abs. 2 StPO
eingestellt**

- die Höhe des zu zahlenden Arbeitsentgelts und der maßgeblichen Beitragssätze der Sozialversicherungsträger sowie
- die Anzahl der Beschäftigten und deren Beschäftigungszeiten

festgestellt werden müssen, ist das LG wieder nicht darauf eingegangen. Das LG hätte zudem die Höhe der geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge nicht durch Einvernahme eines Zeugen in das Verfahren einführen dürfen, da die Beitragshöhe weitestgehend nicht dem Zeugenbeweis zugänglich, sondern unter Anwendung von Rechtsnormen zu klären ist. Vor dem Hintergrund des relativ geringen Gewichts der Taten, des verhältnismäßig niedrigen Vorenthaltungsbetrages und der weiteren Verfahrensverzögerung durch eine neuerliche Zurückverweisung war die Einstellung der Zurückverweisung vorzuziehen (§ 154 Abs. 2 StPO).

Der 5. Strafsenat des BGH sah sich auf Grund der drohenden Insolvenz der GmbH aber veranlasst, sich trotz der Verfahrenseinstellung mit dem Urteil des II. Zivilsenats (BGH 18.4.05, II ZR 61/03, Abruf-Nr. 051594) auseinanderzusetzen. Der 5. Strafsenat stellt klar, dass eine Differenz gegenüber der vom II. Zivilsenat in einem Leitsatz niedergelegten Rechtsauffassung

Auseinandersetzung mit dem II. Zivilsenat

Der Autor ist als Geschäftsführer der Klier & Ott GmbH Steuerberatungsgesellschaft Rechtsanwalts-gesellschaft in Berlin tätig.

verbleibt. Der dogmatische Ausgangspunkt für die Vorrangigkeit der Sozialabgaben in § 266a StGB stützt sich entgegen der Meinung des II. Zivilsenats nicht auf die frühere Privilegierung nach § 61 Abs.1 Nr. 1a KO, sondern ergibt sich aus der Strafbewehrung in § 266a StGB. Der 5. Strafsenat sieht in Bezug auf die Strafbarkeit ausdrücklich keinen Rechtfertigungsgrund in der Erfüllung anderer Verbindlichkeiten. Der Grundsatz der Massesicherung in § 64 Abs. 2 GmbHG mit der Ersatzpflicht des Geschäftsführers für Zahlungen, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit geleistet werden, stehe einer Strafbarkeit wegen § 266a StGB nicht entgegen. Der 5. Strafsenat sieht eine Kollision mit den Wertungsmaßstäben des Insolvenzrechts schon deshalb als nicht gegeben, weil dieses nur für das Insolvenzverfahren selbst gilt, nicht aber ein Rangverhältnis außerhalb der dort geregelten Materie zu begründen vermag.

**Pflichtenkollision
kein Rechtfertigungsgrund**

Eine Suspendierung der Pflicht zur Abführung der Beiträge bestehe nur innerhalb der Drei-Wochen-Frist zur Insolvenzantragstellung. Der Rechtfertigungsgrund, der sich aus der innerhalb der Drei-Wochen-Frist vorzunehmenden Prüfung der Sanierungsfähigkeit ergibt, entfällt, wenn der Verantwortliche diese Frist trotz fortbestehender Insolvenzreife verstreichen lässt. Dann kann sich der Verantwortliche nicht auf den Grundsatz der Massesicherung nach § 64 Abs. 2 GmbHG berufen. Er könne sich aus der Konfliktlage dadurch befreien, dass er seiner Pflicht aus § 64 Abs. 1 GmbHG nachkommt und den gebotenen Insolvenzantrag stellt.

**Nur während
Insolvenzantragsfrist gerechtfertigt**

Die erneute Erwähnung der Suspendierung der Pflicht aus § 266a StGB während der Insolvenzantragsfrist bestätigt die frühere Rechtsprechung des 5. Strafsenats. Als gesichert kann nunmehr die Rechtsprechung des OLG (BGH 30.7.03, 5 StR 221/03, Abruf-Nr. 032579), wonach innerhalb der laufenden Drei-Wochen-Frist des § 64 Abs. 1 GmbHG ein die Strafbarkeit nach § 266a StGB ausschließender Rechtfertigungsgrund gegeben ist.

Praxishinweis

Der verantwortliche Geschäftsführer hat im Insolvenzfall demnach weiterhin das Dilemma der Wahl:

- Zahlt er die Beiträge nicht, folgt das Ermittlungsverfahren wegen § 266a StGB und die persönliche Haftung gegenüber der Krankenkasse über § 823 Abs. 2 BGB.
- Zahlt er die Beiträge, droht die persönliche Inanspruchnahme durch den Insolvenzverwalter nach § 64 Abs. 2 GmbHG.

**Dilemma des
Geschäftsführers
in der Insolvenz**

In der Praxis stellt sich zudem regelmäßig das Problem der exakten Festlegung des relevanten Zeitraums der Drei-Wochen-Frist, da deren Lauf zumeist mit dem Zeitpunkt des Kennenmüssens der Zahlungsunfähigkeit i.S. des § 17 Abs. 2 InsO in Gang gesetzt wird: Will der Verantwortliche das Risiko einer abweichenden Auffassung der StA vom Fristbeginn nicht eingehen, sollte er weiterhin zur Abwendung der Strafbarkeit sehenden Auges zahlen und im „nur“ zivilrechtlichen Rechtsstreit mit dem Insolvenzverwalter über den Anspruch nach § 64 Abs. 2 GmbHG auf den Insolvenzanfechtungseinwand setzen.