

Unternehmensinsolvenz**§ 266a StGB bei Insolvenz***von RA Julian Ott, Berlin**

§ 266a StGB dient dem Schutz des Beitragsaufkommens der Sozialversicherung. Mit dem „Gesetz zur Erleichterung der Bekämpfung von illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit“ vom 23.7.02 ist mit Wirkung zum 1.8.02 u.a. eine Regelung für besonders schwere Fälle mit Verschärfung des angedrohten Strafrahmens eingeführt worden. § 266a StGB ist ein typisches Begleitdelikt im Zusammenhang mit Unternehmensinsolvenzen. Es gelangt regelmäßig zur Anklage, weil die erforderliche Rückstandsdokumentation bei den Kassen vorliegt und der StA auf standardisierte Anfrage hin zur Verfügung gestellt wird. Zur klaren Beweislage kommt hinzu, dass die Anforderungen an den Vorsatz des Täters in der Praxis sehr gering sind. Neben der strafrechtlichen Ahndung droht die persönliche Haftung des Arbeitgebers, da § 266a StGB ein Schutzdelikt i.S. des § 823 Abs. 2 BGB ist und so einen Schadenersatzanspruch des Sozialversicherungsträgers begründet.

1. Strafrechtliche Verantwortlichkeit

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit trifft neben dem Arbeitgeber als natürliche Person, die nach § 14 Abs. 1 StGB für eine Gesellschaft handelnden Personen, z.B. den Geschäftsführer einer GmbH oder den vertretungsberechtigten Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft. Tathandlung ist das Vorenthalten von fälligen Sozialversicherungsbeiträgen gegenüber der Einzugsstelle (Krankenkasse).

1.1 Arbeitnehmeranteile

Tatobjekt sind lediglich Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung, nicht aber die Arbeitgeberanteile. Diese genießen keinen strafrechtlichen Schutz. Hier liegt der erste und wichtigste Beratungsansatz, sofern dem Arbeitgeber noch Restmittel zur Verfügung stehen. Wenn noch Zahlungen geleistet werden, steht es dem Arbeitgeber frei, eine Tilgungsbestimmung gemäß § 366 Abs. 1 BGB bei der Leistung vorzunehmen. So wird erreicht, dass Zahlungen ausschließlich auf Arbeitnehmeranteile anzurechnen sind. Am einfachsten erfolgt diese Tilgungsbestimmung durch genaue Bezeichnung des Arbeitnehmeranteils unter Angabe des Zeitraums auf dem Überweisungsträger. Sind die Beitragszahlungen bisher im Abbuchungsverfahren erfolgt, muss die Gefahr bedacht werden, dass die Lastschrift zurückgegeben wird. Grund hierfür kann neben fehlender Deckung auch der Versuch einer nachträglichen Schadensbegrenzung durch die Hausbank sein, wenn diese Kenntnis von einer Insolvenzantragstellung erlangt.

Praxishinweis: Bei Teilzahlungen des Mandanten ist sicherzustellen, dass der Verwendungszweck der Überweisung richtig ausgefüllt wird, beispielsweise „Arbeitnehmeranteil 12/2002; Betriebsnummer“. Hierdurch kann eine spätere Strafverfolgung oft verhindert werden.

Unterbleibt diese Tilgungsbestimmung durch den Arbeitgeber, erfolgt eine Anrechnung bei der Krankenkasse gemäß § 2 S. 3 der Beitragszahlungsverordnung, wonach Zahlungen jeweils hälftig auf rückständige Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteile anzurechnen sind. Dann aber ist, wenn nur Teilzahlungen erfolgten, § 266a StGB verwirklicht.

Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt

**Tilgungs-
“Wahlrecht“
ausnutzen!**

**Bei Teilzahlungen
ist § 266a StGB
verwirklicht**

* Der Autor ist für die Kanzlei Derra, Meyer & Partner in Berlin tätig.

1.2 Fälligkeit

Voraussetzung ist weiter, dass die vorenthaltenen Beiträge fällig waren. Die Fälligkeit tritt spätestens am 15. des der entgeltauslösenden Beschäftigung folgenden Monats ein (§ 23 Abs. 1 SGB IV). Der Eintritt der Fälligkeit kann durch eine wirksame und rechtzeitige Stundung hinausgeschoben werden. Trotz restriktiver Stundungspraxis der Krankenkassen kann daher ein Stundungsantrag ein Teil von Sanierungsmaßnahmen sein. Von Stundungsanträgen ist aber – auch wegen der Gefahr eines Betrugsvorwurfes - abzuraten, wenn absehbar ist, dass eine Sanierung nicht erfolversprechend ist.

Praxishinweis: Bei der wiederholten Abführung nur des Arbeitnehmeranteils der Beiträge und Stundungsanträgen ist Zurückhaltung geboten: Manche Kassen stellen zügig einen Insolvenzantrag gegen das Unternehmen. Liegen dann – ohne Stundung – Rückstände von mehr als einem Monat vor, ist die Zahlungsunfähigkeit als mögliche Voraussetzung der Insolvenzverschleppung nach §§ 64 Abs. 1, 84 Abs. 1 Ziff. 2 GmbHG indiziert. Wenn die Kreditlinie mit Zahlungen auf Arbeitnehmeranteile ausgeschöpft wird, ist unter Umständen mit der Fälligkeit durch die finanzierende Bank zu rechnen.

1.3 Vorenthalten

§ 266a StGB ist ein echtes Unterlassungsdelikt, daher muss die Erfüllung der Handlungspflicht – die Zahlung der Arbeitnehmeranteile – dem Täter möglich und zumutbar sein. In der Praxis genügt es fast immer, wenn die Beiträge nicht gezahlt wurden.

Praxishinweis: Vor allem bei Unternehmen mit einer größeren Zahl von Mitarbeitern ist es sinnvoll, neben der aktuellen auch die Beitragszahlung der Vergangenheit zu kontrollieren. Dann können etwaige Fehler der Lohnbuchhaltung korrigiert und offene Arbeitnehmeranteile noch angewiesen werden. Am einfachsten ist die Einholung eines Auszuges aus dem Beitragskonto oder die Anforderung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung bei der jeweiligen Krankenkasse.

1.3.1 Vorenthalten trotz Lohnkürzung

Im Gegensatz zur Lohnsteuer besteht die Beitragsschuld hinsichtlich der Arbeitnehmerbeiträge unabhängig vom gezahlten Lohn. Hier lässt sich das Haftungsproblem des Arbeitgebers also nicht durch eine Nullmeldung oder Abführung der gekürzten Lohnsteuer bei Teilauszahlung abwenden. Da sich eine solche Einschränkung dem Tatbestand nicht entnehmen lässt, ist kein Raum für eine einengende Auslegung, die eine Strafbarkeit nach § 266a StGB von der tatsächlichen Lohnzahlung abhängig macht (BGH wistra 02, 340, 341). Nunmehr stellt die ab 1.8.02 eingeführte Ergänzung des § 266a Abs. 1 StGB dies bereits im Tatbestand klar: Vorenthalten wird unter Strafe gestellt, „unabhängig davon, ob Arbeitsentgelt gezahlt wird.“ Die Fälligkeit des Beitrages tritt also am 15. des Monats ein, unabhängig davon, ob die Löhne nicht, teilweise oder vollständig ausgezahlt werden.

1.3.2 Zahlungsunfähigkeit

Zwar liegt Unmöglichkeit der Abführung vor, wenn Zahlungsunfähigkeit i.S. des § 17 InsO eingetreten ist. Es wird jedoch dann auf die Rechtsfigur der *omissio libera in causa* zurückgegriffen: „Allerdings kann der Tatbestand des § 266 a auch dann verwirklicht werden, wenn der Handlungspflichtige zwar zum Fälligkeitsstichtag zahlungsunfähig ist, sein

**Beiträge rechtzeitig
stunden lassen**

**Unterlassungs-
delikt**

**Unmöglichkeit
schützt nicht vor
§ 266a StGB**

pflichtwidriges Verhalten jedoch praktisch vorverlagert ist“ (BGH wistra 02, 340, 341). Das ist dann der Fall, wenn der Arbeitgeber sich durch andere Zahlungen seiner Zahlungsfähigkeit zum Fälligkeitszeitpunkt begeben hat. Der Arbeitgeber hat notfalls durch besondere Maßnahmen – wie Liquiditätspläne und Rücklagenbildung – die Zahlung zum Fälligkeitszeitpunkt sicherzustellen. Mit diesen Mitteln dürften auch nicht andere Verbindlichkeiten beglichen werden. Insoweit gehe die Pflicht zur Abführung der Arbeitnehmerbeiträge anderen Verbindlichkeiten vor. Hier bleibt wenig Raum für eine wirksame Verteidigung.

1.3.3 Verfügungsverbot des Insolvenzgerichts

Rechtliche Unmöglichkeit tritt nicht schon mit der Insolvenzantragstellung durch den Arbeitgeber ein. Insoweit wirkt erst die Anordnung des insolvenzrechtlichen Verfügungsverbot durch das Insolvenzgericht befreiend, wonach Verfügungen des Schuldners nur mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters wirksam sind (§ 21 Abs. 2 Nr. 2 InsO). Erst ab diesem Zeitpunkt wird man einwenden können, dass die Abführung der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung dem Arbeitgeber unmöglich war.

Praxishinweis: Wenn die Insolvenzantragstellung kurz vor einem Fälligkeitszeitpunkt der Beiträge erfolgt, ist dies zu berücksichtigen: Da nicht feststeht, ob kurzfristig ein Verfügungsverbot erlassen wird, sollte vorsorglich eine Zahlung auf die Arbeitnehmeranteile des nächsten Fälligkeitszeitpunktes noch erfolgen.

1.4 Vorsatz

Der subjektive Tatbestand setzt Vorsatz voraus, wobei bedingter Vorsatz genügt. Die Anforderungen der Rechtsprechung für das Vorliegen von Vorsatz sind gering. Voraussetzung ist, dass Bewusstsein und Wille vorliegen, die Abführung der Beiträge bei Fälligkeit zu unterlassen. Diese Voraussetzungen sind schon dann erfüllt, „wenn der Arbeitgeber trotz Vorstellung von der Möglichkeit der Beitragsvorenthaltung diese gebilligt und nicht in dem erforderlichen Maße auf die Erfüllung der Ansprüche der Sozialversicherungsträger auf Abführung der Arbeitnehmerbeiträge hingewirkt hat“ (BGH NZA 01,393).

Ansatzpunkte bieten sich meist nur dann, wenn es um die Verteidigung eines einzelnen Geschäftsführers geht, dessen Zuständigkeitsbereich nicht die kaufmännischen Belange erfasste. Zwar kann sich der Arbeitgeber seiner Pflichten weder durch interne Zuständigkeitsverteilung noch durch Delegation der Aufgaben entledigen. Es verbleibt stets eine Überwachungspflicht, die ein Eingreifen gebietet, wenn Anhaltspunkte dafür sprechen, dass die ordnungsgemäße Erfüllung durch den zuständigen Geschäftsführer oder Arbeitnehmer nicht sichergestellt ist. Sofern aber konkrete Anhaltspunkte für die Erfüllung der Überwachungspflicht gegeben sind, kann eine „Vorsatzverteidigung“ versucht werden. Beispiele hierfür können sein: Der Versuch einer Abberufung des kaufmännischen Geschäftsführers, die Anforderung von Kontoauszügen, vor allem, wenn nur ein Geschäftsführer Kontenvollmacht hat, Protokolle von Gesellschafterversammlungen oder ähnliches.

1.5 Besonders schwerer Fall

Mit Inkrafttreten zum 1.8.02 gilt § 266a Abs. 4, der einen Strafrahmen von sechs Monaten bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe androht, wenn ein besonders schwerer Fall des Vorenthaltens nach Abs. 1 gegeben ist.

**Verfügungsverbot
nicht befreiend**

**Billigende Inkauf-
nahme der Verkür-
zung reicht aus**

Die Neuregelung ist nicht abschließend, sie nennt Regelbeispiele. Hiernach liegt ein besonders schwerer Fall „vor, wenn der Täter

- aus grobem Eigennutz in großem Ausmaß Beiträge vorenthält,
- unter Verwendung nachgemachter oder verfälschter Belege fortgesetzt Beiträge vorenthält,
- die Mithilfe eines Amtsträgers ausnutzt, der seine Befugnisse oder Stellung missbraucht.

Für die Verwirklichung des Regelbeispiels „in großem Ausmaß“ wird wohl eine Größenordnung entsprechend etwa dem besonders schweren Fall des Subventionsbetruges von mindestens 50.000 EUR aufwärts zu fordern sein; gesichert ist dies jedoch nicht.

1.6 Strafaufhebungsgrund

Nach § 266a Abs. 6 S. 1 StGB (früher Abs. 5) besteht für den Arbeitgeber die Möglichkeit, persönliche Straffreiheit durch rechtzeitige schriftliche Offenbarung der Zahlungsunfähigkeit zu erlangen. Das Gericht kann dann von Strafe absehen. Hierfür ist es erforderlich,

- dass die Höhe der vorenthaltenen – d.h. am Tage der Fälligkeit geschuldeten und abzuführenden Beiträge – mitgeteilt wird (Ziff. 1) und
- dass dargelegt wird, warum die fristgemäße Zahlung trotz ernsthaften Bemühens nicht möglich ist.

Als Begründung hierfür kommt etwa in Frage, dass die Kreditlinien der finanzierenden Banken erschöpft sind und eine weitere Kreditaufnahme nicht möglich ist, um die notwendigen Mittel zu beschaffen und bisher zur Verfügung stehende Mittel zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes – und damit zur Erhaltung von Einnahmequellen – aufgewandt werden mussten.

Praxishinweis: Die Anzeige des Arbeitgebers muss wegen der korrekten Höhe der Beiträge mit der Lohnbuchhaltung abgestimmt sein. Sie sollte – vorab per Telefax – an alle Krankenkassen versandt werden, wobei zu Beweis Zwecken für die Rechtzeitigkeit der Offenbarung die Faxberichte gesichert aufbewahrt werden sollten. Der Berater sollte Kopien zur Akte nehmen, da bis zum Abschluss des Ermittlungsverfahrens Jahre vergehen können und es nicht sicher ist, ob der Mandant im Verlauf des Insolvenzverfahrens stets Zugriff auf die entsprechenden Unterlagen hat.

Falls auf eine solche Offenbarung hin eine Frist gemäß § 266a Abs. 6 S. 2 StGB für die Nachentrichtung der Beiträge von der Einzugsstelle bestimmt wird, erlangt der Arbeitgeber sichere Straffreiheit, wenn die Beiträge rechtzeitig abgeführt werden. Dies entspricht der Regelung bei der Selbstanzeige (§ 371 Abs. 3 AO). Selbst wenn keine Zahlung mehr erfolgt, lohnt sich die schriftliche Offenbarung meistens, weil sie ein Anknüpfungspunkt für Verhandlungen über eine Einstellung des Ermittlungsverfahrens ist.

Dass die schriftliche Offenbarung des Arbeitgebers nach Abs. 6 die Kenntnis der Krankenkasse von der Zahlungsunfähigkeit i.S. des § 130 Abs. 1 S. 1 InsO und damit die Anfechtbarkeit einer noch erfolgenden Teilzahlung durch den späteren Insolvenzverwalter auslöst, hindert den Eintritt des Strafaufhebungsgrundes für den Arbeitgeber nicht.

Kriterien des besonders schweren Falles

„Selbstanzeige“ – Möglichkeit bei § 266a StGB

Sinnvoll selbst wenn keine Zahlung mehr möglich ist

2. Zivilrechtliche Haftung

Abschließend sei noch auf zwei Haftungsaspekte eingegangen.

2.1 Deliktische Haftung (§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266a StGB)

Neben der drohenden Strafverfolgung besteht ein Schadensersatzanspruch gegen den Arbeitgeber in Höhe der nicht abgeführten Arbeitnehmeranteile (§§ 823 Abs. 2 BGB, 266 a StGB i.V.m. § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB, 28e SGB IV). Zwar wird vielfach angeregt, § 153a StPO nur gegen Zahlung des strafrechtlich relevanten Betrages an die geschädigte Krankenkasse zu gewähren und gelegentlich wird versucht, eine Verurteilung des Arbeitgebers im Rahmen des Adhäsionsverfahrens (§§ 403 ff. StPO) zur Schadenersatzzahlung zu erreichen, aber häufig wird der zivilrechtliche Schadensersatzanspruch von den Krankenkassen geltend gemacht, um die Haftung des Arbeitgebers durchzusetzen.

Praxishinweis: Es ist – auch für die strafrechtliche Verteidigung – sinnvoll, auf die Krankenkasse zuzugehen, wenn davon auszugehen ist, dass der Tatbestand des § 266a StGB vorliegt, um eine vergleichsweise Regelung herbeizuführen. Hierzu sind die Krankenkassen mit Blick auf die erheblichen Risiken der persönlichen Solvenz des Anspruchsgegners oftmals bereit. Ein Vergleich in Höhe eines Teilbetrages liegt auch im Interesse der Krankenkassen, da andere Gläubiger häufig schneller agieren. Zu nennen sind hier insbesondere das FA, das durch den Erlass von Haftungsbescheiden über einen effektiven Weg verfügt, Ansprüche zu titulieren und die finanzierenden Banken, die häufig durch persönliche Bürgschaften gesichert sind. Ob ein auf dem Zivilrechtsweg erstrittener Titel letztlich zum Ausgleich der Beitragsforderung führt, ist daher in Insolvenzkonstellationen meist fraglich. Das fördert die Verhandlungsbereitschaft.

Viele Krankenkassen haben große Rückstände in der Bearbeitung der aus Insolvenzfällen resultierenden Ansprüche gegen Arbeitgeber. Falls Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266a StGB teils Jahre nach der Insolvenz geltend gemacht werden, sollte die Einrede der (dreijährigen) Verjährung gemäß § 852 BGB geprüft werden.

2.2 Gesellschaftsrechtliche Haftung (§ 64 Abs. 2 GmbHG)

Für den GmbH-Geschäftsführer besteht ein zusätzliches Problem. Konnte er zwar eine Strafbarkeit aus § 266a StGB vermeiden, indem Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung noch gezahlt wurden, so sieht er sich u.U. einem Ersatzanspruch des Insolvenzverwalters aus § 64 Abs. 2 GmbHG ausgesetzt. Hiernach sind die Geschäftsführer zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder der Überschuldung geleistet werden. Eine ähnliche Regelung gilt gemäß §§ 177a, 130a HGB für die GmbH & Co. KG.

§ 64 Abs. 2 S. 2 GmbHG für Zahlungen, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sind, greift nicht bei Zahlungen an Sozialversicherungsträger (Scholz, GmbHG, § 64 Rz. 27). Auch die BGH-Rspr., wonach die Pflicht zur Abführung der Arbeitnehmerbeiträge anderen Verbindlichkeiten vorgeht, hilft nicht weiter. Hier vermag u.U. der Einwand der Anfechtbarkeit der Zahlungen gemäß §§ 129 ff. InsO die Haftung abzuwenden. Aus Sicht des Arbeitgebers ist das Risiko der Inanspruchnahme durch den Insolvenzverwalter jedoch dem sonst sicheren Strafverfahren wegen § 266a StGB vorzuziehen.

Zusätzlich zur drohenden Strafverfolgung

Einrede der Verjährung prüfen

Ersatzanspruch des Insolvenzverwalters