

# Wirtschaftsstrafrecht als studentische Herausforderung – Zur Korrelation verschiedener Rechtsgebiete am Beispiel des § 266a StGB

Von Wiss. Mitarbeiter Dominik Waszczyński, LL.M., Osnabrück

## I. Einführung

Wer sich mit dem Schwerpunkt „Wirtschaftsstrafrecht“ beschäftigen und dessen Studium ernsthaft betreiben möchte, muss sich an eine ökonomische Denkweise gewöhnen, die den Studierenden des „normalen“ Strafrechts nicht unbedingt vertraut ist. Dies erklärt sich daraus, dass viele Delikte im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts entweder aus einem Unternehmen heraus begangen werden oder aber im Zusammenhang mit einem solchen stehen.<sup>1</sup>

Genau an dieser Stelle beginnen auch schon die Probleme: Um derartige Delikte wirklich zu verstehen, kommt man nicht umher, die Situationen nachzuvollziehen, die gerade typisch für diese Straftaten sind und die sie gerade deshalb zu typischen Erscheinungsformen der Wirtschaftskriminalität machen. Dies wird dadurch erschwert, dass man sich während dieses Verständnisprozesses oftmals aus dem eigentlichen strafrechtlichen Bereich hinauszubewegen und notwendigerweise mit anderen Rechtsgebieten auseinanderzusetzen haben wird, deren Vorschriften erst die Voraussetzungen für eine Strafbarkeit definieren.<sup>2</sup>

Ein weiterer Punkt, der das Studium des Wirtschaftsstrafrechts ganz wesentlich prägt, gleichzeitig aber auch erst einmal gedanklich durchdrungen sein will, ergibt sich aus dem Wesen des deutschen Strafrechts als Schuldstrafrecht, nach dem es eine Strafbarkeit ohne Schuldfähigkeit nicht gibt.<sup>3</sup> Nach unserer (Straf-)Rechtsordnung ist im Gegensatz zu einer natürlichen Person ein Unternehmen als juristische Person selbst weder handlungs- noch schuldfähig. Daher steht immer nur die Frage nach der Strafbarkeit des jeweiligen als Organ für das Unternehmen handelnden Menschen, nicht aber die des Unternehmens selbst im Raume.<sup>4</sup> Gerade

bei Sonderdelikten, die eine bestimmte Täterqualität verlangen, die zwar hinsichtlich des Unternehmens, nicht aber bei dessen vertretungsberechtigtem Organ vorliegt, erweist es sich anfangs nicht als einfach, zu verstehen, welchen Weg das Gesetz wählt, um strafrechtliche Verantwortung und Handeln zusammenzuführen.

An die genannten Problempunkte soll sich hier angenähert werden, indem nachfolgend erläutert wird, welche strafrechtlichen Konsequenzen sich für den Geschäftsführer einer GmbH aus § 266a StGB ergeben können. Illustriert werden soll dies anhand eines Fallbeispiels:

G ist Geschäftsführer der in der Automobilzulieferer-Branche tätigen O-GmbH (O). Bereits Ende 2008 verschlechterte sich deren wirtschaftliche Lage erheblich. Am 3.1.2009 wurde eine Forderung über 30.000,- € des Lieferanten (L) fällig, der die O mit für deren Produktion elementaren Materialien belieferte. Zu diesem Zeitpunkt befanden sich noch genau 30.000,- € auf dem Firmenkonto der O, der Kreditrahmen war restlos ausgeschöpft. G hoffte zwar auf eine Besserung der wirtschaftlichen Lage der O, hielt dies aber für äußerst unwahrscheinlich. Obwohl G daher wusste, dass er für den Fall einer Zahlung an L sicherlich nicht in der Lage sein würde, die Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung für den Januar am Fälligkeitstage abführen zu können, beglich er die Forderung des L. Dadurch wollte G die O „erstmal am Leben halten“. Weil trotz aller Bemühungen die zwischenzeitlich gefertigten Produkte der O – den Erwartungen des G gemäß – tatsächlich keinen Absatz fanden und O sich gleichzeitig weiteren Forderungen gegenüber sah, trat bei ihr am 15.1.2009 die Zahlungsunfähigkeit ein. Dem daraufhin am 2.2.2009 durch G gestellten Insolvenzantrag wurde stattgegeben.

Strafbarkeit des G gem. § 266a StGB?

## II. Vorüberlegungen

Um eine sachgerechte Lösung erzielen zu können, ist es ebenso wichtig, sich die Situation der O-GmbH bzw. des G als deren vertretungsberechtigtes Organ (vgl. § 35 GmbHG) wie auch den Deliktcharakter des § 266a StGB vor Augen zu führen.<sup>5</sup> Da G hier schlicht nicht zahlte, kommt einzig eine

bezogene Sanktionen bekannt sind, vgl. etwa die Vorschriften des Verfalls und der Einziehung in §§ 73 Abs. 3, 75 StGB bzw. §§ 29, 29a OWiG oder die Verbandsgeldbuße in § 30 OWiG.

<sup>5</sup> Zwar ist zuzugeben, dass man ohne einen Fundus an sicher angelegtem Grundwissen nicht auskommen wird. Um aus diesem Fundus schöpfen zu können, ist es aber langfristig nicht sehr hilfreich, lediglich abstrakt zu einem bestimmten Problem „die“ Lösung auswendig zu lernen. Wirklich verstehen und damit auch auf einen unbekanntem Fall anwenden wird man eine Lösungsstrategie erst dann können, wenn man die Struktur des zu Grunde liegenden Sachverhalts durchdrungen hat.

<sup>1</sup> Dazu *Hellmann/Beckemper*, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2008, Rn. 903; *Achenbach*, in: *Achenbach/Ransiek* (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2008, Kap. 1, Abschn. 1 A, Rn. 1.

<sup>2</sup> Man denke etwa nur an die verwaltungsakzessorischen Vorschriften des Umweltstrafrechts; dazu *Reingier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 9. Aufl. 2008, § 47 Rn. 12 ff. oder an die insolvenzstrafrechtlichen Vorschriften der §§ 283 ff. StGB, bei denen die in §§ 17 ff. InsO definierten Begriffe der Überschuldung und (drohenden) Zahlungsunfähigkeit vorausgesetzt werden; dazu überblicksmäßig *Hellmann/Beckemper* (Fn. 1), Rn. 254 ff. und ausführlich *Bieneck*, in: *Müller-Gugenberger/Bieneck* (Hrsg.), Handbuch des Wirtschaftsstraf- und Ordnungswidrigkeitenrechts, 4. Aufl. 2006, § 76 Rn. 1 ff.

<sup>3</sup> Zum Wesen des Schuldstrafrechts ausführlich *Stree*, in: *Schönke/Schröder* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 77. Aufl. 2006, § 46 Rn. 8 ff.

<sup>4</sup> Dazu *Achenbach* (Fn. 1), Kap. 1, Abschn. 1 B, Rn. 7; *Hellmann/Beckemper* (Fn. 1), Rn. 904. Es sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass außerhalb der eigentlichen Strafe im engeren Sinne auch dem deutschen Recht unternehmens-

Strafbarkeit nach § 266a Abs. 1 StGB in Betracht, weswegen der zweite Absatz der Vorschrift außer Betracht bleiben darf.<sup>6</sup>

Solange es der O gut ging und hinreichend liquide Mittel zur Begleichung der laufenden Verbindlichkeiten vorhanden waren, war die Abführung der Sozialabgaben für G eine Selbstverständlichkeit. Ab dem Moment aber, in dem die finanziellen Ressourcen sich verknäpften, musste G plötzlich abwägen, welche Verbindlichkeiten er begleichen wollte und welche nicht. Er musste die gegen O gerichteten Forderungen nach ihrer (wirtschaftlichen) Wichtigkeit kategorisieren. Dabei entschied er sich dafür, die Forderung zu bedienen, deren Erfüllung notwendig für die (vorübergehende) Aufrechterhaltung des Betriebs war. Insofern war es aus seiner Sicht unabdingbar, L zu bezahlen, während die Zahlung an die Sozialkassen für den Betrieb nur sehr untergeordnete Relevanz besaß.

Wie schon angedeutet gilt es sich im Weiteren noch zu verdeutlichen, welche Deliktsqualität § 266a Abs. 1 StGB besitzt. Zum einen handelt es sich um ein Sonderdelikt, welches voraussetzt, dass der Täter die Arbeitbereienseigenschaft aufweist.<sup>7</sup> Zum anderen beinhaltet § 266a Abs. 1 StGB den Tatbestand eines (echten) Unterlassungsdelikts, so dass die allgemeinen dogmatischen Grundsätze für Unterlassungsdelikte Anwendung finden.<sup>8</sup>

### III. Rechtliche Bewertung

Nach diesen Vorüberlegungen kann man sich dann an die eigentliche Prüfung des § 266a Abs. 1 StGB machen, der hier von G verwirklicht worden sein könnte, indem er am Fälligkeitstage die Sozialabgaben nicht abführte.

#### 1. Sonderdeliktcharakter des § 266a StGB und § 14 StGB

Dies setzt voraus, dass G Arbeitgeber ist. Arbeitgeber und damit in der strafrechtlichen Verantwortung stehender Normadressat ist an sich allerdings nur die O. Da sie als juristische Person aber nicht schuldfähig und noch nicht einmal selbstständig handlungsfähig ist, kann sie nicht nach § 266a StGB bestraft werden.<sup>9</sup> Eine Strafbarkeit des tatsächlich handelnden und schuldfähigen G wiederum müsste eigentlich daran scheitern, dass er selbst nicht die Arbeitbereienseigenschaft aufweist.

Dieses „Dilemma“ löst das deutsche Strafrecht über § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB, indem es das strafbarkeitsbegründende besondere persönliche Merkmal, welches bei einer juristischen Person vorliegt, auch deren vertretungsberechtigten Organen zurechnet.<sup>10</sup> Demnach wird G als Geschäftsführer der O bei der Frage nach einer Strafbarkeit gemäß § 266a

StGB so behandelt, als weise er die besondere persönliche Eigenschaft „Arbeitgeber“ selbst auch auf.

Diese „Überwälzung“ besonderer persönlicher Merkmale führt also die strafrechtliche Adressierung mit der Handlung einer natürlichen Person zusammen und macht diese so selbst zum Normadressaten. Dies ist gerade dem Umstand geschuldet, dass juristische Personen nie selbst, sondern immer nur durch ihre Vertreter handeln können. Wenngleich zivilrechtlich die juristische Person durch die Handlungen ihres Vertreters berechtigt und verpflichtet wird, handelt es sich doch immer um die Entscheidung und das Verhalten einer natürlichen Person. Strafrechtlich wäre deshalb auch nicht einzusehen, warum derjenige, der selbst als natürliche Person Arbeitgeber ist, belangt werden können soll, während ein als Geschäftsführer handelnder Täter sich nicht strafrechtlich zu verantworten hätte, obwohl sich beide gleichermaßen entschieden haben, die Sozialabgaben nicht abzuführen. Gäbe es § 14 StGB nicht, könnte letztlich jeder potenzielle Arbeitgeber eine GmbH gründen, deren alleiniger Gesellschafter er wäre, und sich so einer Strafbarkeit nach § 266a StGB entziehen, diesen also praktisch eliminieren.<sup>11</sup>

#### 2. § 266a StGB als Unterlassungsdelikt

Hat man diese Zurechnungshürde überwunden und G als tauglichen Täter erkannt, gilt es nunmehr, die Erkenntnis, dass es sich bei § 266a StGB um ein Unterlassungsdelikt handelt, für die Fallprüfung fruchtbar zu machen.

Die Pflicht des G wäre es gewesen, am 28.1.2009<sup>12</sup> die Sozialabgaben abzuführen. Wenngleich er dies nicht getan hat, ergibt sich daraus nicht automatisch seine Strafbarkeit. Da Unterlassungsdelikte den Verstoß gegen eine bestimmte Handlungspflicht sanktionieren, muss es dem Täter physisch-reell möglich sein, diese erfüllen zu können.<sup>13</sup> Im vorliegenden Fall war die O – salopp gesprochen – pleite, das Firmenkonto war völlig leer. Dementsprechend waren gar keine finanziellen Mittel mehr vorhanden, derer man sich zur Erfüllung der Zahlungspflicht hätte bedienen können, weswegen es an der physisch-reellen Handlungsmöglichkeit gerade fehlte.<sup>14</sup> Aus dieser Feststellung darf nun aber umgekehrt nicht sogleich auf die Straflosigkeit des G erkannt werden. Stattdessen muss man die im Bereich der Unterlassungsdelikte verwurzelte Figur der *omissio libera in causa* bedenken.<sup>15</sup>

<sup>11</sup> Zur Funktionsweise und Bedeutung des § 14 ausführlich *Achenbach* (Fn. 1), Kap. 1, Abschn. 3 C, Rn 6 ff.

<sup>12</sup> Die Fälligkeit der Sozialabgaben richtet sich nach § 23 Abs. 1 S. 2 SGB IV (drittletzter Bankarbeitstag des Monats).

<sup>13</sup> *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 31 Rn. 8.

<sup>14</sup> Keinesfalls darf man bei der Bearbeitung den Fehler machen, aus der Überwälzung der Arbeitbereienseigenschaft den Schluss zu ziehen, es komme nun nicht mehr (nur) auf die Zahlungsfähigkeit der O, sondern auch des G an!

<sup>15</sup> Dazu *Roxin* (Fn. 13), § 31 Rn. 103 ff.; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 18 Rn. 22; *Dehne-Niemann*, GA 2009, 150 (insbes. im Zusammenhang mit § 266a S. 163 ff.).

<sup>6</sup> Vgl. zum Unterschied zwischen § 266a Abs. 1 und 2 StGB *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 56. Aufl. 2009, § 266a Rn. 19.

<sup>7</sup> *Fischer* (Fn. 6), § 266a Rn. 3; *Bente*, in: *Achenbach/Ransiek* (Fn. 1), Kap. 7, Abschn. 2 B, Rn. 7.

<sup>8</sup> BGHSt 47, 318 (320); *Fischer* (Fn. 6), § 266a Rn. 14.

<sup>9</sup> S. oben I.

<sup>10</sup> Eine parallele Vorschrift existiert für das Ordnungswidrigkeitenrecht in § 9 OWiG.

Diese ermöglicht es nämlich, den strafrechtlichen Vorwurf vom Zeitpunkt der eigentlichen Handlungspflicht (hier also 28.1.2009) aus betrachtet, vorzuverlagern. Voraussetzung dafür ist aber, dass der Täter sich pflichtwidrig der erforderlichen Handlungsmöglichkeit begeben hat. Ist dieser Umstand zu bejahen, bildet er den Anknüpfungspunkt für den strafrechtlichen Vorwurf.<sup>16</sup> Im vorliegenden Fall könnte ein solch vorwerfbares Verhalten darin liegen, dass G die 30.000,- € an L zahlte, obwohl er wusste, dass er nicht in der Lage sein würde, die Arbeitnehmerbeiträge abführen zu können.

Da G wählen musste, entweder die eine oder die andere Forderung zu befriedigen, wäre ihm aufgrund seiner Entscheidung nur dann ein Vorwurf zu machen, wenn die Forderungen der Sozialkassen gegenüber der Lieferantenforderung Vorrang haben würden und G erstere deshalb hätte begleichen müssen.

Um die Frage der Vorrangigkeit der Arbeitnehmerbeiträge herrscht aber gerade Streit. So wird zum Teil der Vorrang der Sozialkassenforderungen gegenüber anderen verneint.<sup>17</sup> Konsequenz dieser Ansicht wäre, dass das Verhalten des G nicht pflichtwidrig gewesen wäre, eine Strafbarkeit also ausschiede. Die Gegenauffassung vertritt demgegenüber den Standpunkt, dass die Sozialabgaben bevorzugt zu behandeln seien und in deren Ansehung andere Forderungen gegebenenfalls nicht beglichen werden dürften, um die notwendigen Zahlungsmittel für sie zu „reservieren“.<sup>18</sup>

Diese Auffassung stützt sich in der Hauptsache auf die Strafbewehrung des § 266a StGB. Darin komme die gesetzgeberische Wertung zum Ausdruck, dass den Sozialabgaben gegenüber anderweitigen, strafrechtlich nicht geschützten Forderungen ein Vorrang zukomme.<sup>19</sup> Diesem Argument wird von der anderen Seite eine Zirkelschlüssigkeit vorgeworfen. So sei die Strafbewehrung kein taugliches Kriterium, um den Vorrang der Forderungen untereinander zu bestimmen. Insoweit würde man von der Strafbewehrung auf die Vorrangigkeit der Arbeitnehmerbeiträge schließen und diese Vorrangigkeit ihrerseits wiederum als Ausgangspunkt heranziehen, um auf den Grund der Strafbewehrung zu schließen.<sup>20</sup> Ferner ließe sich darauf abstellen, dass die InsO – anders als noch die alte KO in § 59 Abs. 1 Nr. 3e – die Sozialabgaben nicht mehr bevorzugt, sondern als Insolvenzforderung gem. § 38 InsO behandelt.<sup>21</sup> Diese insolvenzrechtliche Entscheidung könnte man heranziehen, um zwischen den Arbeitnehmerbeiträgen und anderen Forderungen ein Gleichrangig-

keitsverhältnis anzunehmen.<sup>22</sup> Unbedingt zwingend sind diese Argumente aber nicht. So wird darauf hingewiesen, dass sich insolvenzrechtliche Wertungen nicht eignen, um eine argumentative Relevanz für die Zeit gerade vor dem Eintritt der Insolvenz zu entfalten.<sup>23</sup> Außerdem könnte man in dem exklusiven strafrechtlichen Schutz der Sozialabgaben durch § 266a StGB das Substrat eines Bewertungsprozesses seitens des Gesetzgebers sehen, bei dem dieser den Sozialabgaben einen höheren Stellenwert als anderen Forderungen beigemessen hat und sich deswegen für die Strafbewehrung entschlossen hat. Dementsprechend würde der Schluss auf die Vorrangigkeit dann kein Zirkel-, sondern ein Rückschluss sein. Auch wird als weiteres Argument für die Vorrangigkeit der Sozialabgaben § 266a Abs. 6 StGB angeführt, der für den Fall, dass bereits die Unmöglichkeit der fristgemäßen Zahlungen den Tatbestand des § 266a Abs. 1 StGB entfallen ließe, als überflüssig erachtet wird.<sup>24</sup>

Wenn man sich dieser Sichtweise anschließt, bleibt als Zwischenergebnis festzuhalten, dass G nicht die Forderung des L hätte begleichen dürfen. Stattdessen hätte er das Geld für die später abzuführenden Beiträge „reservieren“ müssen.

### 3. § 64 S. 1 GmbHG als Rechtfertigungsgrund

Wer so den Tatbestand des § 266a Abs. 1 StGB bejaht hat, muss sich im Weiteren jedoch vergegenwärtigen, dass der Fälligkeits- und damit Tatzeitpunkt nach dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit liegt. Tritt diese bei einer GmbH ein, so etabliert § 64 S. 1 GmbHG<sup>25</sup> eine sog. Masseerhaltungspflicht: Der Geschäftsführer darf nach dem Eintritt der Insolvenz keine masseschmälernden Zahlungen mehr leisten. Tut er es doch, haftet er persönlich der Gesellschaft dafür.<sup>26</sup>

Dies führt dazu, dass sich der Geschäftsführer in einem Normenkonflikt befindet: Führt er die Arbeitnehmerbeiträge ab, haftet er gem. § 64 S. 1 GmbHG. Zahlt er nicht, droht die Strafbarkeit aus § 266a Abs. 1 StGB. Dieser Normenkonflikt führt zu der Überlegung, ob es sich um den Fall einer rechtfertigenden Pflichtenkollision handelt, so dass der Geschäftsführer, der dem Normbefehl des § 64 S. 1 GmbHG folgt, hinsichtlich der Strafbarkeit aus § 266a Abs. 1 StGB gerechtfertigt wäre. Voraussetzung dafür wäre, dass die Masseerhaltungspflicht des § 64 S. 1 GmbHG der durch § 266a Abs. 1 StGB strafrechtlich sanktionierten Zahlungspflicht wenigstens als gleichwertige gegenübersteht.<sup>27</sup>

<sup>16</sup> Vgl. BGHSt 47, 318 (320); *Stree*, (Fn. 3), Vor §§ 13 Rn. 144 und *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 3), § 266a Rn. 10.

<sup>17</sup> *Radtke*, NStZ 2003, 154 (156); *Rönnau*, wistra 2007, 81 (82); *Fischer* (Fn. 6), § 266a Rn. 16.

<sup>18</sup> BGHSt 47, 318 (320); *Hellman/Beckemper* (Fn. 1), § 13 Rn. 851.

<sup>19</sup> *Hellman/Beckemper* (Fn. 1), § 13 Rn. 851.

<sup>20</sup> *Fischer* (Fn. 6), § 266a Rn. 16.

<sup>21</sup> Zur Struktur der Masseschulden in §§ 53 ff. InsO *Paulus*, DSStR 2003, 31 (34).

<sup>22</sup> Vgl. BGH JZ 2008, 44 (45) zum Aspekt der Abschaffung des insolvenzrechtlichen Vorrangs der Forderungen der Sozialkassen.

<sup>23</sup> *Hellmann/Beckemper* (Fn. 1), § 13 Rn. 851.

<sup>24</sup> BGHSt 48, 307 (311); *Hellmann/Beckemper* (Fn. 1), § 13 Rn. 851.

<sup>25</sup> Eine entsprechende Norm findet sich für den Vorstand in §§ 92 Abs. 2, 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG.

<sup>26</sup> Dazu *Altmeyden/Wilhelm*, NJW 1999, 673 (678); *K. Schmidt*, ZHR 168 (2004), 637 (651).

<sup>27</sup> Zur Figur der rechtfertigenden Pflichtenkollision *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 38. Aufl. 2008, Rn. 735 ff.

Wieder geht es also um die Frage eines Vorranges der Sozialabgaben. Zu diesem Zeitpunkt hat sich allerdings infolge des Eintritts der Insolvenz die argumentative Grundlage geändert. Durch § 64 S. 1 GmbHG hat der Gesetzgeber, wie bereits erwähnt, die Pflicht zur Masseerhaltung etabliert. Das bedeutet, dass im Interesse einer gleichmäßigen und rangrichtigen Gläubigerbefriedigung jegliche Verfügungen, die die verteilbare Insolvenzmasse schmälern, unterbunden werden sowie die Bevorzugung einzelner Forderungen ausgeschlossen werden soll. Da, wie bereits erwähnt,<sup>28</sup> auch die Forderungen der Sozialkassen zu den Insolvenzforderungen zählen, liegt es nahe, davon auszugehen, dass § 64 S. 1 GmbHG auch diesbezüglich Geltung beanspruchen muss und mithin diese Forderungen mit den übrigen gleichgestellt sind, da ansonsten durch die Hintertür der Zweck der Masseerhaltung umgangen würde.<sup>29</sup> In diesem Zusammenhang ist die insolvenzrechtliche Sicht auch nicht einfach fortzuwischen, da nach dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit ihr Anwendungsbereich ja gerade eröffnet ist. Selbst wenn man sich immer noch auf den Standpunkt stellt, dass in § 266a Abs. 1 StGB die Privilegierung der Arbeitnehmerbeiträge durch den Gesetzgeber zu sehen sei, wird man doch einräumen müssen, dass der Gesetzgeber durch den in § 64 S. 1 GmbHG etablierten Haftungstatbestand zum Ausdruck bringt, dass ihm die Masseerhaltung und damit die insolvenzrechtliche Gleichheit der Masseforderungen (mindestens) ebenso wichtig ist.<sup>30</sup> Diesen Standpunkt nimmt der 2. *Zivilsenat* des BGH ein. Dementsprechend war er ursprünglich von dem Vorliegen einer strafrechtlich rechtfertigenden Pflichtenkollision ausgegangen. Dabei geht der 2. *Zivilsenat* nicht nur von einer Gleichrangigkeit, sondern sogar von einer Vorrangigkeit der Masseerhaltungspflicht gegenüber der strafrechtlich sanktionierten Zahlungspflicht aus, indem er für den Fall der Insolvenz in § 64 S. 1 GmbHG einen besonderen Pflichtenmaßstab erblickt.<sup>31</sup> Demnach würde hier eine Rechtfertigung des G zu konstatieren und entsprechend seine Strafbarkeit gem. § 266a Abs. 1 StGB abzulehnen sein. Demgegenüber hält der 5. *Strafsenat* des BGH an der Vorrangigkeit der Sozialabgaben auch in der Insolvenz fest und lehnt folglich eine rechtfertigende Pflichtenkollision grundsätzlich ab.<sup>32</sup>

In Ansehung dieser strafrechtlich gefestigten Rechtsprechung hat mittlerweile der 2. *Zivilsenat* seine Rechtsprechung ausdrücklich geändert und sich der Strafrechtsprechung des BGH angeschlossen. Mit Rücksicht auf die Einheit der Rechtsordnung könne es dem Geschäftsführer nicht angesonnen werden, der Masseerhaltungspflicht zu entsprechen, wenn er sich dadurch strafrechtlicher Verfolgung aussetze.<sup>33</sup>

<sup>28</sup> S.o. III. 2.

<sup>29</sup> Dazu *Goette*, DStR 2007, 1176 (1177).

<sup>30</sup> Dazu auch *Rönnau*, wistra 2007, 81 (82).

<sup>31</sup> BGHZ 146, 264 (274); BGH JZ 2005, 1115 und JZ 2008, 44 (45).

<sup>32</sup> BGH ZIP 2005, 1678 ff.

<sup>33</sup> BGH JZ 2008, 44 (46). Wer sich angesichts dieser Rechtsprechungsänderung wundert, warum im Vorangegangenen hinsichtlich der Auffassung des 2. *Zivilsenats* die Präsenzform verwendet wurde, dem sei gesagt, dass man bei genau-

Deshalb sieht der 2. *Zivilsenat* die Zahlung der Sozialabgaben i.S.v. § 64 S. 2 GmbHG als mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar an.<sup>34</sup> Dadurch wird der Geschäftsführer von der Haftung nach § 64 S. 1 GmbHG freigestellt und aus dem Normenkonflikt befreit, indem er nun die Sozialabgaben zahlen kann, ohne die aufgezeigte persönliche Inanspruchnahme auf dem Zivilrechtsweg befürchten zu müssen.

Aber auch mit diesem Hintergrundwissen darf man nicht den Fehler machen, im vorliegenden Fall eine Rechtfertigung des G vorschnell abzulehnen.

Der Grund dafür liegt in einer Besonderheit, die sich für Fälle wie den vorliegenden ergibt. Denn hier würde auch die Strafrechtsprechung nicht auf der Vorrangigkeit der Sozialabgaben beharren und eine Zahlung durch G verlangen, sondern sie würde ausnahmsweise § 64 S. 1 GmbHG als vorrangig ansehen. Die Erklärung dafür liegt wiederum in dem Tatzeitpunkt.

Nach § 15a Abs. 1 InsO ist der Vertreter einer juristischen Person, hier also G, dazu verpflichtet, innerhalb von drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit einen Insolvenzantrag zu stellen. Diesen dreiwöchigen Zeitraum versteht die Strafrechtsprechung als Sanierungszeitraum, in dem es der Gesellschaft ermöglicht werden soll, die verbleibenden finanziellen Mittel zu sammeln, um letztlich den Gang ins Insolvenzverfahren noch vermeiden zu können. Deshalb betrachtet die Strafrechtsprechung § 64 S. 1 GmbHG für den Zeitraum der Dreiwochen-Frist als besonderen Rechtfertigungsgrund im Bereich des § 266a StGB, so dass unterlassene Zahlungen an die Sozialkassen in dieser Zeit nicht zu einer Strafbarkeit führen.<sup>35</sup>

Hiernach wäre G also gerechtfertigt, da der Fälligkeitzeitpunkt der Arbeitnehmerbeiträge für den Januar innerhalb der dreiwöchigen Frist des § 15a Abs. 1 InsO liegt.

Nun ist in der Literatur, namentlich bei *Bittmann*<sup>36</sup>, vereinzelt zu lesen, dass für diesen Rechtfertigungsgrund kein Bedürfnis mehr bestehe. Er begründet dies damit, dass auch in der Dreiwochen-Frist der Normenkonflikt nicht mehr bestehe, weil aus zivilrechtlicher Sicht die Zahlungen an die Sozialkassen jetzt gem. § 64 S. 2 GmbH mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sind.

em Lesen des Urteils erkennen kann, dass die Rechtsprechungsänderung mehr von einer Resignation vor, denn aus Überzeugung von der Auffassung des 5. *Strafsenats* motiviert gewesen zu sein scheint. So sagt der *Senat* nicht nur deutlich, dass er seine Rechtsprechung nur zum Erhalt der einheitlichen Rechtsordnung und, um eine Haftung des Geschäftsführers zu vermeiden, ändert. Darüber hinaus legt er (in nicht erforderlicher Weise) auch noch ausführlich begründet seinen bisherigen Standpunkt dar, was Anlass zu der Vermutung gibt, dass sich an der eigentlichen rechtlichen Einschätzung nichts geändert hat, diese aber aus pragmatischen Gründen nicht weiter in die Rechtsprechung einfließen darf.

<sup>34</sup> BGH JZ 2008, 44 (46).

<sup>35</sup> BGHSt 48, 307 (309).

<sup>36</sup> *Bittmann*, wistra 2007, 406

Dies ist aber aus zwei Gründen nicht zutreffend. Erstens betont der 5. *Strafsenat*, dass sich die Insolvenzantragsfrist aus seiner Sicht als Sanierungsfrist darstellt,<sup>37</sup> so dass sich dieser Zeitraum von der sonstigen Zeit nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit (bzw. Überschuldung) unterscheidet. Zweitens erklärt der 2. *Zivilsenat* ausdrücklich, dass er seine Rechtsprechung nur in Hinblick auf die Einheit der Rechtsordnung und zum Schutz des Geschäftsführers vor einer Strafbarkeit geändert hat.<sup>38</sup> Daraus folgt dann aber auch, dass die Spruchpraxis nicht weiter geändert werden musste, als es eben nötig war, um dieses Ziel zu erreichen. Da ihm bei seiner Rechtsprechungsänderung aber bekannt war, wie sich die Strafrechtsprechung zu der in § 15a Abs. 1 InsO niedergelegten Frist verhält, ist es aus seiner Sicht nicht erforderlich, für diesen Zeitraum eine Zahlung gem. § 64 S. 2 GmbHG als mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar zu betrachten.<sup>39</sup>

Demnach hat sich G nach vorzugswürdiger Auffassung nicht gem. § 266a Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

#### IV. Fazit

Wie hier dargelegt, treten bereits in diesem kleinen Fall mehrere Rechtsgebiete und Gesetze bei der Lösung in Wechselwirkung. Wer im Wirtschaftsstrafrecht also erfolgreich sein will, ist gut beraten, wenn er sich dieses normative Zusammenspiel und dessen Konsequenzen vor Augen führt, bevor er sich in eine (einseitige) Lösung stürzt.

---

<sup>37</sup> BGHSt 48, 307 (309) m.w.N.

<sup>38</sup> Siehe dazu bereits oben III. 3., insbesondere Fn. 32.

<sup>39</sup> *Bittmanns* Standpunkt sieht auch *Rönnau*, JZ 2008, 46 (49), als zu weit gehend an.