

## Neuregelung ab 1. August 2004

# Vorenthaltung von Sozialversicherungsbeiträgen ist strafbar

## Auch Arbeitgeberanteil wird jetzt strafrechtlich geschützt



Zahlt ein Arbeitgeber keine Sozialversicherungsbeiträge, obwohl er hierzu in der Lage ist, macht er sich wegen Vorenthaltung von Arbeitsentgelt nach § 266 a Strafgesetzbuch (StGB) strafbar. Am **1. August 2004** ist eine **Neuregelung** in Kraft getreten durch das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und damit zusammenhängender Steuerhinterziehung. Danach macht sich auch strafbar, wer den Arbeitgeberanteil am Gesamtsozialversicherungsbeitrag nicht abführt an die zuständige Einzugsstelle. Bei einer versicherungspflichtigen Beschäftigung tragen Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Sozialversicherungsbeiträge jeweils zur Hälfte. Beispiel: Ein Arbeitnehmer verdient 1.000 EUR brutto monatlich, der Beitragssatz in der Rentenversicherung beträgt derzeit 19,9 %. Demnach beläuft sich der monatliche Beitrag auf 199 EUR, wovon der Arbeitnehmer die Hälfte, also 99,50 EUR trägt und der Arbeitgeber weitere 99,50 EUR, die er zusätzlich zum Bruttolohn erbringt. Der ab dem 1. Juli 2005 allein vom Arbeitnehmer zu tragende zusätzliche Beitrag von 0,9 % zur gesetzlichen Krankenversicherung gehört ebenfalls zum Gesamtsozialversicherungsbeitrag und ist vom Arbeitgeber einzuziehen und abzuführen.

Vor der Neuregelung wurde nur die **Nichtabführung des Arbeitnehmeranteils** unter Strafe gestellt, während jetzt auch die Nichtabführung des Arbeitgeberanteils sanktioniert wird. Mit der neuen Gesetzeslage werden erstmals auch die bei geringfügiger Beschäftigung allein vom Arbeitgeber zu entrichtenden Beiträge geschützt. Voraussetzung für eine Strafbarkeit wegen des Arbeitgeberanteils ist nach § 266 a Absatz 2 StGB, dass der Arbeitgeber vorsätzlich der Einzugsstelle gegenüber unrichtige oder unvollständige Angaben über sozialversicherungsrechtlich relevante Tatsachen macht oder die Einzugsstelle pflichtwidrig über sozialversicherungsrechtlich erhebliche

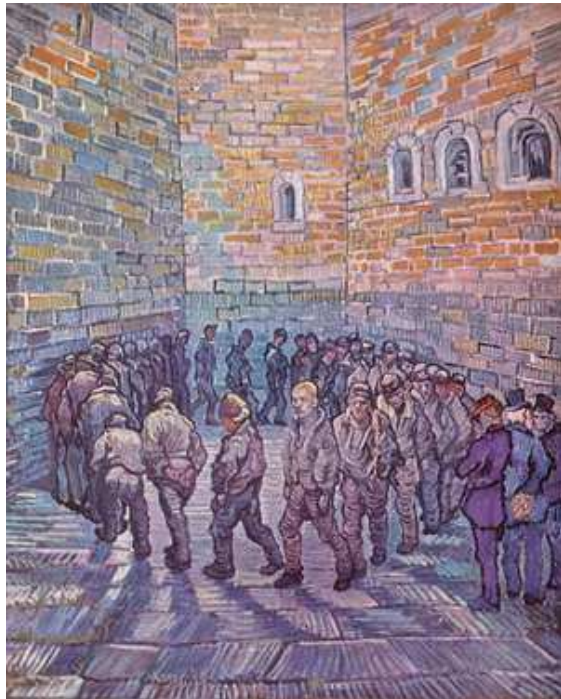
Tatsachen in Unkenntnis lässt, insbesondere eine Tätigkeit nicht meldet. Durch die falschen oder unterlassenen Angaben muss es zu einer Vorenthaltung von Sozialversicherungsbeiträgen kommen. Einzugsstellen für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag sind übrigens in der Regel die Krankenkassen (§ 28 h Viertes Sozialgesetzbuch [SGB IV]), die auch für die anderen Versicherungen (Rente, Arbeitslosigkeit) die Beiträge entgegennehmen und an diese weiterleiten. Ausnahme: Wenn es sich um eine geringfügige Beschäftigung in Privathaushalten handelt, liegt nur eine Ordnungswidrigkeit vor (§ 111 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 a, Satz 2 SGB IV, § 209 Absatz 1 Satz 1 Nummer 5, Satz 2 SGB VII).

**Fälligkeit:** Ab dem 1. Januar 2006 werden Sozialversicherungsbeiträge am drittletzten Bankarbeitstag des Monats fällig, in dem die beitragspflichtige Tätigkeit ausgeübt wird (§ 23 Absatz 1 Satz 2 bis 4 SGB IV in der Fassung des Gesetzes zur Änderung des Vierten und Sechsten Sozialgesetzbuches vom 3. August 2005), vor dem 1. Januar 2005 war dies der Fünfzehnte des Folgemonats. (Härtefallregelung: der erste Ende Januar 2006 neu fällig werdende Beitrag konnte im Einführungsjahr auf 6 Monate verteilt werden, § 119 Absatz 2 SGB IV).

Nach § 266 a Absatz 6 StGB kann das Gericht von einer Bestrafung absehen, wenn der Arbeitgeber spätestens im Zeitpunkt der Fälligkeit oder unverzüglich danach der Einzugsstelle schriftlich 1. die Höhe der vorenthaltenen Beiträge mitteilt und 2. darlegt, warum die fristgemäße Zahlung nicht möglich ist, obwohl er sich darum ernsthaft bemüht hat.

Nach der **Rechtsprechung** greift **§ 266 a Absatz 1 StGB** (Arbeitnehmeranteil) aber nur, wenn der Arbeitgeber überhaupt leistungsfähig ist. Allerdings darf er die Leistungsunfähigkeit nicht pflichtwidrig herbeiführen. In erster Linie muss sich der Arbeitgeber um die Abführung

der Sozialversicherungsbeiträge vor der Tilgung anderer Verbindlichkeiten kümmern (BGH Beschluss vom 28.05.2002 Az. 5 StR 16/02 = GHSt 47,318 = NJW 2002,2480), es sei denn, es stehen noch ausreichende Mittel für die



Die Vorenthaltung von Sozialversicherungsbeiträgen wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, in besonders schweren Fällen sogar bis zu zehn Jahren - **Bild oben:** „Die Runde der Gefangenen“ (1890, Puschkina-Museum Moskau) von Vincent van Gogh (1853-1890)

Bezahlung der Sozialabgaben zur Verfügung (BGH Beschluss vom 09.08.2005 Az. 5 StR 67/05 = NJW 2005,3650). Problematisch ist die Pflicht zur Entrichtung der Beiträge in der Zahlungsunfähigkeit einer GmbH, da die Geschäftsführer der GmbH spätestens drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit beim Amtsgericht Insolvenz beantragen müssen und zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet sind, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit geleistet werden (§ 15 a Insolvenzordnung, vor dem 1. November 2008 in § 64 GmbHG geregelt). In der dreiwöchigen Insolvenzantragsfrist soll keine Verpflichtung zur Abführung der Beiträge bestehen, wohl aber nach ungenutztem Ablauf der Drei-Wochen-Frist (BGH Beschluss vom 30.07.2003 Az. 5 StR 221/03 = BGHSt 48,307 = NJW 2003,3787). Die Frist soll dazu dienen, das noch vorhandene Vermögen des Schuldners zu erhalten und eine möglichst gleichmäßige Befriedigung aller Gläubiger zu erreichen. Gleiches dürfte für den Vorstand

einer Aktiengesellschaft (§ 92 Aktiengesetz) und die geschäftsführenden Gesellschafter einer Offenen Handelsgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft gelten (§§ 130 a Absatz 1 Satz 3, 161 Absatz 2 Handelsgesetzbuch). Die in den drei Wochen bestehende Pflicht zur Prüfung der Sanierungsfähigkeit stellt einen Rechtfertigungsgrund dar. Kennt ein Verantwortlicher die fehlende Sanierungsfähigkeit des Unternehmens und stellt er keinen Insolvenzantrag, ist eine Strafbarkeit nach § 266 a StGB gegeben (BGH Beschluss vom 09.08.2005 Az. 5 StR 67/05 = NJW 2005,3650 [3652]). Bei einer Verurteilung nach § 266 a StGB sind in den Urteilsgründen die Anzahl der Beschäftigten, deren Beschäftigungszeiten, das zu zahlende Arbeitsentgelt und die Höhe der Beitragssätze der Sozialversicherungsträger darzustellen (BGH 5 StR 16/02 = BGHSt 47,318 = NJW 2002,2480 [2483] und BGH Beschluss vom 09.08.2005 = Az. 5 StR 67/05 = NJW 2005,3650).

Weist ein Geschäftsführer einer insolventen GmbH die Sozialversicherungsbeiträge an, würde eine Anfechtbarkeit dieser Zahlung wegen einer übermäßigen Sicherung der Sozialkassen im Verhältnis zu anderen Gläubigern (§§ 129 ff. Insolvenzordnung) an der strafrechtlichen Pflicht zur Abführung dieser Sozialversicherungsbeiträge nichts ändern, so der BGH (BGH Beschluss vom 09.08.2005 Az. 5 StR 67/05 = NJW 2005,3650 [3652]). Mit Wirkung zum Jahresanfang 2008 hat der Gesetzgeber klargestellt, dass die Abführung des Arbeitnehmeranteils am Gesamtsozialversicherungsbeitrag durch den Arbeitgeber als eine aus dem Vermögen des Beschäftigten erbrachte Zahlung gilt (§ 28 e Absatz 1 Satz 2 SGB IV, eingeführt durch Gesetz zur Änderung des Vierten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze). Damit sollen eine Anfechtung und Rückforderung abgeführter Sozialversicherungsbeiträge durch Gläubiger des notleidenden Unternehmens wegen einer übermäßigen Sicherung eines bestimmten Gläubigers (*hier: der Sozialversicherung*) nach den Regeln über die Insolvenzanfechtung vermieden werden.

Ein Verstoß des GmbH-Geschäftsführers gegen die Pflicht zur Abführung der Beiträge i.S. des § 266 a StGB begründet einen Schadensersatzanspruch der Krankenkasse gegen den Geschäftsführer (BGH Urteil vom 18.04.2005 Az. II ZR 61/03 = NJW 2005,2546, wohl aber

nicht, wenn die gebotene Zahlung nach den Vorschriften der Insolvenzordnung über die Anfechtbarkeit vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erbrachter Leistungen hätte angefochten werden können). Als Anspruchgrundlage für diesen Schadensersatzanspruch kommt § 823 Absatz 2 BGB in Betracht, wonach zum Schadensersatz verpflichtet ist, wer gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. § 266 a StGB ist ein solches Schutzgesetz.

Schadensersatzansprüche der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer bzw. den Vorstand sind nicht gegeben, wenn dieser den straf- und sozialversicherungsrechtlichen Normbefehlen entsprechend Arbeitnehmeranteile der Sozialversicherung abführt, er handelt dabei mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters (§ 64 Satz 2 GmbHG, vor dem 1. November 2008 § 64 Absatz 2 Satz 2 GmbHG, § 92 Absatz 2 Satz 2, vor dem 1. November 2008 § 92 Absatz 3 Satz 2 Aktiengesetz; Urteil des 2. Zivilsenats des BGH vom 14.05.2007 Az. II ZR 48/06 = NJW 2007,2118 sowie vom 02.07.2008 Az. II ZR 27/07). Die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge stellt dann keinen Verstoß gegen die Massesicherungspflicht dar, ein Schadensersatzanspruch der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer besteht nicht.

Im Insolvenzverfahren sind die Forderungen der Sozialversicherungsträger ganz normale, nicht privilegierte Forderungen (anders im früheren, bis Ende 1998 geltenden Konkursrecht; die vorrangige Pflicht zur Abführung der Sozialversicherungsbeiträge ergibt sich nach Auffassung des BGH aus der Strafbarkeit der Nichtabführung).

Wenn ein Arbeitgeber bei bestehendem Arbeitsvertrag keine Beiträge abführt, bleibt der Versicherungsschutz in der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung erhalten. Das gilt auch für rechtmäßige Arbeitskämpfe, nicht aber bei wilden Streiks (§ 192 Absatz 1 Nummer 1 SGB V, § 49 Absatz 2 SGB XI).

Wird über das Vermögen des Arbeitgebers ein Insolvenzverfahren eröffnet bzw. mangels Masse abgelehnt, können Arbeitnehmer **Insolvenzgeld** von der Bundesagentur für Arbeit erhalten, wenn für einen dreimonatigen Zeitraum vor dem Insolvenzereignis noch Ansprüche auf Arbeitsentgelt bestehen (§§ 183 ff. SGB III).

Wenn die Eröffnung des Insolvenzverfahrens beantragt, aber noch nicht beschlossen worden ist, kann ein Vorschuss gewährt werden.

### Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen und Beschäftigung von Ausländern:

Ausländische Arbeitnehmer, die im Rahmen eines ausländischen Arbeitsverhältnisses nach Deutschland entsandt werden, unterliegen nicht der deutschen Sozialversicherungspflicht, wenn die Entsendung zeitlich begrenzt ist (§ 5 Absatz 1 SGB IV; Regelungen des über- oder zwischenstaatlichen Rechts bleiben unberührt, § 6 SGB IV). Bei EU-Ausländern gilt hierfür grundsätzlich eine Frist von einem Jahr (Artikel 14 der Verordnung 1408/71 der Europäischen Union). Der Entsendestaat stellt hierzu die Bescheinigung "E 101" aus, worin mitgeteilt wird, dass der Herkunftsstaat die Entsendung bestätigt und seine sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften Anwendung finden. Dieser Bescheinigung kommt eine bindende Wirkung sowohl für die deutschen Sozialversicherungsbehörden als auch für die deutsche Strafjustiz zu. Die Bindungswirkung entfällt auch dann nicht, wenn die Bescheinigung durch Manipulation oder Täuschung erschlichen worden ist. In Konfliktfällen müsste der Versicherungsträger des aufnehmenden Staates auf eine Rücknahme der Bescheinigung durch den Entsendestaat hinwirken, äußerstenfalls kommt eine Klage in diesem Staat oder ein Verfahren wegen Verletzung des EU-Vertrages in Betracht (Urteil des BGH vom 24.10.2006 Az. 1 StR 44/06 = NJW 2007,233 = BGHSt 51,124).

Vergleichbares gilt für Ausländer aus Nicht-EU-Staaten (§ 5 Absatz 1 SGB IV), allerdings greift in diesen Fällen nicht die Bindungswirkung der Entscheidung des Entsendestaates über das Bestehen einer Sozialversicherungspflicht im Entsendestaat. Von einer vorübergehenden Entsendung kann man aber nicht sprechen, wenn die Ausländer bei Scheinfirmen im Ausland formal angestellt sind und im Inland eingesetzt werden. Eine solche Scheinfirma liegt vor, wenn das ausländische Unternehmen nicht nach außen auftritt, über keine Betriebsräume verfügt und keine Organisationsstruktur aufweist (BGH Beschluss vom 07.03.2007 Az. 1 StR 301/06 = NJW 2007,1370 = BGHSt 51,224; Zweck der ausländischen Unternehmen war allein die Begründung von formalen

ausländischen Beschäftigungsverhältnissen und die Vermeidung von Lohnnebenkosten mittels Vortäuschung eines Entsendefalles). Im Fall eines neuen EU-Mitgliedsstaats (*hier: Ungarn*) hat der BGH für vor den Beitritt aufgetretene Fälle entschieden, dass die aufgrund eines bilateralen Sozialversicherungsabkommens ausgestellten Bescheinigungen keine absolute Bindungswirkung für deutsche Behörden und Gerichte entfalten und in Fällen einer vorgetäuschten Beschäftigung mit Entsendung die Strafvorschrift des § 266 a StGB anwendbar ist (BGH Urteil vom 24.10.2007 Az. 1 StR 160/07 = NJW 2008,595).

Hier die Vorschrift des StGB im Wortlaut:

### **StGB § 266a Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt**

(1) Wer als Arbeitgeber der Einzugsstelle Beiträge des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung einschließlich der Arbeitsförderung, unabhängig davon, ob Arbeitsentgelt gezahlt wird, vorenthält, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer als Arbeitgeber

1. der für den Einzug der Beiträge zuständigen Stelle über sozialversicherungsrechtlich erhebliche Tatsachen unrichtige oder unvollständige Angaben macht oder  
2. die für den Einzug der Beiträge zuständige Stelle pflichtwidrig über sozialversicherungsrechtlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis lässt und dadurch dieser Stelle vom Arbeitgeber zu tragende Beiträge zur Sozialversicherung einschließlich der Arbeitsförderung, unabhängig davon, ob Arbeitsentgelt gezahlt wird, vorenthält.

(3) Wer als Arbeitgeber sonst Teile des Arbeitsentgelts, die er für den Arbeitnehmer an einen anderen zu zahlen hat, dem Arbeitnehmer einbehält, sie jedoch an den anderen nicht zahlt und es unterlässt,

den Arbeitnehmer spätestens im Zeitpunkt der Fälligkeit oder unverzüglich danach über das Unterlassen der Zahlung an den anderen zu unterrichten, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Satz 1 gilt nicht für Teile des Arbeitsentgelts, die als Lohnsteuer einbehalten werden. (4) In besonders schweren Fällen der Absätze 1 und 2 ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter

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

(5) Dem Arbeitgeber stehen der Auftraggeber eines Heimarbeiters, Hausgewerbetreibenden oder einer Person, die im Sinne des Heimarbeitsgesetzes diesen gleichgestellt ist, sowie der Zwischenmeister gleich.

(6) In den Fällen der Absätze 1 und 2 kann das Gericht von einer Bestrafung nach dieser Vorschrift absehen, wenn der Arbeitgeber spätestens im Zeitpunkt der Fälligkeit oder unverzüglich danach der Einzugsstelle schriftlich

1. die Höhe der vorenthaltenen Beiträge mitteilt und  
2. darlegt, warum die fristgemäße Zahlung nicht möglich ist, obwohl er sich darum ernsthaft bemüht hat. Liegen die Voraussetzungen des Satzes 1 vor und werden die Beiträge dann nachträglich innerhalb der von der Einzugsstelle bestimmten angemessenen Frist entrichtet, wird der Täter insoweit nicht bestraft. In den Fällen des Absatzes 3 gelten die Sätze 1 und 2 entsprechend.