

Insolvenz

## Zur Haftung des GmbH-Geschäftsführers für Sozialversicherungsbeiträge

von RA / StB Julian Ott, FA StR, Berlin\*

Gerät eine GmbH in die Krise, die zu einer Insolvenz des Unternehmens führt, ist der Geschäftsführer (GF) auf Grund der Pflicht zur Abführung der Sozialversicherungsbeiträge einer Vielzahl von Risiken ausgesetzt. Zuweilen können unterschiedliche gesetzliche Vorschriften und deren Auslegung zu einem kaum lösbaren und äußerst haftungsträchtigen Konflikt für den GmbH-GF führen.

**Die GmbH  
in der Krise**

### 1. Strafrechtliche Verantwortlichkeit

Das Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt wird nach § 266a StGB mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Die Vorschrift bezieht sich nur auf die Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung. Vorenthalten tritt bei Nichtzahlung der Arbeitnehmeranteile zum Zeitpunkt der Fälligkeit des Beitrags im laufenden Beitragsmonat ein. Der Straftatbestand ist auch bei bloßer Verspätung verwirklicht. Eine spätere Zahlung beseitigt die eingetretene Strafbarkeit nicht, trägt aber zur Strafmilderung bei.

**Nur Arbeit-  
nehmeranteile**

Die Verpflichtung, die Arbeitnehmeranteile abzuführen, entfällt auch dann nicht, wenn die Löhne nicht mehr ausgezahlt werden. Ebenso ist eine anteilige Kürzung bei Teilauszahlung zu vermeiden. Insoweit besteht ein Unterschied zur Geschäftsführerhaftung für LSt (§§ 191, 69, 34 AO). Eine Reduzierung kann sich allein aus einer Senkung des Lohns durch Anpassung des Arbeitsvertrages ergeben. Das kommt aber mit Blick auf Insolvenzgeld- und spätere Arbeitslosengeldansprüche des Mitarbeiters meist nicht in Betracht.

**Anteilige Kürzung  
bei Teilauszahlung  
befreit nicht**

**Praxishinweis:** Soweit im Vorfeld einer Insolvenz Zahlungen auf Arbeitnehmeranteile noch geleistet werden, sollte der GF von seinem Recht auf Tilgungsbestimmung Gebrauch machen und den Verwendungszweck der Überweisung eindeutig bestimmen. Hierzu ist die ausdrückliche Bezeichnung „Arbeitnehmeranteile“ auf der Überweisung anzubringen. Andernfalls erfolgt eine Verrechnung der eingehenden Beträge anhand der BeitragszahlungsVO. Danach werden Teilzahlungen gleichmäßig auf fällige Arbeitnehmer- und Arbeitgeberanteile angerechnet und die strafrechtliche Verantwortlichkeit ist nicht sicher ausgeschlossen.

**Recht auf Tilgungs-  
bestimmung  
nutzen**

Die Verfolgung des Delikts ist sichergestellt: Denn das Gutachten des vorläufigen Insolvenzverwalters, in welchem die Krankenkasse (KK) benannt und die Sozialversicherungs-Verbindlichkeiten aufgelistet werden, ist auf Grund der Mitteilungspflichten vom Insolvenzgericht an die StA weiterzuleiten.

**Nichtabführung  
wird automatisch  
verfolgt**

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

### 1.1 Dokumentation

Die StA holt Rückstandsankünfte bei den KK ein. Diese sollten von der Verteidigung dahingehend geprüft werden, ob sie zutreffend sind und ob die Tilgungsbestimmung des GF tatsächlich berücksichtigt wurde. Soweit in der Vergangenheit telefonisch Stundungsabreden getroffen wurden, ist darauf zu achten, ob Zahlungen zu Unrecht zuerst auf Säumniszuschläge und Arbeitgeberanteile verrechnet wurden. Stundungsabreden mit der Krankenkasse als einzige Möglichkeit, eine zukünftige Fälligkeit hinauszuschieben, sollten nur schriftlich getroffen werden. Von Stundungsanträgen ist aber meist abzuraten, weil die Gefahr besteht, dass sich der GF zusätzlich der Gefahr einer Strafverfolgung wegen Betrugs aussetzt. Das ist der Fall, wenn bei Beantragung der Stundung bei der KK absehbar war, dass der gestundete Beitrag nicht mehr gezahlt werden wird.

**Vorsicht bei Stundungsvereinbarung mit der Krankenkasse**

**Praxishinweis:** Im Vorfeld der Insolvenz kann es sinnvoll sein, Saldenmitteilungen und eine Unbedenklichkeitsbescheinigung von der KK einzuholen. Da zwischen Nichtabführung und einer strafrechtlichen Verfolgung Jahre liegen können und die Unterlagen häufig vom Insolvenzverwalter in Besitz genommen werden, sollte der GF die Abläufe zu seinem eigenen Schutz auch selbst sorgfältig dokumentieren. Diese Dokumentation sollte auch den Nachweis von Anweisungen des GF an kaufmännische Mitarbeiter beinhalten, vorrangig Arbeitnehmeranteile zur Fälligkeit zu zahlen. Auch sollte die interne Zuständigkeit bei mehreren GF schriftlich vorliegen. Letztere führt aber nur zu einer Entlastung, wenn die mit der Zuständigkeitsverteilung verbundene Überwachungspflicht erfüllt wurde.

**Unbedenklichkeitsbescheinigung von der Krankenkasse**

### 1.2 Rechtfertigung während Insolvenzantragsfrist

Ein bedeutsamer Verteidigungsansatz ergibt sich aus der Suspendierung der Pflicht zur Abführung der Arbeitnehmeranteile während des Laufs der Insolvenzantragsfrist. Nach § 64 Abs. 1 GmbHG hat der GF ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung einen Insolvenzantrag zu stellen. Sofern die Prüfung von Sanierungsmöglichkeiten nicht aussichtslos ist – dann ist der Antrag unverzüglich zu stellen – ergibt sich ein Zeitfenster von drei Wochen. Liegt der Fälligkeitstermin innerhalb dieser Frist, ist die Nichtabführung ausnahmsweise nicht strafbar. Diese Folgerung ist aus der inzwischen mit Urteil des BGH vom 9.8.05 (PStR 05, 224, Abruf-Nr. 052526) bestätigten Entscheidung des 5. Strafsenats des BGH vom 30.7.03 (wistra 04, 26, Abruf-Nr. 032579) zu ziehen:

**Suspendierung der Abführungspflicht**

- Innerhalb der Drei-Wochen-Frist sieht der BGH einen Konflikt mit dem Grundsatz der Massesicherung aus § 64 Abs. 2 GmbHG als gegeben an. Unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der Pflichtenkollision ergibt sich hier ein Rechtfertigungsgrund.
- Lässt aber der GF die Antragsfrist trotz fortbestehender Insolvenzreife verstreichen, entfällt der Rechtfertigungsgrund.

**Rechtfertigungsgrund nur innerhalb der Antragsfrist**

**Praxishinweis:** Mit dieser Argumentation ist sorgsam umzugehen, da in der Praxis regelmäßig unterschiedliche Auffassungen zum Zeitpunkt des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit bestehen. Liegt dieser mehr als drei

Wochen vor Stellung des Insolvenzantrags, besteht die Gefahr, durch die eigene Argumentation bei der Abwendung einer Verurteilung nach § 266a StGB eine solche wegen strafbarer Insolvenzverschleppung (§ 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG; § 64 Abs. 1 GmbHG) wahrscheinlicher zu machen.

### 1.3 Verfügungsverbot des Insolvenzgerichts

Die Strafbarkeit des echten Unterlassungsdeliktes § 266a StGB entfällt, wenn die gebotene Handlung unmöglich war. Unmöglichkeit kann in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht vorliegen:

- In tatsächlicher Hinsicht schließt das Bestehen von Zahlungsunfähigkeit zum Fälligkeitszeitpunkt den Tatbestand des § 266a StGB aus. Abgesehen davon, dass Zahlungsunfähigkeit i.S. des § 17 Abs. 2 InsO und die völlige Abwesenheit liquider Mittel regelmäßig nicht scharf getrennt werden, beschränkt im Strafverfahren auch das Delikt der Insolvenzverschleppung diese Verteidigungsmöglichkeit. Es liegt maximal **ein** Fälligkeitszeitpunkt innerhalb der Drei-Wochen-Frist.
- In rechtlicher Hinsicht endet die Strafbarkeit mit einem Verfügungsverbot. Das Insolvenzgericht kann der GmbH ein allgemeines Verfügungsverbot auferlegen oder anordnen, dass Verfügungen der GmbH nur mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters wirksam sind (§ 21 Abs. 2 Nr. 2 InsO). Diese Zustimmung wird der Insolvenzverwalter zur Meidung seiner eigenen persönlichen Haftung für Masseschmälerungen nicht erteilen. Spätestens mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens geht das Verfügungsrecht auf den Insolvenzverwalter über (§ 80 Abs. 1 InsO). Durch das Verbot, selbst über das GmbH-Vermögen zu verfügen, wird dem GF die Zahlung der Arbeitnehmeranteile unmöglich. Bleibt die Anordnung des Zustimmungsvorbehaltes nach § 21 Abs. 2 Nr. 2 InsO durch das Insolvenzgericht aus, kann der GF – über den vorläufigen Insolvenzverwalter – einen entsprechenden Beschluss des Insolvenzgerichts anregen, um das Ende seiner Haftung sicherzustellen.

**Strafbarkeit entfällt bei Unmöglichkeit**

**Tatsächlich durch Zahlungsunfähigkeit**

**Rechtlich durch Verfügungsverbot**

### 1.4 Selbstanzeige

Eine Parallele zum Steuerstrafrecht bietet der dogmatisch wohl als Strafausschließungsgrund einzuordnende § 266a Abs. 6 StGB. Danach kann von einer Bestrafung abgesehen werden, wenn der Arbeitgeber spätestens im Zeitpunkt der Fälligkeit oder unverzüglich darauf der Einzugsstelle schriftlich die Höhe der vorenthaltenen Beiträge mitteilt und darlegt, warum die fristgemäße Zahlung nicht möglich ist, obwohl er sich ernstlich bemüht hat. Werden die Beiträge innerhalb einer von der Einzugsstelle zu bestimmenden angemessenen Frist entrichtet, wird der Täter nicht bestraft.

**Von einer Bestrafung wird abgesehen**

Die Vorschrift ist nicht schlüssig, weil die hierin vorausgesetzte Unmöglichkeit der Zahlung schon den Tatbestand entfallen lässt. Sie bietet aber eine zentrale Grundlage für die Verhandlungen über eine Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO bzw. ist regelmäßig ein zu Gunsten des GF zu berücksichtigender Strafmilderungsgrund. Eine den Anforderungen der Vorschrift genügende Selbstanzeige sollte daher in jedem Falle zu Gunsten des GF abgegeben werden, wenn Sozialversicherungsbeiträge nicht mehr gezahlt werden.

**Grundlage für Verfahrenseinstellung**

**Praxishinweis:** Die Selbstanzeige gegenüber der KK ist ein sehr konkreter Anhaltspunkt für den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit und damit den Lauf der Drei-Wochen-Frist bei Insolvenzverschleppung. In der Regel hat die Selbstanzeige auch außerstrafrechtliche Wirkung, denn sie ist auf Grund der Erfordernisse an die zu machenden Angaben Grundlage für die Kenntnis der KK von der Zahlungsunfähigkeit der GmbH.

**Konkreter Anhaltspunkt für Fristverlauf**

## 2. Deliktische Haftung

Neben der Strafverfolgung zieht eine Verletzung des § 266a StGB auch eine zivilrechtliche Haftung gegenüber der KK nach sich. § 266a StGB ist ein Schutzgesetz i.S. des § 823 Abs. 2 BGB, dessen Verletzung einen Schadensersatzanspruch der Sozialversicherungsträger begründet. Die KK können den GF mit seinem Privatvermögen für ausgefallene Arbeitnehmeranteile in Anspruch nehmen. Der Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit § 266a StGB hängt dem GF lange nach. Der Anspruch gründet sich auf eine Schutzgesetzverletzung und ist damit in einem späteren Insolvenzverfahren über das persönliche Vermögen des GF (§ 302 Nr. 1 InsO) als Anspruch aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung von der Restschuldbefreiung nicht erfasst. Der Streit über diesen Schadensersatzanspruch ist unabhängig vom Ausgang des Strafverfahrens vor den Zivilgerichten zu führen. Das hat zu einer Vielzahl von sich teilweise widersprechenden Entscheidungen zur – auch zivilrechtlich entscheidenden – Frage des Vorliegens von § 266a StGB geführt.

**Schadensersatzanspruch der Sozialversicherungsträger**

### 2.1 Unmöglichkeit wegen Zahlungsunfähigkeit

Für die Unmöglichkeit normgemäßen Verhaltens ist im Rahmen des § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit § 266a StGB der Anspruchsteller, also die KK, darlegungs- und beweispflichtig (BGH 18.4.05, wistra 05, 339, Abruf-Nr. 051594). Die Unmöglichkeit wegen Zahlungsunfähigkeit hat als Argument im Zivilverfahren größere Bedeutung, denn dieses wird oft erst nach Abschluss des Strafverfahrens wegen Insolvenzverschleppung durchgeführt.

**Beweislast liegt bei den Krankenkassen**

Die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast zur Unmöglichkeit ist für die KK insoweit misslich, als die Erkenntnismöglichkeiten der KK über die jeweilige Liquidität des später insolventen Unternehmens gering sind. Diesem Umstand trägt die sekundäre Darlegungslast des GF Rechnung. Wenn es also der KK gelingt, konkrete Anhaltspunkte (z.B. Lohnzahlungen) dafür vorzutragen, dass noch liquide Mittel bei der späteren Insolvenzschuldnerin vorhanden waren, steigen auch die Anforderungen an die sekundäre Darlegungslast des GF. Gleichwohl verbleibt die Beweislast bei der KK, wenn sich im Zivilprozess nicht aufklären lässt, ob die Abführung der Beiträge wegen Zahlungsunfähigkeit unmöglich war.

**Erkenntnismöglichkeiten der Krankenkassen gering**

### 2.2 Rechtmäßiges Alternativverhalten: Insolvenzanfechtung

Der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens stützt sich auf folgende Überlegung: Hätte der GF – anstatt die Beiträge nicht abzuführen – rechtmäßig zum Fälligkeitszeitpunkt an die KK als Einzugsstelle gezahlt, so wären die Beiträge zwar vorübergehend bei der Kasse eingegangen, Sie wären der Kasse aber nicht dauerhaft verblieben, weil der Insolvenz-

**Beiträge zahlen und später die Zahlung anfechten lassen**

verwalter ggü. der KK die Insolvenzanfechtung ausgesprochen hätte. Dann wäre die KK nach §§ 129 ff, 143 InsO verpflichtet gewesen, die anfechtbar erlangten Beiträge an die Insolvenzmasse zurückzugewähren.

Der Schaden, der darin besteht, dass der KK die Beiträge nicht zur Verfügung stehen, wäre im Sinne einer Reserveursache auch dann eingetreten, wenn sich der GF rechtmäßig alternativ verhalten und gezahlt hätte. Dann aber wäre das Unterlassen der Abführung der Beiträge nicht kausal für den eingetretenen Schaden. Die Kausalität als Tatbestandsmerkmal des Schadenersatzanspruchs aus § 823 Abs. 2 i.V.mit § 266a StGB wäre zu verneinen, weshalb der Anspruch nicht bestünde.

Der GF muss die Anfechtbarkeit einer theoretischen Zahlung einwenden und die Anfechtungsvoraussetzungen für eine Insolvenzanfechtung schlüssig darlegen. Dies führt dann zu einer Inzidentprüfung der Insolvenzanfechtung im Rechtsstreit um die Schadenersatzforderung. Die Anfechtung nach § 130 Abs. 1 Nr. 1 InsO setzt hierbei kumulativ voraus:

- Eröffnung des Insolvenzverfahrens,
- objektive Gläubigerbenachteiligung,
- Fälligkeitszeitpunkt in den letzten drei Monaten vor Insolvenzantrag,
- Zahlungsunfähigkeit der GmbH zum Fälligkeitszeitpunkt und
- Kenntnis des Anfechtungsgegners von der Zahlungsunfähigkeit.

### 2.3 Pflichtenkollision

Die Pflichten des GF einer GmbH kollidieren ab dem Zeitpunkt, in dem die Insolvenzreife eintritt: Entweder setzt er – was § 266a StGB von ihm verlangt – die letzten trotz Zahlungsunfähigkeit i.S. des § 17 Abs. 2 InsO noch vorhandenen liquiden Mittel zur Zahlung von Beiträgen ein oder er kommt seiner zivilrechtlichen Verpflichtung aus § 64 Abs. 2 GmbHG nach, im Vorgriff auf das Insolvenzverfahren die verteilungsfähige Insolvenzmasse zu erhalten, und unterlässt eine Zahlung an die KK.

Der II. Zivilsenat des BGH löst diesen Konflikt in seinem Urteil vom 18.4.05 (a.a.O.), indem er eine Pflichtenkollision unterstellt, die zur Verneinung des deliktischen Verschuldens und damit des Schadenersatzanspruchs der KK führen müsse. Der 5. Strafsenat tritt dieser Auffassung mit Entscheidung vom 9.8.05 (a.a.O.) entgegen. Die Privilegierung der Beitragsforderung ergebe sich aus § 266a StGB. Eine Suspendierung wäre nur innerhalb des Laufs der Drei-Wochen-Frist möglich. Eine Pflichtenkollision liege deshalb nicht vor, weil sich der GF durch Stellung des Insolvenzantrags dieser Kollision ohne weiteres entziehen könne.

**Praxishinweis:** Im Rahmen einer zivilrechtlichen Auseinandersetzung mit der KK sollte sich der GF auf den Einwand der Pflichtenkollision berufen. Wegen der realen Gefahr der Strafverfolgung muss vor der Insolvenz derzeit die Zahlung der Arbeitnehmeranteile weiterhin trotz § 64 Abs. 2 GmbHG empfohlen werden. Eine Einschränkung besteht nur, wenn ein einziger Beitragsmonat offen bleibt, und der Fälligkeitszeitpunkt sicher und beweisbar innerhalb der Insolvenzantragsfrist liegt.

**Nichtzahlung  
kausal für  
Schadenersatz-  
anspruch?**

**Inzidentprüfung**

**Einerseits besteht  
die Pflicht, die Bei-  
träge abzuführen, ...**

**... andererseits  
ist der GF zum  
Erhalt der Masse  
verpflichtet**

**Im Zivilverfahren  
Einwand der  
Pflichtenkollision  
geltend machen**

### 3. Gesellschaftsrechtliche Haftung

§ 64 Abs. 2 S. 1 GmbHG begründet einen Anspruch der Gesellschaft gegen den GF auf Erstattung der nach Insolvenzreife aus dem Gesellschaftsvermögen geleisteten Zahlungen. Bei Abweisung des Insolvenzantrags mangels Masse ist das bedeutungslos, wird aber ein Insolvenzverfahren eröffnet, so wird der Anspruch der insolventen Gesellschaft vom Insolvenzverwalter gegen den GF geltend gemacht. Nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit besteht für den GF also entweder das Strafverfolgungsrisiko verbunden mit der Schadensersatzhaftung ggü. der KK oder das Risiko, etwa noch geleistete Zahlungen auf Arbeitnehmeranteile zur Masse erstatten zu müssen.

**Dilemma des Geschäftsführers**

#### 3.1 Einschränkung der Haftung in § 64 Abs. 2 S. 2 GmbHG

Der Rechtsgedanke der Pflichtenkollision spielt auch bei dem Anspruch nach § 64 Abs. 2 S. 1 GmbHG wegen § 64 Abs. 2 S. 2 GmbHG eine Rolle. Hiernach gilt die Ersatzpflicht des GF für Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife nicht, wenn die Zahlungen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sind. § 64 Abs. 2 S. 2 GmbHG ist als Ausnahmenvorschrift grundsätzlich eng auszulegen. Neben solchen Zahlungen, die die Masse nicht verkürzen, kommen nur Zahlungen in Betracht, die unerlässlich sind, um den sofortigen Zusammenbruch der Gesellschaft (Sanierungsmaßnahmen) zu verhindern.

**Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns**

#### 3.2 Zahlung der Arbeitnehmeranteile als Ausnahme?

Fraglich ist, ob die Zahlung fälliger Arbeitnehmeranteile als eine derartige Ausnahme einzustufen ist. Der II. Zivilsenat des BGH lehnt dies mit Urteil vom 18.4.05 (a.a.O.) ausdrücklich ab. Hierbei geht er aber davon aus, dass bei einer Pflichtenkollision zu Gunsten des § 64 GmbHG und zu Lasten des § 266a StGB die Strafbarkeit entfällt. Dies aber hat der 5. Strafsenat des BGH in seiner Entscheidung vom 9.8.05 (a.a.O.) ausdrücklich abgelehnt. Die Strafandrohung besteht fort.

**Höchstrichterliche Rechtsprechung nicht koordiniert**

Die Zahlung der Arbeitnehmeranteile ist zwar kein typischer Fall der Ausnahmenvorschrift des § 64 Abs. 2 S. 2 GmbHG. Denn die Ausnahme ist gesellschaftsrechtlich systemkonform nicht zu begründen, weil dem Erhalt der (späteren) Insolvenzmasse aus Gläubigerschutzgründen oberste Priorität eingeräumt wird. Eine Beschränkung der Betrachtung auf den jeweiligen Normenkontext berücksichtigt aber nicht, dass die Rechtsordnung nicht einerseits über § 64 Abs. 2 S. 1 GmbHG dem GF die Abführung der Arbeitnehmeranteile verbieten kann und zugleich eine Einhaltung dieses Gebots nach § 266a StGB unter Strafe stellen kann. Dieser Rechtszustand ist schlicht eine Zumutung. Im Zivilrecht kann nicht einfach ignoriert werden, dass ein gebotenes Verhalten zugleich mit Strafe bedroht ist.

**Greift die Ausnahmenvorschrift des § 64 Abs. 2 S. 2 GmbHG?**

§ 266a StGB gilt auch für solche Arbeitgeber, die nicht als GmbH organisiert sind und somit dem Anwendungsbereich von § 64 Abs. 2 GmbHG nicht unterfallen. Daher muss bei der Auslegung der Ausnahmenvorschrift in § 64 Abs. 2 S. 2 GmbHG der umfassenden Strafbewehrung über das Recht der Kapitalgesellschaften hinaus Rechnung getragen werden, indem man die zur Meidung einer Strafbarkeit ausgelöste Zahlung gesell-

schaftsrechtlich als mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar ansieht. Dies lässt sich unter Rückgriff auf den Gedanken der zu Gunsten des Arbeitnehmers treuhänderischen Abwicklung des Beitragsanteils auch insolvenzrechtlich legitimieren: Eine echte Treuhand würde ein Aussonderungsrecht (§ 47 InsO) im Insolvenzverfahren begründen. Danach würde die Masse durch vorherige Abwicklung der treuhänderischen Zahlung nicht verkürzt. Zahlungen, die die Masse nicht verkürzen, sind aber als Ausnahme i.S. des § 64 Abs. 2 S. 2 GmbHG anerkannt. Diese Betrachtung entspräche im übrigen dem Ausgangspunkt des § 266a StGB: Strafbar ist die Nichtabführung des Arbeitnehmeranteils, also des Teils, der wirtschaftlich als fremdes Vermögen angesehen wird, weshalb § 266a StGB systematisch im Zusammenhang zur Untreue angesiedelt ist.

**Argument: Aussonderungsrecht**

Es ist nicht zu verstehen, dass der Konflikt halbwegs sicher nur dadurch zu lösen ist, dass der GF anfechtbar zahlt und sich darauf verlässt, ggü. dem Insolvenzverwalter hinterher den Anfechtungseinwand erheben zu können. Dieser könnte neuerdings eine Zug-um-Zug-Verurteilung des GF zur Ersatzleistung an die Masse aus § 64 Abs. 2 S. 1 GmbHG gegen Abtretung des Anfechtungsanspruchs des Insolvenzverwalters an den GF analog § 255 BGB zur Folge haben. Der GF würde dann aus abgetretenem Insolvenzanfechtungsrecht des Insolvenzverwalters seinerseits die KK verklagen müssen, die er doch bezahlen wollte, um sich nicht strafbar zu machen. Ein absurdes, dem betroffenen GF nicht vermittelbares Ergebnis.

**Empfehlung: Anfechtungseinwand erheben**

### 3.3 Gesetzentwurf zur Anpassung des Rechts der Insolvenzanfechtung

Die Einstufung der Abführung der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung als Zahlung, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns i.S. des § 64 Abs. 2 S. 2 GmbHG vereinbar ist, wird auch von Tendenzen der Gesetzgebung getragen. Die alte Bundesregierung hat am 10.8.05 in ihrem Entwurf des Gesetzes zum Pfändungsschutz der Altersvorsorge und zur Anpassung des Rechts der Insolvenzanfechtung folgende Ergänzung des § 28e Abs. 1 S. 1 SGB IV vorgeschlagen: „Die Zahlung des vom Beschäftigten zu tragenden Anteils am Gesamtsozialversicherungsbeitrag gilt als aus dem Vermögen des Beschäftigten erbracht.“

**Im SGB soll gelten: Der Arbeitnehmeranteil ...**

Nach der Begründung des Entwurfs bedeutet das für das Insolvenzanfechtungsrecht, dass der in der Insolvenz gezahlte Gesamtsozialversicherungsbeiträge nach den §§ 129 ff. InsO nicht anfechtbar sind, soweit es den Anteil des Beschäftigten betrifft. Die Regelung relativiere das nicht widerspruchsfreie Ergebnis, dass sich einerseits der Arbeitgeber nach § 266a StGB wegen Vorenthaltung von Beiträgen zur Sozialversicherung strafbar macht, andererseits nach Verfahrenseröffnung diese Beiträge aber im Wege der Anfechtung zur Masse zurückgefordert werden können.

**... wird aus dem Vermögen des Beschäftigten erbracht**

Bislang ist die Regelung nicht in Kraft getreten. Sie legt aber den Rückschluss nahe, dass die Arbeitnehmeranteile bereits in der Krisenphase vor der Insolvenz dem Vermögen des Arbeitgebers als nicht zugehörig anzusehen sind. Eine Zahlung, die quasi treuhänderisch für das Vermögen des Arbeitnehmers erfolgt, kann nicht Gegenstand eines Erstattungsanspruchs nach § 64 Abs. 2 S. 1 GmbHG sein.