

Entscheidungsanmerkung

Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt – Anforderungen an den Vorsatz bzgl. Arbeitgeberberei­gen­schaft

Bei § 266a StGB muss sich der Vorsatz nicht nur auf die statusbegründenden tatsächlichen Voraussetzungen der Eigenschaft als Arbeitgeber und Arbeitnehmer, sondern auch auf die rechtliche Einordnung als solche und die eigene Verpflichtung zur Beitragsabführung erstrecken. Weist der Täter keinen solchen Vorstellungsinhalt auf, liegt ein Tatbestands- und keinesfalls nur ein unbeachtlicher Subsumtions- bzw. vermeidbarer Verbotsirrtum vor. (Leitsatz des Verf.)

StGB § 266a

BGH, Urt. v. 24.1.2018 – 1 StR 331/17¹

I. Einleitung

Scheinselbständigkeit ist im Wirtschaftsleben weit verbreitet und geht strafrechtlich nicht nur mit Steuerhinterziehung, sondern auch mit dem Vorenthalten von Arbeitnehmerbeiträgen nach § 266a Abs. 1 StGB einher. Diese sind Teil des paritätisch von Arbeitnehmer und Arbeitgeber zu erbringenden Gesamtsozialversicherungsbeitrages (Beiträge in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie zur Arbeitsförderung, vgl. § 28d SGB IV). Indem der „eigentliche“ Arbeitgeber als gem. § 28e Abs. 1 S. 1 SGB IV alleiniger Haftungsschuldner die Abführung des Arbeitnehmerbeitrages an die Einzugsstelle unterlässt, wird das Interesse der Versicherten­gemeinschaft an der Sicherstellung des Aufkommens der Mittel für die Sozialversicherung und damit das von § 266a Abs. 1 StGB geschützte Rechtsgut verletzt.² Der Sache nach verwirklicht der Arbeitgeber untreueähnliches Unrecht, wobei sich sein Treuverhältnis nicht aus der Beziehung zum Arbeitnehmer, sondern zur Sozialversicherung ergibt.³ Dreh- und Angelpunkt ist in der Praxis oftmals die Feststellung der Arbeitgeberberei­gen­schaft (vgl. auch § 266a Abs. 5 StGB), die vom Vorsatz des Täters erfasst sein muss. Dies eröffnet Raum für eine subjektive Verteidigung, indem Beschuldigte behaupten, sich nicht bewusst gewesen zu sein bzw. es nicht einmal für möglich gehalten zu haben, Arbeitgeber im sozial-

versicherungsrechtlichen und angesichts der Sozialrechtsakzessorietät dieses Straftatbestandes damit auch im strafrechtlichen Sinne gewesen zu sein.⁴ Vor diesem Hintergrund ist die zu besprechende Entscheidung von Interesse, da der BGH eine Änderung seiner bisherigen Rechtsprechung zum Vorsatz in Bezug auf die Arbeitgeberberei­gen­schaft ankündigt.

II. Sachverhalt

Der polnische Angeklagte führte seit etwa 15 bis 20 Jahren handwerkliche Tätigkeiten in Deutschland aus und ließ sich dabei von einem Steuerberater und Rechtsanwalt beraten und vertreten. Dieser meldete den Angeklagten bei der Handwerkskammer an, fertigte die Gewerbeanmeldung sowie die Steuererklärungen für ihn und überließ ihm zur Erledigung administrativer Aufgaben und zur Lagerung von Werkzeug unentgeltlich einen Kellerraum in einer ihm gehörenden Immobilie, die zugleich als Adresse des Gewerbes des Angeklagten diente. Auf dem Klingelschild fand sich neben dem Namen des Angeklagten ein Zettel mit weiteren 15 polnisch klingenden Namen. Überdies entwarf er für den Angeklagten Vorlagen für die Erstellung von Rechnungen an Auftraggeber mit Angaben zur Art der durchgeführten Arbeiten, Ausführungsdatum sowie Steuernummer. Vergleichbare „Dienstleistungen“ erbrachte der Steuerberater und Rechtsanwalt für weitere polnische Staatsangehörige. Anlässlich der Kontrolle einer Baustelle wurden neben dem Angeklagten neun weitere polnische Staatsangehörige angetroffen, die mit ihm verschiedene Abriss-, Rohbau-, Maurer- und Putzarbeiten durchführten. Für diese Arbeiten wurden mit der von dem Steuerberater und Rechtsanwalt erstellten Vorlage Rechnungen gefertigt, mit denen die Leistungen einzelner polnischer Staatsangehöriger abgerechnet wurden und die teilweise die Bankverbindung des Angeklagten enthielten.

Das erstinstanzlich entscheidende Landgericht hatte den Angeklagten unter Hinweis darauf freigesprochen, es sei nicht auszuschließen gewesen, dass ihm angesichts der „Rundumbetreuung“ durch den Steuerberater und Rechtsanwalt das Unrechtsbewusstsein im Hinblick auf seine Arbeitgeberberei­gen­schaft gefehlt habe. Er mag dementsprechend davon ausgegangen sein, alle in Deutschland notwendigen Schritte zur Aufnahme einer legalen selbständigen Tätigkeit für ihn selbst und für die übrigen polnischen Staatsangehörigen seien erfüllt gewesen. Der nicht auszuschließende Verbotsirrtum nach § 17 StGB wäre überdies unvermeidbar gewesen.

Der BGH hob den Freispruch auf, da das Landgericht das Fehlen der Unrechtseinsicht im Hinblick auf die Arbeitgeberberei­gen­schaft nicht tragfähig beweismäßig belegt habe, was von vornherein eine revisionsrechtliche Überprüfung unmöglich mache: Weder enthalte das freisprechende Urteil Angaben dazu, was der Steuerberater und Rechtsanwalt den Angeklagten konkret mitgeteilt habe, noch verhalte es sich

¹ Die Entscheidung ist abgedruckt in GWR 2018, 183 m. Anm. *Fuhlrott* und online abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=47fae32fb360fd4d1657f55dece21f90&nr=82661&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf> (11.9.2018)

sowie in BeckRS 2018, 5041.

² BVerfG NJW 2003, 961; BGH NStZ 2006, 227 (228); *Heger*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 266a Rn. 1. Zum Ganzen auch *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2017, § 22 Rn. 6, 15 f.

³ BGHSt 47, 318 (319); *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 266a Rn. 2; *Wittig* (Fn. 2), § 22 Rn. 15.

⁴ Zur Sozialrechtsakzessorietät siehe *Radke*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 266a Rn. 12; *Wittig*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, 38. Ed., Stand: 1.5.2018, § 266a Rn. 5; *Wittig* (Fn. 2), § 22 Rn. 9.

dazu, welches Vorstellungsbild der Angeklagte im Hinblick auf die rechtliche Einordnung der Beschäftigung der anderen polnischen Staatsangehörigen aufwies.⁵ Darüber hinaus seien wesentliche für eine Arbeitgebereigenschaft sprechende Feststellungen nicht in die Beweiswürdigung eingestellt worden: der Inhalt des von dem Angeklagten geführten Stundenbuchs sowie der bei ihm aufgefundenen Rechnungen; die Anmeldung des Gewerbes aller polnischen Staatsangehörigen unter der Adresse des Angeklagten; deren fehlende oder unzureichende Deutschkenntnisse; das Fehlen einer eigenen Kontoverbindung und stattdessen die Nennung der Kontoverbindung des Angeklagten in den Rechnungen der polnischen Staatsangehörigen.⁶

Der BGH hob deshalb das angefochtene Urteil auf und verwies die Sache zurück (vgl. §§ 353 Abs. 1, 354 Abs. 2 S. 1 StPO). In diesem Zusammenhang kündigte er an, die Fehlvorstellung über die Arbeitgebereigenschaft im Gegensatz zu seiner früheren Rechtsprechung künftig als Tatbestandsirrtum zu behandeln.⁷

III. Rechtliche Würdigung

1. Obwohl die Entscheidung vor allem im Hinblick auf die subjektive Tatseite von Bedeutung ist, gibt sie Anlass zu einigen erläuternden Ausführungen im Hinblick auf die Arbeitgebereigenschaft. Da Täter des § 266a Abs. 1 StGB nur der Arbeitgeber oder eine ihm gleichgestellte Person im Sinne des § 266a Abs. 5 StGB sein kann (Sonderdelikt), ist dieses im objektiven Tatbestand angesiedelte normative Tatbestandsmerkmal von zentraler Bedeutung.⁸ Im Gegensatz zu deskriptiven Tatbestandsmerkmalen, die einer Tatsachenfeststellung zugänglich sind und sich ohne weitere Wertung durch bloße Beschreibung feststellen lassen, bedarf es einer ergänzenden juristischen Wertung, da die Arbeitgebereigenschaft nicht oder allenfalls eingeschränkt real erfassbar ist.⁹ Dementsprechend wird das Merkmal akzessorisch zum Sozialversicherungsrecht bestimmt, indem die Strafvorschrift an die alleinige Pflicht des Arbeitgebers zur Zahlung des Gesamtversicherungsbeitrags anknüpft (vgl. § 28e Abs. 1 S. 1 SGB IV).

Arbeitgeber ist dabei derjenige, dem der Arbeitnehmer nichtselbständige Dienste (vgl. § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV) gegen Entgelt leistet und zu dem er in einem Verhältnis persönlicher Abhängigkeit steht; im Rahmen einer abwägenden Gesamtbetrachtung sprechen namentlich Kriterien wie Weisungsgebundenheit und Eingliederung in einen Betrieb für Unselbständigkeit.¹⁰ Umgekehrt wird Selbständigkeit durch die Übernahme eines unternehmerischen Risikos, das Vor-

handensein einer eigenen Betriebsstätte sowie die Verfügungsfreiheit über die Verwendung der eigenen Arbeitskraft nach Art und Dauer indiziert. Ob eine unselbständige oder selbständige Tätigkeit vorliegt, richtet sich dabei nicht nach der vertraglichen, sondern der tatsächlichen Ausgestaltung der Tätigkeit.¹¹ Deshalb sind namentlich (Schein-)Werkverträge kein rechtlich taugliches Instrument, um sich den sozialversicherungsrechtlichen Arbeitgeberpflichten zu entziehen.¹² Die vom BGH zur Begründung seiner Kritik im Hinblick auf die unzureichende Feststellung bzw. Beweiswürdigung zum Vorsatz benannten Einzelaspekte (siehe II.) legen hier durchaus eine (objektive) Arbeitgeberstellung des Angeklagten nahe. Denn die konkrete Abrechnungspraxis (vor allem: die Nennung der Kontonummer des Angeklagten), die Anmeldung des Gewerbes der polnischen Staatsangehörigen unter der Adresse des Angeklagten, aber auch deren fehlende Deutschkenntnisse sprachen dafür, dass sie in den Betrieb des Angeklagten eingegliedert und seinen Weisungen unterworfen waren.

2. Bemerkenswert ist die Entscheidung jedoch vor allem wegen der Ausführungen zu dem auf das normative Tatbestandsmerkmal der Arbeitgebereigenschaft bezogenen Vorsatz, der mindestens in Gestalt von dolus eventualis vorliegen muss. Nach der bisherigen Rechtsprechung sollte sich der Vorsatz lediglich auf die pflichtbegründenden tatsächlichen Umstände beziehen müssen; eine Fehlvorstellung über die Arbeitgebereigenschaft wurde als den Vorsatz unberührt lassender Subsumtionsirrtum eingeordnet.¹³ Soweit der Täter bei intellektueller Erfassung der tatsächlichen Umstände über die sich hieraus ergebende Arbeitgebereigenschaft irrte, sollte lediglich ein Verbotsirrtum nach § 17 StGB in Betracht kommen, der im Hinblick auf die Möglichkeit eines Statusfeststellungsverfahrens nach § 7a SGB IV im Regelfall als vermeidbar angesehen wurde. Vor diesem Hintergrund führt die Entscheidung zu einer Neujustierung der Reichweite von Tatbestands- und Subsumtions- bzw. Verbotsirrtum in Bezug auf das in § 266a Abs. 1 StGB enthaltene normative Tatbestandsmerkmal der Arbeitgebereigenschaft.

In der Tat bereitet die Abgrenzung zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum seit jeher Probleme, was gerade dann gilt, wenn strafrechtliche und außerstrafrechtliche Regelungsmaterien zusammenwirken. Das StGB von 1871 enthielt in seinem § 59 lediglich eine Vorschrift zum Tatbestandsirrtum, während der Verbotsirrtum gar nicht geregelt war.¹⁴ Vor diesem Hintergrund differenzierte das RG zwischen Tat- und Rechtsirrtum: Bei Irrtümern über Tatsachen sollte der Vor-

⁵ BGH NSTZ-RR 2018, 180 (181).

⁶ BGH NSTZ-RR 2018, 180 (181).

⁷ BGH NSTZ-RR 2018, 180 (182).

⁸ Heger (Fn. 2), § 266a Rn. 2 ff.; Perron (Fn. 3), § 266a Rn. 11; Wittig (Fn. 2), § 22 Rn. 8 ff.

⁹ Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 5 Rn. 92; Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2018, § 8 Rn. 11 f.

¹⁰ BGH NSTZ 2015, 648 (649). Zum Ganzen siehe auch Wittig (Fn. 2), § 22 Rn. 8 ff.

¹¹ BGH NSTZ 2013, 587 f.; Tag, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 266a Rn. 19; Wittig (Fn. 2), § 22 Rn. 10.

¹² Vgl. BGH NJW 2012, 471 f.; BGH NSTZ 2014, 321 (322); Lange, NZWiSt 2015, 248 ff.; Wittig (Fn. 2), § 22 Rn. 10.

¹³ BGH NSTZ 2010, 337 f.; BGHZ 133, 370 (381). Kritisch Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 65. Aufl. 2018, § 266a Rn. 23; Heger (Fn. 2), § 266a Rn. 16; Perron (Fn. 3), § 266a Rn. 17.

¹⁴ Siehe zum Ganzen Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 21 Rn. 5.

satz entfallen, während ein auf das Strafrecht bezogener Irrtum als unbeachtlich angesehen wurde (*error iuris nocet*). Anderes galt für außerstrafrechtliche Irrtümer wie den über die Fremdheit einer Sache, die vom RG dem Tatbestandsirrtum gleichgestellt wurden.¹⁵ Abgesehen von der im Einzelfall schwierigen Abgrenzung zwischen Tat- und Rechtsirrtum erschien es durchaus angreifbar, die Zuordnung zu einem dieser Irrtümer von der Zufälligkeit abhängig zu machen, ob eine Rechtsmaterie gerade einmal im Strafrecht oder außerhalb des Strafrechts geregelt ist. Ohnehin war die einschränkungslose Irrelevanz auch unvermeidbarer Rechtsirrtümer im Hinblick auf das Schuldprinzip inakzeptabel. Im Anschluss an die Entscheidung BGHSt 2, 194 ff. wurde dementsprechend die heute noch existierende Regelung über den Verbotssirrtum in § 17 StGB eingefügt.

Allerdings sind damit keineswegs alle Schwierigkeiten aufgehoben, wie gerade die der Entscheidung zugrunde liegende Problematik zeigt. In der Sache überzeugte die bisherige Rechtsprechung schon deshalb nicht, weil sie sich von der Behandlung von Fehlvorstellungen bei anderen normativen Tatbestandsmerkmalen abkoppelte, indem als ausreichender Vorsatzinhalt allein die intellektuelle Erfassung der das Merkmal ausfüllenden tatsächlichen Umstände angesehen wurde. Dies lief darauf hinaus, im Anwendungsbereich des § 266a Abs. 1 StGB die Relevanz von Wertungselementen auf der Ebene des subjektiven Tatbestandes zu leugnen. Geht es um normative Tatbestandsmerkmale, muss vom Täter jedoch gleichermaßen die maßgebliche rechtliche Wertung nachvollzogen werden, über die das tatbestandliche Unrecht seine Konturen erst erhält. Dies ist keineswegs mit einer exakten juristischen Subsumtion gleichzusetzen, wohl aber mit dem Verstehen der sich aus dem juristischen Wertungsakt ergebenden sozialen Bedeutung des Verhaltens am Maßstab einer Parallelwertung in der Laiensphäre.¹⁶ Gegenstand des Vorsatzes ist neben den äußeren tatsächlichen Gegebenheiten somit zugleich deren vor allem durch das Recht konstituierte soziale Bedeutung,¹⁷ zumal § 16 Abs. 1 S. 1 StGB keineswegs nur von „tatsächlichen Umständen“, sondern eben – allgemeiner – von „Umständen“ spricht. Angesichts dessen sind fehlerhafte rechtliche Bewertungen keineswegs ausnahmslos als Subsumtions- oder (vermeidbare) Verbotsirrtümer einzuordnen, sondern können durchaus einen Tatbestandsirrtum bilden.

Es kommt deshalb darauf an, ob der Täter die soziale Bedeutung des Tatbestandes bzw. seines Verhaltens durch den Nachvollzug der dem normativen Merkmal zugrunde liegenden und es mit Inhalt füllenden rechtlichen Wertung intellektuell erfasst oder eben nicht.¹⁸ Dies gilt wie bei allen normativen Merkmalen gleichermaßen für das der Arbeitgeber-eigenschaft in § 266a Abs. 1 StGB, da der Täter anderenfalls

subjektiv den rechtlich-sozialen Sinn des Tatbestandes verfehlt und sein Verhalten nicht als Entscheidung für die konkrete Rechtsgutsverletzung deutbar ist. Eine Strafbarkeit nach § 266a Abs. 1 StGB setzt daher nicht nur die Vorstellung der der Arbeitgeberstellung zugrunde liegenden tatsächlichen Umstände voraus, sondern darüber hinaus die daraus resultierende und nur über einen rechtlichen Wertungsakt konstituierbare und mit sozialversicherungsrechtlichen Verpflichtungen verbundene Arbeitgeberstellung selbst. Dies entspricht im Übrigen der Anerkennung der Vorsatzrelevanz zumeist auf das Zivilrecht bezogener sonstiger „Vorfeldirrtümer“.¹⁹

Dass die angekündigte Neujustierung der Grenzen von Tatbestandsirrtum auf der einen und Subsumtions- bzw. (vermeidbarem) Verbotsirrtum auf der anderen Seite sachlich geboten ist, zeigt insbesondere der Vergleich mit der Behandlung des Vorsatzes bei der regelmäßig gleichzeitig verwirklichten Steuerhinterziehung nach § 370 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 AO i. V. m. § 41a EStG, der seinerseits das normative Merkmal der Arbeitgeber-eigenschaft enthält. Der BGH hebt insoweit zu Recht hervor, dass zum Vorsatz der Steuerhinterziehung das Bestehen des Steueranspruchs dem Grunde und der Höhe nach zählt, was bei einem Irrtum über die für die Festsetzung maßgebliche Arbeitgeber-eigenschaft im Sinne des § 41a EStG zu einem Tatbestandsirrtum nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB führt.²⁰ Dass ungeachtet aller Relativität von Rechtsbegriffen eine Ungleichbehandlung von zwei identischen normativen Tatbestandsmerkmalen sachlich kaum zu rechtfertigen ist, liegt auf der Hand.

Obwohl die Entscheidung die Grenzen eines Tatbestandsirrtums zu Lasten eines Subsumtions- oder (vermeidbaren) Verbotsirrtums ausdehnt, läuft die geänderte Rechtsprechung keineswegs auf einen „Freibrief“ für scheinselfständige Beschäftigungsverhältnisse hinaus, da es entsprechend allgemeinen Grundsätzen für das Vorliegen von Vorsatz genügt, wenn der Täter das Vorliegen von einer Arbeitgeberstellung zugrunde liegenden tatsächlichen Umständen sowie die daraus resultierende Arbeitgeberstellung für möglich hält und billigt.²¹ Da der Vorsatz entgegen der landläufigen Rede-weise in der Praxis weniger „festgestellt“ als zugeschrieben wird, wird es hierbei für das Vorliegen des Merkmals der Arbeitgeber-eigenschaft letztlich auf eine wertende Gesamtschau der für oder gegen eine (un-)selfständige Beschäftigung sprechenden Indizien ankommen.²²

Prof. Dr. Hans Theile, LL.M., Konstanz

¹⁵ Vgl. etwa RGSt 50, 183 ff.

¹⁶ Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, § 12 Rn. 271, § 30 Rn. 1085; Rengier (Fn. 9), § 15 Rn. 4; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 47. Aufl. 2017, Rn. 353.

¹⁷ Kühl (Fn. 9), § 5 Rn. 93; Roxin (Fn. 14), § 12 Rn. 101; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 16), Rn. 353.

¹⁸ Roxin (Fn. 14), § 12 Rn. 104.

¹⁹ Rengier (Fn. 9), § 15 Rn. 9; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 16), Rn. 353.

²⁰ BGH NStZ-RR 2018, 180 (182). Vgl. auch BGHSt 5, 90 (91 f.); BGH wistra 1986, 174 f.; BGH wistra 1989, 263 f.; BGH NStZ 1991, 89; BGH NStZ 2012, 160 (161).

²¹ Treffend Floeth, NStZ 2016, 771 (773); ders., NStZ-RR 2018, 181 (183).

²² Vgl. insoweit Floeth, NStZ-RR 2018, 181 (183 f.); Reiserer, DStR 2018, 1623 (1625).