

Schwerpunktbereichsklausur: Zuständig? Selbständig? Irrig?

Von Wiss. Mitarbeiterin Dr. **Scarlett Jansen**, Bonn

Die Klausur wurde im Wintersemester 2017/2018 im Rahmen des Schwerpunktbereichs Kriminalwissenschaften zur Vorlesung Wirtschaftsstrafrecht von der Autorin gestellt. Sie richtet sich an Studierende in fortgeschrittenen Semestern (5.–9. Semester). Die Bearbeitungszeit betrug 120 Minuten. Die Fallbearbeitung greift aktuelle Probleme des Wirtschaftsstrafrechts auf. Dieses zeichnet sich nicht nur durch besondere Straftatbestände, sondern auch durch spezielle Problemstellungen im Bereich des Allgemeinen Teils aus.

Sachverhalt

A ist als Geschäftsführerin der Y-GmbH, die ein Callcenter betreibt, bestellt und erhält einen entsprechenden Anstellungsvertrag. Sie selbst hält sich jedoch wie geplant weitgehend aus der Geschäftsführung heraus. Sie vereinbart mit ihrem Mann B, dass er den Betrieb leiten soll. B tritt daraufhin nach außen für die Y-GmbH auf und leitet die Geschäfte. Dies dulden die Gesellschafter der Y-GmbH. Die Gesellschaft beschäftigt Telefonistinnen, die von Zuhause aus arbeiten können, aber über keine eigenen Betriebsmittel verfügen, ihre Arbeit nicht delegieren dürfen, sich bei Krankheit abmelden sowie Dienstpläne einhalten müssen. In ihren Verträgen sind sie als Selbständige ausgewiesen. Weder A noch B veranlassen eine sozialversicherungsrechtliche Anmeldung und eine Zahlung der Beiträge zur Sozialversicherung, obwohl solche fällig geworden sind. Bei einer Durchsicht der Unterlagen fiel A dies auf, sie ging aber davon aus, dass es sich bei den Telefonistinnen um Selbständige handelt. Ein befreundeter Anwalt hatte ihr eine entsprechende Auskunft erteilt, als sie sich beim Abholen der Kinder an der Schule zufällig traf.

Aufgabe

Wie haben sich A und B nach § 266a StGB strafbar gemacht? Prüfen Sie ggf. hilfsgutachterlich.

Auszug aus dem Sozialgesetzbuch (SGB) Viertes Buch (IV)

§ 7 Beschäftigung

(1) Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. [...]

§ 28a Meldepflicht

(1) ¹Der Arbeitgeber oder ein anderer Meldepflichtiger hat der Einzugsstelle für jeden in der Kranken-, Pflege-, Rentenversicherung oder nach dem Recht der Arbeitsförderung kraft Gesetzes Versicherten

1. bei Beginn der versicherungspflichtigen Beschäftigung, [...]
eine Meldung zu erstatten.
[...]

§ 28e Zahlungspflicht, Vorschuss

(1) ¹Den Gesamtsozialversicherungsbeitrag hat der Arbeitgeber [...] zu zahlen. [...]

Lösungsvorschlag

A. Strafbarkeit der A

I. § 266a Abs. 1 StGB

A könnte sich gem. § 266a Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem sie die Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung nicht abgeführt hat.

1. Tatbestand

a) Tauglicher Täter

Dazu müsste A tauglicher Täter sein. § 266a StGB ist ein Sonderdelikt,¹ das nur Arbeitgeber erfasst.

aa) GmbH als Arbeitgeber

Arbeitgeber ist, wer nach §§ 611 ff. BGB dienstberechtigt ist, d.h. für den der Arbeitnehmer nicht selbständige Dienste gegen Entgelt leistet und zu dem ein persönliches Abhängigkeitsverhältnis besteht, das sich insbesondere anhand eines Weisungsrechts und der Eingliederung in den Betrieb des Arbeitgebers äußert.² A selbst ist keinesfalls Arbeitgeber. Die GmbH könnte jedoch Arbeitgeber sein und diese Arbeitgeberbereitschaft ein besonderes persönliches Merkmal nach § 14 StGB, so dass auch A taugliche Täterin sein könnte.

Ob die Y-GmbH Arbeitgeber i.S.v. § 266a StGB ist, richtet sich nach dem Sozialversicherungsrecht (§ 7 Abs. 1 SGB IV), das auf das Arbeitsrecht Bezug nimmt.³ Dabei spreche für eine Arbeitgeberstellung, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und bezüglich Zeit, Ort und Art der Ausführung dem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt.⁴ Andererseits sei eine selbständige Tätigkeit geprägt durch ei-

¹ Nestler/Lehner, Jura 2017, 403 (408), vgl. dort auch allgemein zu Sonderdelikten und Abgrenzungsfragen; Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 42. Aufl. 2019, Rn. 788; Tsambikakis/Rübenstahl, in: Böttger (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht in der Praxis, 2. Aufl. 2015, Kap. 15 Rn. 5.

² BGH NStZ 2013, 587 (588); Heger, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 266a Rn. 3; Radtke, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 266a Rn. 12; Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2017, § 22 Rn. 9.

³ BGH NStZ 2013, 587 (588); Bürger, wistra 2016, 169 (170 ff.), vgl. dort auch zusammenfassend zu den Unterschieden in der Bestimmung durch BAG und BSG, S. 171; Heger (Fn. 2), § 266a Rn. 3; Radtke (Fn. 2), § 266a Rn. 12; Tag, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 266a Rn. 19.

⁴ Radtke (Fn. 2), § 266a Rn. 14; Zieglmeier, in: Kasseler, Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, 104. EL, Stand: Juni 2019, § 7 SGB IV Rn. 70 ff.

genes unternehmerisches Risiko und die Möglichkeit über die eigene Arbeitskraft zu verfügen und seine Tätigkeit und Arbeitszeit frei zu gestalten.⁵ Die Telefonistinnen sind laut ihrem Vertrag selbständig. Hierbei handelt es sich jedoch um eine Scheinselbständigkeit,⁶ da die vertragliche Gestaltung dem tatsächlich praktizierten Verhältnis widerspricht. Für eine Selbständigkeit spricht zwar, dass sie auch von Zuhause aus arbeiten können. Ein Home-Office allein lässt jedoch nicht auf eine Selbständigkeit schließen. Sie verfügen über keine eigenen Betriebsmittel und dürfen ihre Arbeit nicht delegieren. Dass sie sich bei Krankheit abmelden müssen und Dienstpläne einhalten müssen, spricht gegen die Möglichkeit über die Zeit ihrer Tätigkeit frei verfügen zu können.⁷ Folglich sind die Telefonistinnen als Arbeitnehmer und die Y-GmbH als deren Arbeitgeber einzuordnen.

bb) A als vertretungsberechtigtes Organ, § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB

Fraglich ist, ob § 14 StGB anwendbar ist. Die Arbeitgeber-eigenschaft ist ein besonderes persönliches Merkmal nach § 14 StGB, da es eine übertragbare Sonderpflicht begründet.⁸ Dieses Merkmal liegt bei der Y-GmbH und nicht bei A vor und begründet die Strafbarkeit nach § 266a StGB.

A könnte vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person sein. Sie ist als Geschäftsführerin der GmbH bestellt und damit nach § 35 GmbHG vertretungsberechtigt.⁹ Dafür, dass diese Bestellung als Scheingeschäft nach § 117 Abs. 1 BGB unwirksam ist, sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, denn die Tatsache, dass tatsächlich eine andere Person die Geschäfte führt, reicht für die Annahme eines Scheingeschäfts noch nicht aus.

Dem könnte entgegenstehen, dass A nur formell als Organ bestellt wurde, die Geschäfte aber tatsächlich von B geführt wurden. A ist hier nur ein „Strohmann“ (bzw. eine „Strohfrau“),¹⁰ der im Innenverhältnis keine bedeutsamen Kompetenzen übertragen wurden. Daraus könnte man herlei-

ten, dass sie nur mit einem Rechtsschein ausgestattet sei.¹¹ Durch § 14 StGB wird eine strafrechtliche Verantwortlichkeit mitbegründet. Hierfür muss es dem formell bestellten Geschäftsführer möglich sein, für die Gesellschaft tatsächlich tätig zu sein.¹² Eine tatsächliche Herrschaftsposition fehle bei Strohpersonen und könne durch die Eintragung ins Handelsregister nicht ersetzt werden.¹³ Dem ist jedoch entgegen zu halten, dass A durch ihre Bestellung nach § 35 GmbHG alle Rechte und Handlungsmöglichkeiten hat.¹⁴ Sie ist dadurch befugt, die Gesellschaft zu vertreten. Dafür spricht auch, dass § 14 StGB die Verantwortlichkeit an die Organstellung anknüpft und nicht an das dienstvertragliche Anstellungsverhältnis.¹⁵ Folglich ist A auch als nur formell bestellte Geschäftsführerin taugliche Täterin nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Sie handelte außerdem auch als Organ in der entsprechenden Funktion.

b) Möglichkeit der Abführung der Sozialbeiträge

Die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge müsste A möglich sein. Auch hier könnten die fehlenden Kompetenzen der A im Innenverhältnis gegen eine Möglichkeit sprechen. So wird angenommen, der lediglich formell bestellte Geschäftsführer habe keine tatsächliche Möglichkeit, den Verpflichtungen nachzukommen, weil er nur mit einem Rechtsschein ausgestattet sei. Die Eintragung ins Handelsregister führe noch nicht zu einer tatsächlich ausübaren Herrschaftsfunktion.¹⁶ Dies führe zu einer Unmöglichkeit normgemäßen Verhaltens, die die Tatbestandsmäßigkeit entfallen ließe.¹⁷ Dem entgegen hält die neueste Rechtsprechung, dass es dem nur formell bestellten Geschäftsführer nicht unmöglich ist, die Sozialversicherungsbeiträge abzuführen.¹⁸ Wer sich von der tatsächlichen Führung der Geschäfte fernhält, obwohl er formell als Geschäftsführer bestellt ist, handelt seiner formell begründeten Pflicht entgegen und dies auf eigenes strafrechtliches Risiko.¹⁹ Die Herrschaftsmacht des förmlich bestellten

⁵ BSGE 45, 199 (200); BSG NZS 2007, 648 (650); *Radtke* (Fn. 2), § 266a Rn. 14.

⁶ Vgl. *Vogelsang*, in: Schaub (Hrsg.), *Arbeitsrechts-Handbuch*, 17. Aufl. 2017, § 8 Rn. 54 f.

⁷ Vgl. auch zusammenfassend: OLG Celle, Urt. v. 10.5.2017 – 9 U 3/17 = BeckRS 2017, 110011.

⁸ *Kindhäuser/Böse*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 2, 10. Aufl. 2019, § 35 Rn. 3; *Nestler/Lehner*, *Jura* 2017, 403 (408); *Valerius*, *Jura* 2013, 15 (16); vgl. *Kindhäuser*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8. Aufl. 2017, § 7 Rn. 3; *Wittig* (Fn. 2), § 22 Rn. 8, 12 ff.

⁹ *Grunewald*, *Gesellschaftsrecht*, 10. Aufl. 2017, § 13 Rn. 58; vgl. allgemein zur Geschäftsführung und Vertretung: *Koch*, *Gesellschaftsrecht*, 11. Aufl. 2019, § 34 Rn. 6 ff.

¹⁰ Vgl. hierzu etwa in Bezug auf § 266 StGB: *Sahan/Altenburg*, *NZWiSt* 2018, 161 (162 ff.), die für eine Enthaltung eintreten; dagegen jedoch: *Momsen/Laudien*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Beck'scher Online Kommentar, Strafrechtsgesetzbuch*, 42. Ed., Stand: 1.5.2019, § 14 Rn. 68a.

¹¹ OLG Hamm *NStZ-RR* 2001, 173 (174); KG *wistra* 2002, 313 (314); *Krumm*, *NZWiSt* 2015, 102 (103); *Schünemann*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 14 Rn. 75; dagegen: *BGH NStZ* 2017, 149.

¹² OLG Hamm *NStZ-RR* 2001, 173 (174).

¹³ *Tag* (Fn. 3), § 266a Rn. 30.

¹⁴ *BGH NStZ* 2017, 149; *Böse*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafrechtsgesetzbuch*, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 14 Rn. 31; *Weiler*, *NJOZ* 2017, 1066 (1067); *Wessels/Hillenkamp/Schuh* (Fn. 1), Rn. 789; zusammenfassend: *Köllner/Cyrus*, *NZI* 2017, 15 (16).

¹⁵ *BGH NStZ* 2017, 149; vgl. *Perron*, in: *Schönke/Schröder*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 14 Rn. 16/17.

¹⁶ OLG Hamm *NStZ-RR* 2001, 173 (174); *Krumm*, *wistra* 2012, 211 (212); vgl. KG *wistra* 2002, 313 (314 f.); *Sahan/Altenburg*, *NZWiSt* 2018, 161 (167 f.).

¹⁷ OLG Hamm *NStZ-RR* 2001, 173; *Perron* (Fn. 15), § 14 Rn. 16, 17; *Radtke* (Fn. 2), § 266a Rn. 36.

¹⁸ *BGH NStZ* 2017, 149.

¹⁹ *Rönnau*, *NStZ* 2003, 525 (527); vgl. auch *Fischer*, *FD-SozVR* 2017, 393608.

Organs ist vom unmittelbaren Normadressaten abgeleitet, was eine mögliche Täterschaft legitimiert.²⁰ Sollte der Geschäftsführer faktisch gehindert sein, das Geschäft zu führen, müsse er nötigenfalls gerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen, um seinen Einfluss geltend zu machen.²¹ Andernfalls sei er gehalten, sein Amt niederzulegen.²² Auf ein solches Vorverhalten muss im vorliegenden Fall nicht abgestellt werden, denn A hat einen entsprechenden Anstellungsvertrag als Geschäftsführerin. Es ist ihr dadurch möglich, auf die Geschäfte einzuwirken. Folglich war ihr die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge möglich. Auch eine etwaige Delegation von Pflichten an B (vgl. dazu noch unter B. I.) kann die A insofern nicht entlasten, da sie als Geschäftsführerin weiterhin zur Überwachung und Kontrolle verpflichtet ist.²³

c) Unterlassen

Diese hat sie unterlassen.

d) Vorsatz

Sie müsste vorsätzlich, d.h. mit Wissen und Willen um die Tatbestandsverwirklichung gehandelt haben. A könnte einem Tatbestandsirrtum nach § 16 Abs. 1 StGB unterliegen, weil sie glaubte, dass es sich bei den Telefonistinnen um Selbständige handelt. Sie unterlag dadurch einer Fehlvorstellung darüber, inwiefern es sich bei der Y-GmbH um eine Arbeitgeberin handelt, deren Pflichten nach § 14 Abs. 1 StGB auch sie betreffen. Der Tatbestandsirrtum erfasst Fehlvorstellungen über tatsächliche Umstände, die die Pflichtenstellung begründen. A irrt jedoch nicht über die tatsächlichen Umstände, wie etwa darüber, welche Beschäftigungsbedingungen für die Telefonistinnen gelten, ob diese etwa nur zu bestimmten Zeiten arbeiten dürfen. Sie irrt über die Einordnung als Arbeitgeberin. Insofern ist umstritten, ob es sich um einen Tatbestandsirrtum handelt.

aa) Nach einer Ansicht muss der Vorsatz auch das Bestehen der Abführungspflicht selbst umfassen, da diese Pflicht ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal darstelle.²⁴ Der Irrtum über die Selbständigkeit der Arbeitnehmer sei daher ein Tatbestandsirrtum.²⁵ Demnach entfiele der Vorsatz.

bb) Nach anderer Ansicht handelt es sich bei einem solchen Irrtum um einen Gebotsirrtum in Form eines Subsumtionsirrtums.²⁶ Wird der rechtlich-soziale Bedeutungsgehalt richtig erfasst, aber glaubt der Täter dennoch kein Arbeit-

geber und daher nicht verpflichtet zu sein, die Beiträge abführen zu müssen, liege ein Verbotsirrtum nach § 17 StGB vor.²⁷ Der Vorsatz bliebe unberührt.

cc) Nach einer differenzierenden Ansicht kommt es maßgeblich darauf an, ob aufgrund sich widersprechender Indizien eine Gesamtabwägung notwendig ist. Bei dem besonders komplexen normativen Tatbestandsmerkmal des Arbeitgebers gelange man zu einem Vorsatzausschluss, wenn der Täter nach einer vertretbaren laienhaften Bewertung zum Ergebnis gelangt, dass er nicht Arbeitgeber sei.²⁸ Der Täter handelt danach unvorsätzlich, wenn der Fehler in der Anwendung der vorstrafrechtlichen Wertungen nicht darin liegt, dass er die zentralen Wertungen grundsätzlich verkennt.²⁹ Der BGH zieht nunmehr in Erwägung den Irrtum über die Arbeitgeber-eigenschaft in § 266a StGB ebenso als Tatbestandsirrtum zu behandeln wie im Steuerstrafrecht.³⁰ Die Interpretation dieses Urteils geht mehrheitlich dahin, dass von dem zu fördernden *dolus eventualis* dann auszugehen sei, wenn die Indizien für eine abhängige Beschäftigung überwiegen und die Arbeitgeber-eigenschaft daher offensichtlich sei; wenn hingegen auch gewichtige Indizien dagegen sprächen und eine vertretbare Fehleinordnung getroffen worden sei, liege ein Tatbestandsirrtum vor.³¹ Vorliegend sprechen die vertragliche Ausgestaltung und die Möglichkeit von Zuhause aus zu arbeiten gegen eine Arbeitgeberstellung. Trotz der sonstigen deutlichen Anzeichen erscheint es möglich, dass hier eine vertretbare Bewertung vorliegt. Danach entfiele der Vorsatz.

dd) Bei dem Begriff des Arbeitgebers handelt es sich um ein normatives Tatbestandsmerkmal.³² Das Vorliegen von normativen Tatbestandsmerkmalen in Abgrenzung zu deskriptiven Tatbestandsmerkmalen kann nur durch eine rechtliche Wertung ermittelt werden.³³ Die Gegenansicht stellt das normative Tatbestandsmerkmal des Arbeitgebers hingegen einer Blankettausfüllungsnorm in Irrtumsfragen gleich,³⁴ indem es auf einen Verbotsirrtum abstellt. Gegen einen Blanketttatbestand spricht jedoch, dass der Unrechtsgehalt der Norm aus

²⁰ Böse (Fn. 14), § 14 Rn. 31.

²¹ BGH NStZ 2017, 149; Böse (Fn. 14), § 14 Rn. 31; Maurer, wistra 2003, 174 (176); Rönnau, NStZ 2003, 525 (527); Weiler, NJOZ 2017, 1066 (1067).

²² BGH NStZ 2017, 149.

²³ Maurer, wistra 2003, 174 (175).

²⁴ Heger (Fn. 2), § 266a Rn. 16; Perron (Fn. 15), § 266a Rn. 17.

²⁵ Heger (Fn. 2) § 266a Rn. 16.

²⁶ BGH NStZ 2010, 337; BGH NStZ 2014, 321 (323); BGH NStZ 2016, 460; Schulz, NJW 2006, 183 (186); vgl. Hoyer, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Aufl. 2018, § 266a Rn. 54.

²⁷ Radtke (Fn. 2), § 266a Rn. 91; Tag (Fn. 3), § 266a Rn. 81; vgl. auch OLG Celle, Urt. v. 10.5.2017 – 9 U 3/17 = BeckRS 2017, 110011.

²⁸ Bürger, wistra 2016, 169 (172 f.); ähnlich auch: Weidemann, wistra 2010, 463 (465).

²⁹ Kudlich, ZIS 2011, 483 (489).

³⁰ BGH NStZ-RR 2018, 180 (181 f.) mit jew. zust. Anm. Beyer, NZWiSt 2018, 341 (343); Floeth, NStZ-RR 2018, 182 (183); Theile, ZJS 2018, 482 (484); kritisch: Bollacher, NZWiSt 2019, 59 ff.

³¹ Floeth, NStZ-RR 2018, 182 (183 f.); dem zustimmend: Reiserer, DStR 2018, 1624 (1625 f.) sowie Theile, ZJS 2018, 482 (484).

³² Bürger, wistra 2016, 169 (172); Feigen/Livonius, in: Lüderssen/Volk/Wahle (Hrsg.), Festschrift für Wolf Schiller zum 65. Geburtstag am 12. Januar 2014, 2014, S. 147 (148 ff., 156); Kudlich, ZIS 2011, 483 (488); Reichling, wistra 2016, 306 (308).

³³ LG Karlsruhe StV 2010, 309 (310).

³⁴ Schulz, ZIS 2014, 572 (575).

sich heraus verständlich ist.³⁵ Bei einem solchen normativen Tatbestandsmerkmal ist erforderlich, dass der Täter nicht nur die tatsächlichen Umstände erkennt, sondern darüber hinaus die außerstrafrechtlichen Wertungen nach Art einer Parallelwertung in der Laiensphäre nachvollzieht. Eine solche Parallelwertung in der Laiensphäre verlangt, dass auch die Kenntnis des entsprechenden Bedeutungsgehalts erfasst wird.³⁶ Es muss danach darauf ankommen, ob das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses nach Laienart in seiner prägenden Bedeutung erfasst wird.³⁷ Wenn die erste Ansicht die Bedeutungskenntnis für nicht erforderlich hält, verkennen sie die Notwendigkeit einer restriktiven Auslegung bei komplexen normativen Tatbestandsmerkmalen. Ihr Vorliegen ist nicht durch eine einfache laienhafte Kenntnis der rechtlichen Voraussetzungen zu bejahen oder nicht.³⁸ Ist eine Einordnung als Arbeitgeber nach einer Abwägung verschiedener Indizien nicht unvertretbar bzw. ist die Einordnung durch den Laien zumindest plausibel, können Zweifel hinsichtlich vorsätzlichen Handelns nicht ausgeräumt werden.³⁹ Angesichts der freien richterlichen Beweiswürdigung nach § 261 StPO ist die Gefahr eines Dammbrochs von Schutzbehauptungen bei dieser Auslegung nicht zu befürchten.⁴⁰ Mithin handelt es sich um einen Tatbestandsirrtum nach § 16 Abs. 1 StGB. A handelt demnach nicht vorsätzlich.⁴¹

2. Ergebnis

Folglich hat A sich nicht nach § 266a Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Hilfsgutachten: Wäre der Prüfling hier der anderen Ansicht gefolgt, hätte A vorsätzlich gehandelt und es wäre wie folgt zu prüfen:

3. Rechtswidrigkeit

A handelte rechtswidrig.

4. Schuld

A müsste schuldhaft gehandelt haben. A könnte einem die Schuld ausschließenden Verbotsirrtum nach § 17 S. 1 StGB unterliegen. A unterlag einem Subsumtionsirrtum, indem sie sich über ihre Arbeitgeberbereienschaft irrte (s.o. zur Ansicht d) bb). Fraglich ist, ob dieser Irrtum vermeidbar war. Ein

Irrtum ist unvermeidbar, wenn der Täter trotz Anspannung seines Gewissens die Einsicht in das Unrecht des Handelns nicht gewinnen konnte.⁴² Dazu ist erforderlich, dass der Handelnde sich nötigenfalls auch Rechtsrat einholt. A hat einen befreundeten Rechtsanwalt um Rat gefragt, als sie ihn beim Abholen der Kinder an der Schule getroffen hat. Nicht jeder Rechtsrat kann jedoch eine Unvermeidbarkeit begründen. Nicht ausreichend ist es, wenn die Auskunft erkennbar vordergründig und mangelhaft oder nach dem Willen des Anfragenden nur eine „Feigenblattfunktion“ erfüllen soll.⁴³ Ein spontan erteilter Rat ohne Durchsicht von Unterlagen und im privaten Bereich kann demnach nicht die Anforderungen erfüllen. Hinzu kommt, dass ein solcher Irrtum über die Arbeitgeberbereienschaft regelmäßig dann vermeidbar ist, wenn die Einleitung eines Statusverfahrens nach § 7a I S. 1 SGB IV möglich ist.⁴⁴ Mithin handelt es sich um einen vermeidbaren Verbotsirrtum. A handelte schuldhaft.

5. Ergebnis

Folglich hat sie sich nach § 266a Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Die Strafe kann nach § 17 S. 2 StGB i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB gemildert werden.

II. § 266a Abs. 2 Nr. 2 StGB

A könnte sich darüber hinaus nach § 266a Abs. 2 Nr. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem sie die Anmeldung zur Sozialversicherung nicht vornahm und die Beiträge des Arbeitgebers nicht abführte.

1. Tatbestand

a) Taugliche Täterin

A ist nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB taugliche Täterin.

b) Abführung der Arbeitgeberbeiträge

Sie hat die nach § 28a SGB IV erforderliche Meldung unterlassen und dadurch keine Arbeitgeberbeiträge gezahlt.

c) Vorsatz

Sie handelte vorsätzlich.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Sie handelte rechtswidrig und schuldhaft.

³⁵ Kudlich, ZIS 2011, 483 (488); vgl. Schulz, ZIS 2014, 572 (575).

³⁶ Mayer, NZWiSt 2015, 169 (170 f.); Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2017, Rn. 409; Wittig (Fn. 2), § 6 Rn. 169.

³⁷ LG Ravensburg StV 2007, 412 (413); AG Schwetzingen, Urt. v. 6.4.2010 – 1 Cs 610 Js 28883/08 = BeckRS 2010, 143910; LG Karlsruhe StV 2010, 309 (310 f.); Floeth, NStZ-RR 2018, 182 (183); Mayer, NZWiSt 2015, 169 (170 f.).

³⁸ Bürger, wistra 2016, 169 (173).

³⁹ AG Schwetzingen, Urt. v. 6.4.2010 – 1 Cs 610 Js 28883/08 = BeckRS 2010, 143910; LG Ravensburg StV 2007, 412; vgl. Floeth, NStZ-RR 2018, 182 (184).

⁴⁰ Bürger, wistra 2016, 169 (173); Schulz, ZIS 2014, 572 (575).

⁴¹ Hinweis: A.A. vertretbar.

⁴² BGH NStZ 2000, 307 (309); BGH NJW 2017, 1487 (1489); BGH, Urt. v. 22.2.2017 – 2 StR 573/15 = BeckRS 2017, 109719 = NStZ 2018, 215; Kindhäuser (Fn. 8), § 28 Rn. 14 ff.

⁴³ BGH NStZ 2000, 307 (309); BGH NStZ 2013, 461; BGH NJW 2017, 1487 (1489); BGH wistra 2017, 318 (320); vgl. zusammenfassend und kritisch zur Rechtsprechung in Hinblick auf die Ausschöpfung anderer Erkundigungsmöglichkeiten: Nestler, Jura 2015, 562 (567, 569).

⁴⁴ BGH NStZ 2010, 337 (338); Radtke (Fn. 2), § 266a Rn. 91.

3. Konkurrenzen

Bei gleichzeitigem Vorenthalten von Arbeitgeberbeiträgen und Arbeitnehmerbeiträgen nach § 266a Abs. 1 und 2 Nr. 2 StGB liegt eine einheitliche Tat vor.⁴⁵

– Ende des Hilfsgutachtens –

B. Strafbarkeit des B

I. § 266a Abs. 1 StGB

B könnte sich gemäß § 266a Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er die Sozialversicherungsbeiträge nicht abführte.

1. Tatbestand

a) Tauglicher Täter

Fraglich ist, ob B tauglicher Täter des § 266a StGB ist.

aa) Y-GmbH als Arbeitgeberin

Die Y-GmbH ist Arbeitgeberin.

bb) B als vertretungsberechtigtes Organ, § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB

B ist als Geschäftsführer nicht bestellt, führt die Geschäfte aber tatsächlich. Insofern könnte er als faktischer Geschäftsführer⁴⁶ dennoch nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB tauglicher Täter sein.

(1) Nach einer Ansicht ist auch ein faktischer Geschäftsführer strafrechtlich verantwortlich und nach § 14 Abs. 1 StGB tauglicher Täter.⁴⁷ Dem stünde nicht entgegen, wenn auch der formell bestellte Geschäftsführer Aufgaben wahrnehme.⁴⁸ Ausreichend sei, dass er eine überragende Stellung einnehme, d.h. wenn er zumindest sechs der acht klassischen, den Kernbereich der Geschäftsführung bestimmenden Merkmale erfülle.⁴⁹ Teilweise wird hierbei ein Einverständnis der Gesellschafter gefordert und eine reine Usurpation nicht als ausreichend angesehen.⁵⁰ B leitet die Geschäfte und nimmt damit eine überragende Stellung ein. Die Gesellschafter dulden dies, so dass von ihrem Einverständnis auszugehen ist. Damit wäre B nach § 14 Abs. 1 StGB tauglicher Täter.

(2) Nach anderer Ansicht verstößt die Figur des faktischen Geschäftsführers wegen des Wortlauts des § 14 Abs. 1,

Abs. 3 StGB gegen das Analogieverbot aus Art. 103 Abs. 2 GG.⁵¹ Danach wäre § 14 Abs. 1 StGB nicht erfüllt.

(3) Für die erste Ansicht spricht, dass aus Wertungsgesichtspunkten derjenige, der die Führung der Geschäfte bestimmt, auch die Pflichten erfüllen muss und dementsprechend auch die bei der Verletzung dieser Pflichten folgenden strafrechtlichen Folgen zu tragen hätte.⁵² Dagegen ist aber der Wortlaut des § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB anzuführen: Dieser setzt einen wirksamen Bestellungsakt voraus, indem er auf ein vertretungsberechtigtes Organ abstellt.⁵³ Darüber hinaus spricht gegen die Auslegung der Rechtsprechung, dass § 14 Abs. 3 StGB, nach dem eine Vertreterhaftung auch bei einem unwirksamen Bestellungsakt möglich ist, dennoch einen Bestellungsakt voraussetzt⁵⁴ und damit eine Duldung nicht genügen lässt. Insofern kann man von einer Sperrwirkung des § 14 Abs. 3 StGB ausgehen.⁵⁵ Eine Duldung ist auch nicht als konkludenter Bestellungsakt anzusehen.⁵⁶ Folglich ist B nicht Organ i.S.v. § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB.

Hinweis: A.A. vertretbar.

cc) Beauftragung nach § 14 Abs. 2 Nr. 1 StGB

B könnte jedoch nach § 14 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 StGB beauftragt sein.⁵⁷ Die Duldung durch die Gesellschafter könnte eine konkludente Beauftragung beinhalten. Die Gesellschafter sind jedoch allein zur Organbestellung und nicht zur Delegation von Aufgaben befugt, so dass hierin keine Beauftragung gesehen werden kann.⁵⁸ Das Auftragsverhältnis selbst muss zwar nach § 14 Abs. 3 StGB nicht wirksam sein, aber nach dem klaren Wortlaut die Befugnis der Erteilung.⁵⁹

Ein Auftrag könnte durch A erteilt sein, die wirksam bestelltes Organ ist. Sie kann damit einen Auftrag erteilen.⁶⁰ Dieser Auftrag umfasst die Leitung des Betriebs, wenn die

⁴⁵ BGH NStZ 2015, 648 (649).

⁴⁶ Vgl. zur zivilrechtlichen Haftung des faktischen Geschäftsführers: *Grunewald* (Fn. 9), § 13 Rn. 63.

⁴⁷ BGH NJW 2002, 2480 (2482); BGHSt 21, 101 (103); *Krumm*, NZWiSt 2015, 102 (103); *Tiedemann* (Fn. 34), Rn. 273 ff.; dafür auch: *Otto*, Jura 1988, 328 (330); vgl. zusammenfassend, aber ablehnend: *Lindemann*, Jura 2005, 305 (306 ff.).

⁴⁸ BGHSt 31, 118 (120).

⁴⁹ BayObLG NJW 1997, 1936 (1937); *Dierlamm*, NStZ 1996, 153 (156).

⁵⁰ BGHSt 21, 101 (104); *Tiedemann* (Fn. 34), Rn. 281; hingegen ohne das Erfordernis eines Einverständnisses: BGH *wistra* 2013, 272 (273).

⁵¹ *Böse* (Fn. 14), § 14 Rn. 26; *Biletzki*, NStZ 1999, 537 (538); *Ceffinato*, Legitimation und Grenzen der strafrechtlichen Vertreterhaftung nach § 14 StGB, 2012, S. 267; *Lindemann*, Jura 2005, 305 (312); *Radtke* (Fn. 2), § 266a Rn. 124; *Popp*, Jura 2012, 618 (621); *Rönnau*, NStZ 2003, 525 (526); wohl auch in diese Richtung: *Wittig* (Fn. 2), § 6 Rn. 99.

⁵² BGHSt 31, 118 (122).

⁵³ *Böse* (Fn. 14), § 14 Rn. 26; *Lindemann*, Jura 2005, 305 (312); *Perron* (Fn. 15), § 14 Rn. 42, 43.

⁵⁴ *Böse* (Fn. 14), § 14 Rn. 26; *Ceffinato* (Fn. 49), S. 264.

⁵⁵ *Biletzki*, NStZ 1999, 537 (538); *Böse* (Fn. 14), § 14 Rn. 26; für eine entsprechende Klarstellung in § 14 Abs. 3 StGB: *Tiedemann*, NJW 1986, 1842 (1845).

⁵⁶ *Böse* (Fn. 14), § 14 Rn. 27.

⁵⁷ Vgl. auch zu einem Fall, in dem trotz wirksamer Beauftragung von einer faktischen Organstellung ausgegangen wurde: BGHSt 34, 221 (222); kritisch dazu: *Achenbach*, NStZ 1989, 497 (498); vgl. zu einer ähnlichen Konstellation auch: *Wittig* (Fn. 2), § 6 Rn. 97, 99.

⁵⁸ *Böse* (Fn. 14), § 14 Rn. 28; *Ceffinato* (Fn. 49), S. 265.

⁵⁹ *Böse* (Fn. 14), § 14 Rn. 45; *Hoyer* (Fn. 26), § 14 Rn. 62; a.A.: *Perron* (Fn. 15), § 14 Rn. 38.

⁶⁰ *Böse* (Fn. 14), § 14 Rn. 28; *Maurer*, *wistra* 2003, 174 (175).

Verantwortung nach innen und nach außen übertragen wird.⁶¹ Sie vereinbarte mit B, dass er den Betrieb leiten soll. Dies bedeutet eine selbständige Aufgabenwahrnehmung. Folglich hat A den B mit der Leitung des Betriebs beauftragt. B ist tauglicher Täter nach § 14 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 StGB.

b) Unterlassen der Möglichkeit der Abführung von Sozialbeiträgen

Er hat die ihm mögliche und gebotene Handlung, die Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen, unterlassen.

c) Vorsatz

Er handelte vorsätzlich.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Er handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

Mithin hat B sich nach § 266a Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. § 266a Abs. 2 Nr. 2 StGB

Darüber hinaus hat B sich nach § 266a Abs. 2 Nr. 2 StGB strafbar gemacht, indem er die nach § 28a SGB IV erforderliche Meldung nicht vorgenommen und die Arbeitgeberbeiträge nicht gezahlt hat. Es handelt sich um eine einheitliche Tat.

⁶¹ Böse (Fn. 14), § 14 Rn. 38.