

Die Strafbarkeit der Beihilfe zum Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt gem. §§ 266a Abs. 1, 27 StGB

Von Prof. Dr. Petra Wittig, München

I. Einführung

Das Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt gem. § 266a Abs. 1 StGB ist – wie auch die hier nicht thematisierten Tatbestandsalternativen des § 266a Abs. 2 und Abs. 3 StGB – ein echtes Sonder- bzw. Pflichtdelikt.¹ Strafbar machen können sich nur der Arbeitgeber und ihm gem. § 266a Abs. 5 StGB gleichgestellte Personen sowie unter den Voraussetzungen des § 14 StGB für diese handelnde Personen. Im Fokus des nachstehenden Beitrags steht die Strafbarkeit wegen Beihilfe gem. § 27 StGB zu § 266a Abs. 1 StGB. Als Gehilfen kommen neben nachgeordneten Mitarbeitern unterhalb der Geschäftsleitung, die nicht gem. § 14 StGB taugliche Täter sind, und außerhalb des Unternehmens stehenden Dritten, auch diejenigen Arbeitnehmer (einschließlich sog. Scheinselbstständiger) in Betracht, deren Beiträge zur Sozialversicherung durch den Arbeitgeber vorenthalten werden. Diese Fallgruppe ist von Rechtsprechung und Schrifttum bisher kaum behandelt worden. Dies überrascht im Hinblick auf die weite Verbreitung der Schwarzarbeit.²

Auch knüpfen für die Strafverfolgungspraxis überaus relevante strafprozessuale Folgen an eine Beihilfestrafbarkeit des Arbeitnehmers, etwa im Hinblick auf ein Auskunftsverweigerungsrecht gem. § 55 StPO im Verfahren gegen den Arbeitgeber.

Im Folgenden möchte ich zunächst auf die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme i.R.d. Pflichtdeliktes des § 266a Abs. 1 StGB eingehen, wobei hier die Zurechnung der Arbeitgebereigenschaft gem. § 14 StGB im Mittelpunkt steht. Denn nur dann, wenn mangels Täterqualifikation keine täterschaftliche Begehung vorliegt, kommt eine Teilnahme strafbarkeit in Betracht. Bei der Strafbarkeit wegen Beihilfe zum Vorenthalten von Arbeitnehmerbeiträgen gem. §§ 266a Abs. 1, 27 StGB wird zu unterscheiden sein zwischen Dritten, wie insbesondere Mitarbeitern des Arbeitgebers, und den sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmern, deren Beiträge vom Arbeitgeber vorenthalten werden. Die Strafbarkeit hängt auch davon ab, ob ein aktives Tun (auch in Form der psychischen Beihilfe) oder ein Unterlassen vorliegt. Soweit lediglich ein Unterlassen in Betracht kommt, stellt sich die Frage, ob die betreffenden Personen entweder aufgrund Gesetzes oder aufgrund Ingerenz garantenpflichtig sind. Abschließend wird noch kurz auf Konkurrenz- und Strafzumessungsfragen (insbesondere die Anwendbarkeit des § 28 Abs. 1 StGB) eingegangen.

¹ Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 63. Aufl. 2016, § 266a Rn. 3. Zu der Terminologie Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 10 Rn. 129.

² Schwarzarbeit liegt nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 SchwarzArbG vor, wenn ein Arbeitgeber, Unternehmer oder versicherungspflichtiger Selbstständiger seine sozialversicherungsrechtlichen Melde-, Beitrags- oder Aufzeichnungspflichten nicht erfüllt.

II. Abgrenzung Täterschaft und Teilnahme

Bevor auf die Beihilfe zum Vorenthalten von Arbeitnehmerbeiträgen gem. §§ 266a Abs. 1, 27 StGB einzugehen sein wird, ist zu klären, wann und unter welchen Voraussetzungen eine täterschaftliche Begehung in Betracht kommt. Täter des § 266a Abs. 1 StGB können nur der Arbeitgeber oder eine der in Abs. 5 ausdrücklich genannten Personen sowie ihre Vertreter gem. § 14 StGB sein. § 266a StGB ist wegen der Anknüpfung an eine tatbestandskonstituierende Pflicht ein echtes Sonderdelikt (bzw. Pflichtdelikt).³ Wenn die strafbegründende Pflichtenstellung („Täterqualifikation“) als Arbeitgeber vorliegt, kommt bei Herbeiführung des Taterfolgs durch die Verletzung der tatbestandspezifischen Sonderpflicht (durch Vorenthalten der Sozialversicherungsbeiträge) nur eine täterschaftliche Begehung (§ 25 StGB) in Betracht.⁴ Liegt jedoch keine Arbeitgeberstellung vor, ist unabhängig vom Gewicht des Tatbeitrages nur eine Teilnahme strafbarkeit möglich.⁵ Hier wird das Augenmerk auf der Beihilfe (§ 27 StGB) liegen.

Die Bestimmung des Arbeitgeberbegriffs i.S.v. § 266a Abs. 1 StGB richtet sich nach dem Sozialrecht, das seinerseits auf das Arbeitsrecht verweist.⁶ Der Arbeitgeberbegriff des § 266a StGB ist akzessorisch zum Sozialrecht, da er an die alleinige Verantwortung des Arbeitgebers für die Erfüllung der sozialversicherungsrechtlichen Pflichten anknüpft (vgl. § 28e SGB IV). Erforderlich ist also ein sozialversicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis, wobei Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit insbesondere in einem Arbeitsverhältnis ist (§ 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV). Da das Sozialrecht wiederum insoweit an das Zivilrecht anknüpft, ist Arbeitgeber der nach §§ 611 ff. BGB Dienstberechtigte, also derjenige, dem der Arbeitnehmer gegen Entgelt nicht selbstständige Dienste leistet und zu dem er in einem Verhältnis persönlicher Abhängigkeit steht.⁷ Anhaltspunkte hierfür sind gem. § 7 Abs. 1 S. 2 SGB IV eine Tätigkeit nach Weisungen und die Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Arbeitgeber ist auch derjenige, der sog. Scheinselbstständige (oft vertraglich entgegen der tatsächlichen Ausgestaltung als Subunternehmer oder freie Mitarbeiter bezeichnet) in einer Weise beschäftigt, dass sie tatsächlich als sozialversicherungspflichtige Arbeitnehmer zu qualifizieren sind.⁸ Auch den Arbeitgeber, der illegal Arbeiter beschäftigt, trifft die gesetzliche Pflicht, nach § 28e Abs. 1 S. 1 SGB IV

³ Siehe oben Fn. 1.

⁴ Vgl. Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 14, 271 ff.

⁵ Vgl. Roxin (Fn. 4), § 25 Rn. 14, 271 ff.

⁶ BGH NStZ 2013, 587; BGH NJW 2014, 1975; BGH NStZ 2015, 648 (649).

⁷ BGH NStZ 2015, 648 (649).

⁸ BGH NStZ 2001, 599; Pelz, in: Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 4. Aufl. 2014, Kap. 9 Rn. 265.

i.V.m. § 28d SGB IV die Sozialversicherungsbeiträge abzuführen.⁹

Arbeitgeber im sozialversicherungsrechtlichen Sinne können sowohl natürliche als auch juristische Personen sein, strafbar sind mangels einer Unternehmensstrafbarkeit im deutschen Recht jedoch nur natürliche Personen. Taugliche Täter sind auch die für den Arbeitgeber i.S.d. § 14 StGB (Organ- und Vertreterhaftung) handelnden natürlichen Personen. Denn die sozialrechtsakzessorische Arbeitgeberbereiensechaft ist ein besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 14 StGB.¹⁰ § 14 StGB erfasst vor allem die Fälle, in denen der Arbeitgeber i.S.d. Sozialversicherungsrechts eine (nach deutschem Recht) nicht strafbare juristische Person ist, oder in denen einer natürlichen Person, die nicht Arbeitgeber ist, Leitungsaufgaben übertragen wurden.¹¹ § 14 StGB dehnt die Anwendung des § 266a Abs. 1 StGB aus und vermeidet so eine Strafflosigkeit.¹²

§ 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB erfasst die vertretungsberechtigten Organe oder Organmitglieder einer juristischen Person (auch des ausländischen Rechts). Deshalb ist bei § 266a Abs. 1 StGB zunächst zu prüfen, wer nach gesellschaftsrechtlichen Vorschriften für die Abführung der Beiträge zur Sozialversicherung und damit zur Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Pflicht zuständig ist.¹³ Arbeitgeber i.S.d. § 266a Abs. 1 StGB ist danach z.B. der Geschäftsführer einer GmbH (§§ 35, 37 GmbHG), der Vorstand einer AG (§ 76 AktG) oder eines rechtsfähigen Vereins (§ 26 BGB). Bei (teil-)rechtsfähigen Personengesellschaften (z.B. OHG, KG, GmbH & Co. KG, die am Rechtsverkehr teilnehmende GbR) kommen nach § 14 Abs. 1 Nr. 2 StGB die vertretungsberechtigten Gesellschafter als Täter in Betracht. Gem. § 14 Abs. 1 Nr. 3 StGB sind auch gesetzliche Vertreter, z.B. der endgültige Insolvenzverwalter (§§ 56, 80 InsO), einbezogen. Diese Fallgruppen sind unproblematisch, liegt eine solche Vertretungs-

befugnis vor, kommt aufgrund des Charakters des § 266a Abs. 1 StGB als Pflichtdelikt – unabhängig vom Gewicht des Tatbeitrags – nur eine täterschaftliche Begehung in Betracht.¹⁴

§ 14 Abs. 2 StGB dehnt den Anwendungsbereich weiter auf bestimmte gewillkürte Vertreter aus (sog. Substitutenhaftung). Normadressat gem. § 266a Abs. 1 StGB ist nach § 14 Abs. 2 Nr. 1 StGB, wer vom Betriebsinhaber oder einem sonstig dazu Befugten beauftragt wurde, den Betrieb oder das Unternehmen ganz oder zum Teil zu leiten, und diese Aufgabe auch wahrnimmt. Die Normadressatenstellung wird nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 StGB begründet, wenn eine Person ausdrücklich (also nicht nur stillschweigend) beauftragt wurde, in eigener Verantwortung Aufgaben wahrzunehmen, die dem Inhaber des Betriebs obliegen (also hier die Erfüllung der sozialversicherungsrechtlichen Pflichten).¹⁵ Da hierdurch dem Beauftragten (strafbewehrt) primär den Arbeitgeber bzw. dessen Organe treffende betriebsbezogene Pflichten überbürdet werden, sind an eine Beauftragung gem. § 14 Abs. 2 Nr. 2 StGB strenge Anforderungen zu stellen.¹⁶ Die bloße Einräumung von Leitungsbefugnissen reicht hierfür ebenso wenig aus wie die Einbeziehung in eine unternehmerische Mitverantwortung.¹⁷ Entscheidend ist vielmehr, dass gesetzliche Arbeitgeberpflichten in die eigenverantwortliche Entscheidungsgewalt des Beauftragten übergehen.¹⁸ Dabei ist vor allem auch von Bedeutung, ob – wie etwa im Hinblick auf die betriebliche Struktur, insbesondere die Größe des Betriebs, oder die Vorerfahrungen der handelnden Personen – eine sachliche Notwendigkeit für eine derart weitgehende Aufgabenübertragung bestanden haben könnte.¹⁹ Gleiches gilt auch für die Übertragung einer (Teil-)Betriebsleitung gem. § 14 Abs. 2 Nr. 1 StGB, da hier die Anforderungen nicht schwächer sein können als bei § 14 Abs. 2 Nr. 2 StGB.²⁰ Wegen dieser strengen Anforderungen ist besonders sorgfältig zu prüfen, ob im Einzelfall eine Normadressatenstellung nachgeordneter Mitarbeiter im Hinblick auf § 14 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 StGB begründet wurde, mit der Folge, dass diese als Arbeitgeber bei einer Verletzung sozialversi-

⁹ Thum/Selzer, wistra 2011, 290 (291 ff.).

¹⁰ Radtke, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 266a Rn. 98; Hoyer, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 148. Lfg., Stand: Dezember 2014, § 266a Rn. 18; Saliger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 266a Rn. 5; Wiedner, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kommentar, 2011, § 266a Rn. 86.

¹¹ Popp in: Steinberg/Valerius/Popp (Hrsg.), Das Wirtschaftsstrafrecht des StGB, 2011, S. 120, weist allerdings zu Recht darauf hin, dass gerade die Fälle des § 14 StGB zeigen, dass Arbeitgeber i.S.d. Sozialversicherungsrechts (Status als Zahlungsschuldner) und der „Arbeitgeber“ i.S.d. § 266a StGB (Täterqualifikation eines echten Unterlassungsdelikts) nicht immer personenidentisch sind.

¹² Vgl. zu dieser lückenfüllenden Funktion des § 14 StGB nur Marxen/Böse, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 14 Rn. 1. Zum Strafgrund dieser Norm vgl. den Überblick bei Radtke (Fn. 10), § 14 Rn. 11 ff.

¹³ Eisele, in: Rotsch (Hrsg.), Criminal Compliance, Handbuch, 2015, § 22 Rn. 58.

¹⁴ Zur Frage, ob und inwieweit das Organ von ihrer Pflicht zur Abführung der Sozialversicherungsbeiträge aufgrund einer internen Zuständigkeitsverteilung innerhalb der Geschäftsleitung oder durch Delegation auf eine nachgeordnete Ebene befreit werden kann, siehe BGHSt 47, 318 (325); BGHZ 133, 370 (377 f.); Tag, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2013 § 266a Rn. 28.

¹⁵ Radtke (Fn. 10), § 266a Rn. 36. Krit. zu dieser Verschmelzung sozialversicherungsrechtlicher Pflichten mit der Arbeitgeberbereiensechaft des § 266a StGB Popp (Fn. 11), S. 113.

¹⁶ BGHSt 58, 10 (13).

¹⁷ BGHSt 58, 10 (14); Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 14 Rn. 35; Marxen/Böse (Fn. 12), § 14 Rn. 60.

¹⁸ Bosch, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 10), § 14 Rn. 16.

¹⁹ BGHSt 58, 10 (13).

²⁰ BGHSt 58, 10 (14).

cherungsrechtlicher Pflichten gem. §§ 266a Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 1 StGB zu bestrafen sind. Sind die Voraussetzungen einer (Teil-)Betriebsübertragung oder einer Beauftragung nicht gegeben, kommt lediglich eine Teilnahme strafbarkeit in Betracht.

§ 14 Abs. 3 StGB bezieht ferner solche Personen in den Anwendungsbereich des § 266a Abs. 1 StGB ein, deren Bestellung als Organ, Vertreter oder Beauftragter unwirksam ist. Umstritten ist die Anwendbarkeit des § 14 Abs. 3 StGB auf die Fälle, in denen eine Person, ohne einen förmlichen (wenn auch unwirksamen) Bestellungsakt, faktisch Leitungsaufgaben (zu denen auch die Personalverantwortung zählt) wahrnimmt. Die Arbeitgeberbereienschaft des sog. faktischen Organs (insbesondere eines faktischen Geschäftsführers) wird von der Rspr. und einem Teil der Literatur anerkannt, da § 14 Abs. 3 StGB nicht nur auch auf Konstellationen angewandt wird, in denen der intentionale Bestellungsakt rechtlich fehlerhaft ist, sondern auch auf die, in denen er fehlt.²¹ Zur Prüfung einer faktischen Organschaft, sofern man sie anerkennt, ist eine Gesamtwürdigung der ausgeübten Tätigkeit vorzunehmen.²² Faktischer Geschäftsführer ist derjenige, der die Geschäftsführung mit Einverständnis der Gesellschafter ohne förmliche Bestellung faktisch übernommen hat, tatsächlich ausübt und gegenüber dem formellen Geschäftsführer eine überragende Stellung einnimmt oder zumindest das deutliche Übergewicht hat.²³ Im hiesigen Kontext ist zwar denkbar, dass eine faktische Geschäftsführung gegeben ist, die zur Überwälzung der Arbeitgeberbereienschaft führt.²⁴ Allein durch die Übernahme der Personalverantwortung werden in der Regel jedoch keine faktische Geschäftsführung und damit keine Täterstellung begründet, so dass bei der Übernahme von Geschäftsführungsaufgaben unterhalb der Schwelle der faktischen Geschäftsführung wiederum lediglich eine Teilnahme strafbarkeit in Betracht kommt.²⁵

III. Teilnahme strafbarkeit

Im Hinblick auf den Charakter des § 266a Abs. 1 StGB als Pflichtdelikt kommt bei Personen, die nicht Arbeitgeber bzw. über § 14 StGB Normadressaten sind, nur eine Teilnahme strafbarkeit in Betracht. Der Strafgrund der Teilnahme²⁶ wird nach der wohl herrschenden sog. akzessorietätsorientierten Verursachungstheorie überwiegend darin gesehen, dass der Teilnehmer durch Mitwirkung an der Normverletzung frem-

des Unrecht verursacht.²⁷ Dagegen stellt die sog. Theorie des selbstständigen akzessorischen Rechtsgutsangriffs²⁸ nicht nur auf das Erfolgsunrecht der Tat ab, sondern berücksichtigt auch, ob der Teilnehmer ein speziell ihm gegenüber geschütztes Rechtsgut verletzt.

Grundsätzlich ist eine Teilnahme an § 266a Abs. 1 StGB sowohl durch Anstiftung (§ 26 StGB) als auch durch Beihilfe (§ 27 StGB) möglich, wobei die Beihilfe als schwächste Beteiligungsform nur dann zu erwägen ist, wenn keine Anstiftung vorliegt. Sachverhalte, in denen eine Anstiftung, also ein vorsätzliches Bestimmen des Arbeitgebers zu einer Haupttat des § 266a StGB vorliegt, sind denkbar. Gar nicht so selten werden Konstellationen sein, in denen ein an sich sozialversicherungspflichtiger Arbeitnehmer im Hinblick auf den an bestimmte Voraussetzungen geknüpften Bezug von Leistungen Dritter (etwa Unterhalt oder Sozialleistungen) den Arbeitgeber überredet, ihn als Schwarzarbeiter zu beschäftigen. *Bülte/Hagemeier*²⁹ erörtern eine Strafbarkeit wegen Anstiftung in Fällen der Vergabe unwirtschaftlicher Aufträge durch einen Hauptunternehmer an Subunternehmer, die dieser nur mit Hilfe von (Teil-)Schwarzarbeit erfüllen kann (etwa bei Paketzustelldiensten). Die nachfolgenden Ausführungen konzentrieren sich jedoch auf die Beihilfe strafbarkeit, die eine Reihe interessanter dogmatischer Probleme nach sich zieht.

Nach § 27 Abs. 1 StGB macht sich als Gehilfe strafbar, wer (vorsätzlich) einem anderen zu dessen (vorsätzlich begangener) rechtswidriger Tat Hilfe leistet. Eine vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat i.S.d. § 266a Abs. 1 StGB ist gegeben, sobald ein Arbeitgeber der Einzugsstelle Beiträge des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung einschließlich der Arbeitsförderung, unabhängig davon, ob Arbeitsentgelt gezahlt wird, vorsätzlich zum Fälligkeitszeitpunkt vorenthält. Hierbei handelt es sich um ein echtes Unterlassungsdelikt.³⁰ Ferner muss eine Hilfeleistung vorliegen, die nach ständiger Rechtsprechung nicht äquivalent kausal für den Taterfolg sein, aber die Tathandlung oder den Taterfolg des Haupttäters zumindest fördern muss.³¹ Die h.L. hält dagegen am Kausalitätskriterium fest, wobei die Schwierigkeit dann darin liegt, näher zu bestimmen, was unter Kausalität der Beihilfe zu verstehen ist.³² Zeitlich muss die Beihilfe nicht zur unmittel-

²¹ BGHSt 47, 318 (325); *Heger*, in: Lackner/Kühl, Strafrechtsgesetzbuch, Kommentar, § 266a Rn. 4 m.w.N.; krit. *Radtke* (Fn. 10), § 266a Rn. 36; *Saliger* (Fn. 10), § 266a Rn. 7.

²² LG Augsburg wistra 2015, 39; zur sog. „Sechs-von-acht-Theorie“ *Dierlamm*, NStZ 1996, 153.

²³ BGHSt 31, 118 (122); BGHSt 46, 62 (65); LG Augsburg wistra 2015, 39.

²⁴ Vgl. z.B. BGH BeckRS 2013, 12188.

²⁵ Vgl. auch LG Augsburg wistra 2015, 39.

²⁶ Überblick z.B. bei *Joecks*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafrechtsgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, Vor §§ 26, 27 Rn. 3 ff.; *Geppert*, Jura 1996, 266 m.w.N.

²⁷ *Heine/Weißer*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 17), Vor §§ 25 ff. Rn. 15.

²⁸ Vgl. *Roxin* (Fn. 4), § 26 Rn. 1 ff.

²⁹ *Bülte/Hagemeier*, NStZ 2015, 317.

³⁰ BGHSt 53, 71 (79); 57, 175 (180); *Radtke* (Fn. 10), § 266a Rn. 7; *Saliger* (Fn. 10), § 266a Rn. 3.

³¹ Vgl. nur BGHSt 46, 107 (109); BGH NJW 2001, 2409 (2410); BGH NStZ 2004, 499 (450); BGH NStZ 2007, 230 (232); BGH NStZ-RR 2009, 311; *Heine/Weißer* (Fn. 27), Vor §§ 25 ff. Rn. 15 m.w.N.

³² Vgl. nur *Geppert*, Jura 1999, 266 (268); *Schünemann*, in: *Laufhütte/Rissing-van-Saan/Tiedemann* (Hrsg.), Strafrechtsgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 27 Rn. 2 f.; *Roxin* (Fn. 4), § 26 Rn. 184 ff.; *Heine/Weißer* (Fn. 27), § 27 Rn. 10 m.w.N. Richtigerweise dürften sich hier auch Aspekte der objektiven Zurechnung auswirken, d.h. die

baren Ausführung der Tat geleistet werden, es reicht Hilfe bei einer vorbereitenden Handlung.³³ Damit können auch Beihilfehandlungen weit im Vorfeld der Tathandlung, dem Vorenthalten der Arbeitnehmerbeiträge, also deren Nichtabführen zum Fälligkeitszeitpunkt durch den Arbeitnehmer, tatbestandsmäßig sein. In Betracht kommt eine Beihilfe zu dem Unterlassungsdelikt des § 266a Abs. 1 StGB durch aktives Tun oder bei Bestehen einer Garantenpflicht (§ 13 StGB) durch Unterlassen.

IV. Personenkreis

Im Hinblick auf mögliche Teilnehmer an einer Haupttat nach § 266a Abs. 1 StGB ist sinnvollerweise zwischen den Mitarbeitern, deren Sozialversicherungsbeiträge der Arbeitgeber vorenthält, und sonstigen unternehmensangehörigen und -externen Personen zu unterscheiden.

1. Unternehmensangehörige (unterhalb der Geschäftsleitungsebene) und Unternehmensexterne

Als mögliche Gehilfen können sich neben dem Arbeitnehmer, dessen Arbeitnehmerbeiträge vorenthalten werden, zum einen Mitarbeiter eines Betriebs unterhalb der Geschäftsleitungsebene, zum anderen auch unternehmensexterne Dritte (z.B. Steuerberater, Scheinauftraggeber) strafbar machen. Bei der hier zunächst erörterten Personengruppe wird vor allem eine Beihilfe durch aktives Tun vorliegen. Die Rspr. hat eine eigenverantwortliche Zuständigkeit für die Lohnabrechnung, Personaleinstellung, Personalverwaltung und Buchhaltung für ausreichend erachtet, wenn die Personalverhältnisse in enger Abstimmung mit dem Arbeitgeber geregelt worden seien.³⁴ Bei entsprechendem Vorsatz kommen auch fördernde Handlungen im weiten Vorfeld der eigentlichen Tatbegehung, etwa bei der Personalauswahl, in Betracht.³⁵ Auch derjenige, der dem Arbeitgeber Ratschläge hinsichtlich des Vorenthaltes der Beiträge gibt oder dessen Bedenken beseitigt, leistet (psychische) Beihilfe durch aktives Tun.³⁶ Verschiedentlich und zu Recht sind Verschleierungshandlungen als Beihilfe zu § 266a StGB (und zu § 370 AO) gewertet worden: In der Entscheidung BGH NStZ 2011, 645 ging es um die Ermöglichung der Auszahlung von Teilschwarzlohn durch Scheinabrechnungen („Abdeckrechnungen“).³⁷ Noch weitergehend lag der Entscheidung BGH NStZ 2013, 587³⁸ ein Sachverhalt zugrunde, in dem durch Aufbau und Aufrechterhaltung eines auf Straftaten ausgerichteten Betriebes

und durch Rechnungserstellung und Weiterleitung der Gelder in jedem der monatlichen Anmeldungs- bzw. Beitragszeiträume (zu jeder einzelnen Haupttat) Beihilfe geleistet wurde. In der Literatur werden als Beispiele für Beihilfe die Unterstützung bei der personellen Organisation von Schwarzarbeit, weiter das Anwerben ausländischer Arbeitskräfte, das Begleiten von deren Behördengängen, Gewerbeanmeldungen für Sub-/Nachunternehmer, Durchführung interner Zahlungen an Arbeiter, Erstellen der Einsatzpläne und die Zuweisung von Unterkünften genannt.³⁹

Soweit es um eine Strafbarkeit wegen Beihilfe durch Unterlassen geht, ist zu differenzieren: Wenn eine wirksame Aufgabendelegation gem. § 14 Abs. 2 StGB (etwa im Rahmen von Compliance-Maßnahmen) erfolgt ist, sind die Delegationen unmittelbare Normadressaten des § 266a Abs. 1 StGB. Für sie kommt ohnehin nur eine täterschaftliche Begehung des echten Unterlassungsdelikts des § 266a Abs. 1 StGB in Betracht, ohne dass es bei einem Unterlassen darüber hinaus einer Garantenstellung bedarf.⁴⁰ Ohne eine solche Überwälzung der Pflichtenstellung ist gesetzlich allein der Arbeitgeber im sozialrechtlichen Sinne für die tatsächliche Abführung des Gesamtsozialversicherungsbetrages gem. § 28d SGB IV, also auch der Arbeitnehmerbeiträge, an die Sozialversicherungsträger, als Schuldner verantwortlich (vgl. § 28e Abs. 1 S. 1 SGB IV).⁴¹ Sonstige Dritte haben hierfür nicht als Garanten i.S.d. § 13 StGB rechtlich einzustehen. Auch eine Garantenstellung aus Ingerenz, also einem vorangegangenen pflichtwidrigen Vorverhalten,⁴² ist schwer vorstellbar, die voraussetzen würde, dass ein pflichtwidriges Vorverhalten (das nicht bereits eine Beihilfe durch aktives Tun darstellt) vorliegt und dadurch die nahe Gefahr des Eintritts des tatbestandsmäßigen Erfolgs verursacht wird.⁴³

2. Sozialversicherungspflichtig beschäftigte Arbeitnehmer

a) Unproblematische Fälle der Beihilfe durch aktives Tun

Der Arbeitnehmer, dessen Beiträge zur Sozialversicherung durch den Arbeitgeber vorenthalten werden, kann sich durch aktives Tun strafbar machen. Zu denken ist zunächst an die vergleichsweise unproblematischen Konstellationen, in denen der Arbeitnehmer über die bloße Arbeitsleistung und Entgegennahme des Lohns hinaus aktiv zur Verschleierung des

Beihilfehandlung muss sich im konkreten Erfolg niederschlagen (vgl. *Kudlich*, in: v. Heintschel-Heinegg [Hrsg.], Beck'scher Online-Kommentar, Strafrechtsgesetzbuch, Stand: 1.6.2016, § 27 Rn. 6 ff.).

³³ BGHSt 46, 107 (148); *Fischer* (Fn. 1), § 27 Rn. 5.

³⁴ BGHSt 58, 10 (13); LG Augsburg wistra 2015, 39.

³⁵ Vgl. auch BGH NStZ 2011, 645, wo es um die Beschaffung schwarz ausgezahlter Lohnbestandteile durch Scheinabrechnungen ging.

³⁶ Ausführlich zur psychischen Beihilfe siehe unten IV. 2. c).

³⁷ Siehe auch BGH BeckRS 2008, 01766.

³⁸ Mit Anm. *Greeve*, NStZ 2013, 588.

³⁹ *Thum/Selzer*, wistra 2011, 290 (295); *Möhrenschläger*, in: Laufhütte/Rissing-van-Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafrechtsgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9, 12. Aufl. 2012, § 266a Rn. 82.

⁴⁰ OLG Stuttgart, Beschl. v. 17.7.2000 – 2 Ss 47/2000, 2 Ss 47/00 = wistra 2000, 292. Zu der Fortführung des Gedankens der Pflichtenteilhabe zu einer Garantenlehre siehe *Schünemann* (Fn. 32), § 14 Rn. 13.

⁴¹ Vgl. OLG Stuttgart, Beschl. v. 17.7.2000 – 2 Ss 47/2000, 2 Ss 47/00 = wistra 2000, 292; siehe auch BSG NZS 2001, 370 (375).

⁴² BGH NStZ 1998, 83 (84); BGH NJW 1999, 69 (71); BGH NStZ 2000, 414; BGH NStZ 2013, 578; *Fischer* (Fn. 1), § 13 Rn. 11.

⁴³ BGH NStZ 1998, 83 (83 f.).

Vorenthalten der Sozialversicherungsbeiträge durch den Arbeitnehmer Hilfe leistet. Typische Beispiele hierfür sind Fälle, in denen der Arbeitnehmer als Scheinselbstständiger beschäftigt wird und entsprechende Rechnungen stellt. Ebenso erfasst sind Fälle, in denen ein einheitliches Anstellungsverhältnis bei demselben Arbeitgeber einvernehmlich in zwei (geringfügige) Anstellungsverhältnisse aufgeteilt wird, der Arbeitnehmer unterschreibt die entsprechenden Verträge. Denkbar sind auch Fälle, bei denen im Rahmen von Nachforschungen durch den Sozialversicherungsträger die Arbeitnehmer die der Verschleierung des Vorenthalten dienenden Angaben des Arbeitgebers bestätigen. Auch die Erteilung eines Rates im Hinblick auf die Haupttat ist hierunter zu fassen.

b) Die Schwarzlohnabrede als Beihilfe durch aktives Tun?

Nicht ganz so eindeutig ist die Frage zu beantworten, ob auch die Schwarzlohnabrede als solche, die in den meisten Fällen der Schwarzarbeit zugrunde liegt,⁴⁴ eine Beihilfe durch aktives Tun darstellt. Die Schwarzlohnabrede ist das kollusive Zusammenwirken von Arbeitnehmer und Arbeitgeber zum Zwecke der Hinterziehung der Lohnabzugsteile.⁴⁵ Wenn sich die Parteien rechtsgeschäftlich darüber einigen, dass keine Sozialversicherungsbeiträge vom Arbeitslohn abgeführt werden, handelt es sich bei der Willenserklärung des Arbeitnehmers um ein positives Tun, das in der Regel auch die Haupttat des Arbeitgebers zumindest fördert.⁴⁶ Dabei ist es unerheblich, ob eine ausdrückliche Willenserklärung vorliegt, also expressis verbis erfolgt, oder eine konkludente Willenserklärung, etwa durch ein bestätigendes Kopfnicken.⁴⁷ Insofern ist wie im Zivilrecht⁴⁸ die ausdrückliche mit der konkludenten Willenserklärung gleichzusetzen. Voraussetzung einer Beihilfestrafbarkeit ist natürlich stets, dass sich der Arbeitnehmer bewusst ist, dass sein Verhalten der Förderung einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat des § 266a StGB dient.

c) (Psychische) Beihilfe durch „bloße“ Entgegennahme des Lohns und Erbringen der Arbeitsleistung?

Besondere Schwierigkeiten bereiten die Fälle, in denen sich das Verhalten des Arbeitnehmers in der Entgegennahme des

Lohns und im Erbringen der Arbeitsleistung erschöpft.⁴⁹ Dies kommt etwa in Betracht, wenn zunächst eine Tätigkeit ausgeübt wurde, in der keine Beitragspflicht des Arbeitnehmers bestand (etwa bei geringfügiger Beschäftigung gem. §§ 8 f., 7 SGB IV),⁵⁰ die später etwa aufgrund einer Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Umstände sozialversicherungspflichtig wird, oder aber, wenn dem Arbeitnehmer erst nach Abschluss des Arbeitsvertrages bekannt wird, dass keine Beiträge durch den Arbeitgeber abgeführt werden. Hier zieht die (spärliche) Rechtsprechung die Grundsätze über die „psychische Beihilfe“ heran.⁵¹ Eine Beihilfe im Sinne aktiven Tuns kann nach der Rechtsprechung auch durch psychische Unterstützung geleistet werden, indem der Täter in seinem Tatentschluss bestärkt und ihm ein erhöhtes Gefühl der Sicherheit vermittelt wird, ohne dass der Erfolg der Haupttat im Sinne einer Kausalität mitverursacht werden muss.⁵² Allerdings fordert die Rechtsprechung bei Fallgestaltungen dieser Art weitere Anhaltspunkte dafür, dass das Verhalten die Tat, sei es den Tatplan, den Tatentschluss oder die Tatausführung, in ihrer konkreten Gestalt objektiv gefördert oder erleichtert hat und dass der Gehilfe sich dessen bewusst war.⁵³ Allein das Wissen um die Begehung der Haupttat genügt den Anforderungen an eine Beihilfe durch aktives Tun daher nicht.⁵⁴ Auch das bloße „Dabeisein“ in Kenntnis einer Straftat, so der BGH, reiche selbst bei deren Billigung nicht aus, die Annahme von Beihilfe im Sinne aktiven Tuns zu begründen, da andernfalls die rechtlichen Anforderungen im Hinblick auf die Garantenpflichten beim unechten Unterlassen umgangen werden könnten und die Strafbarkeit im Bereich der Beihilfe ausgedehnt würde.⁵⁵ Auch wenn man mit der h.L.⁵⁶ einen Kausalzusammenhang zwischen der psychischen Einwirkung und dem Erfolg verlangt, sind die obigen Anforderungen an die psychische Beihilfe zu stellen, denn nur ein Verhalten, das in irgendeiner Form die Tat – sei es auch nur in Form der Bestärkung des Tatentschlusses – gefördert hat, kann kausal sein.⁵⁷ Auch bei Heranziehung der Grundsätze über die objektive Zurechnung⁵⁸ kann ein Verhalten, das sich nicht ob-

⁴⁴ Ausreichend ist aber auch ein faktisches Arbeitsverhältnis vgl. Wiedner (Fn. 10), § 266a Rn. 9 m.w.N.

⁴⁵ BGHSt 38, 285; Wiedner (Fn. 10), § 266a Rn. 19.

⁴⁶ So auch Wiedner (Fn. 10), § 266a Rn. 19

⁴⁷ Zu der zivilrechtlichen Unterscheidung zwischen ausdrücklicher und konkludenter Willenserklärung siehe z.B. Armbrüster, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 7. Aufl. 2015, Vor § 116 Rn. 6.

⁴⁸ Siehe hierzu Wendtland, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Stand 1.8.2016, § 133 Rn. 8 f.

⁴⁹ Eine solche Konstellation lag der Entscheidung OLG Stuttgart, Beschl. v. 17.7.2000 – 2 Ss 47/2000, 2 Ss 47/00 = wistra 2000, 292, zugrunde.

⁵⁰ Fallgruppen bei Wiedner (Fn. 10), § 266a Rn. 20 ff.

⁵¹ OLG Stuttgart, Beschl. v. 17.7.2000 – 2 Ss 47/2000, 2 Ss 47/00 = wistra 2000, 292.

⁵² Siehe nur BGH NStZ 1996, 563; BGH NJW 2008, 1460 (1461); OLG Karlsruhe NJW-RR 2013, 1180 (1181).

⁵³ BGH NStZ-RR 2001, 40; dies gilt vor allem für die Fälle der bloßen Anwesenheit am Tatort BGH NStZ 1996, 563; BGH NStZ 1993, 233.

⁵⁴ BGH NStZ 2016, 463 (464); BGH NStZ 2010, 224.

⁵⁵ BGH NStZ 1996, 563; BGH NStZ 1993, 233; OLG Stuttgart wistra 2000, 292 anders noch BGH StV 1982, 517.

⁵⁶ Siehe oben Fn. 32.

⁵⁷ Vgl. z.B. Schünemann (Fn. 32), § 27 Rn. 11 ff. Eine andere Frage ist, ob man wie hier grundsätzlich eine psychische Kausalität für möglich hält, dazu Roxin (Fn. 1), § 11 Rn. 31.

⁵⁸ Siehe oben Fn. 32.

ektiv fördernd auf die Tat auswirkt, nicht den Anforderungen an eine strafbare Beihilfehandlung genügen.

Aus der Rechtsprechung lassen sich zwei unterschiedliche rechtliche Gesichtspunkte herauslesen,⁵⁹ die vielfach nicht deutlich genug differenziert werden: Zum einen geht es darum, ob sich das Verhalten überhaupt objektiv fördernd auf die Haupttat ausgewirkt hat, unabhängig davon, ob es sich um ein Tun oder Unterlassen handelt. Zum anderen geht es darum, ob eine die Haupttat bewusst fördernde Handlung ein Tun oder ein Unterlassen darstellt. Wenn feststeht, dass sich das Verhalten des Arbeitnehmers in keiner Weise objektiv fördernd auf das Gelingen der Haupttat ausgewirkt hat, er kein rechtlich missbilligtes Risiko geschaffen hat, liegt schon aus diesem Grunde keine Beihilfe vor. Bei den hier zu behandelnden Konstellationen wird man aber nicht stets davon ausgehen können, da doch denkbar ist, dass das Verhalten des Arbeitnehmers den Arbeitgeber in seinem Tatentschluss bestärkt, ihm Sicherheit vermittelt und diese Förderung der Haupttat dem Arbeitnehmer auch bewusst ist. Dann ist entscheidend, ob es sich um ein nur bei Bestehen einer Garantspflicht strafbares Unterlassen oder um eine (psychische) Beihilfe durch aktives Tun handelt. In den Konstellationen, in denen sich der Beitrag des sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmers in der Entgegennahme des (Bar-)Lohns und der Arbeitsleistung erschöpft, liegt in der Regel keine psychische Beihilfe durch aktives Tun vor, da hierin keine – auch keine konkludente Billigung – des Vorenthaltes der Arbeitnehmerbeiträge durch den Arbeitgeber gesehen werden kann. Der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit⁶⁰ liegt damit nicht in einem aktiven Tun, sondern darin, dass der Arbeitnehmer es unterlassen hat, dem Verhalten des Arbeitgebers etwa durch eine Strafanzeige oder eine Anzeige beim Sozialversicherungsträger entgegenzuwirken. Ein solches Verhalten ist aber nur dann strafbar, wenn der Arbeitnehmer als Garant rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Arbeitgeber die Beiträge zur Sozialversicherung zum Fälligkeitszeitpunkt abführt.

Eine gesetzliche Garantstellung ist hier – wie hinsichtlich einer Unterlassungsstrafbarkeit der sonstigen Arbeitnehmer schon ausgeführt – nicht ersichtlich. Gesetzlich ist allein der Arbeitgeber als Schuldner für die Erfüllung der sozialversicherungsrechtlichen Pflicht zur Abführung des Gesamtsozialversicherungsbetrages (§ 28d SGB IV) verantwortlich (vgl. § 28e Abs. 1 S. 1 SGB IV).⁶¹ Der sozialversicherungspflichtige Arbeitnehmer ist an diesem öffentlich-rechtlichen Beitragspflichtverhältnis nicht beteiligt.⁶²

Auch eine Garantstellung aus Ingerenz, also einem vorangegangenen pflichtwidrigen Vorverhalten, dürfte schwer zu begründen sein. Da die Beihilfehandlung zeitlich auch weit vor der eigentlichen Tathandlung, dem Vorenthalten der

Arbeitnehmerbeiträge durch den Täter, liegen kann, sind aktive Handlungen, wie etwa ein die Arbeitnehmereigenschaft verschleiern der Vertragsabschluss, ggf. bereits als Beihilfe durch aktives Tun strafbar. Insofern bedarf es nicht des Rückgriffs auf eine Beihilfe durch Unterlassen unter Zugrundelegung einer Garantstellung aus Ingerenz. Soweit der Arbeitnehmer lediglich seine Arbeitsleistung erbringt und den Lohn entgegennimmt, handelt es sich nicht um ein pflichtwidriges Vorverhalten, das die naheliegende Gefahr eines tatbestandsmäßigen Erfolgs verursacht hat. Mit dieser Argumentation hat das OLG Stuttgart eine Garantstellung aus Ingerenz bei Entgegennahme einer Barlohnzahlung verneint und dabei hervorgehoben, dass hier erst das spätere Verhalten des eigenverantwortlich handelnden Arbeitgebers den Schaden herbeigeführt hat.⁶³ Dieser Gesichtspunkt mag in der vorliegenden Konstellation zutreffen, in der der Arbeitnehmer die Barlohnzahlung auch nach Erhöhung des Monatseinkommens über den sozialversicherungsfreien Betrag hinaus, lediglich hingenommen hat. Sobald der Arbeitnehmer in irgendeiner Weise aktiv auf das Geschehen eingewirkt hat, liegt darin ein pflichtwidriges und gefahrschaffendes (Vor-)Verhalten, das aber bereits als Beihilfe durch positives Tun zu bestrafen ist.

V. Konkurrenzen

Die Beihilfe zum Vorenthalten von Arbeitsentgelt gem. §§ 266a Abs. 1, 27 StGB wird vielfach mit einer Einkommensteuerhinterziehung des Arbeitnehmers (§ 370 AO) und einer Beihilfe zur Lohnsteuerhinterziehung des Arbeitgebers (§§ 370, 27 AO) zusammentreffen. Die Beihilfe zur Lohnsteuerhinterziehung ist zur täterschaftlich begangenen Steuerhinterziehung des Arbeitnehmers mitbestrafte Vortat.⁶⁴ Im Übrigen liegt zwischen §§ 266a Abs. 1, 27 StGB und § 370 AO Tatmehrheit vor (§ 53 StGB).⁶⁵

VI. Absehen von Strafe gem. § 266a Abs. 6 StGB

§ 266a Abs. 6 StGB, der seinem Wortlaut nach nur für Arbeitgeber und ihnen gleichgestellte Personen gilt, ist analog auch auf Teilnehmer anwendbar.⁶⁶ Straffreiheit dürften diese mangels weitergehender eigener Pflichten im Wesentlichen durch die Erfüllung der Mitteilungspflicht gem. § 266a Abs. 6 S. 1 StGB erlangen.⁶⁷

VII. Strafzumessung

1. § 27 Abs. 2 StGB i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB

Soweit eine Beihilfe vorliegt, ist die Strafe obligatorisch gem. § 27 Abs. 2 StGB i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB zu mildern.

⁵⁹ Vgl. auch *Joecks* (Fn. 26), § 27 Rn. 12, 41, 42.

⁶⁰ Vgl. zu der sog. Schwerpunktformel der Rspr. BGHSt 6, 47 (59); 52, 159 (163); 53, 38; 56, 277 (286); BGH NStZ 1999, 607; BGH NStZ 2003, 657; zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen allgemein siehe nur *Kühl*, in: Lackner/Kühl (Fn. 21), § 13 Rn. 3 m.w.N.

⁶¹ BSG NZS 2001, 370 (375) m.w.N.

⁶² BSG NZS 2001, 370 (376).

⁶³ OLG Stuttgart, Beschl. v. 17.7.2000 – 2 Ss 47/2000, 2 Ss 47/00 = wistra 2000, 292.

⁶⁴ *Rübenstahl/Zinser*, NJW 2011, 2481 (2483).

⁶⁵ Vgl. auch BGH NStZ 2011, 645.

⁶⁶ *Saliger* (Fn. 10), § 266a Rn. 32; *Perron* (Fn. 17), § 266a Rn. 27; *Hoyer* (Fn. 10), § 266a Rn. 104; *Tag* (Fn. 14), § 266a Rn. 138.

⁶⁷ *Saliger* (Fn. 10), § 266a Rn. 32.

2. § 28 Abs. 1 StGB

Nach h.M. findet auf den Teilnehmer § 28 Abs. 1 StGB mit der Folge obligatorischer Strafmilderung gem. § 49 Abs. 1 StGB Anwendung, da es sich bei der Arbeitgeberbereienseigenschaft um ein besonderes persönliches Merkmal handelt.⁶⁸ Der Arbeitgeber hat nach dieser Ansicht eine „besondere sozialversicherungs- und arbeitsrechtliche Stellung inne“, die ihn zum Lohnabzug berechtigt, aber auch zur Beitragsabführung verpflichtet.⁶⁹ Die Gegenansicht⁷⁰ verweist darauf, dass die Beschränkung des Täterkreises bei § 266a StGB nicht auf „Gedanken eines von der Rechtsgutverletzung unabhängigen personalen Unrechts“⁷¹ zurückzuführen sei, sondern nur auf die Nähe des Täters zum Rechtsgut. Soweit man eine Strafmilderung gem. § 28 Abs. 1 StGB bejaht, kommt eine doppelte Strafmilderung aus § 27 Abs. 2 StGB und § 28 Abs. 1 StGB in Betracht.⁷²

3. Höhe des vorenthaltenen Beitrags

Gem. § 46 Abs. 2 StGB sind die verschuldeten Auswirkungen der Tat für das Rechtsgut (hier das Interesse der Solidargemeinschaft an der Sicherstellung des Beitragsaufkommens der Sozialversicherung⁷³) bei der Gesamtwürdigung zu berücksichtigen. Diesem Strafzumessungsaspekt kommt im Rahmen der Gesamtwürdigung eine besondere Bedeutung zu.⁷⁴ Dies gilt auch für die Strafzumessung beim Teilnehmer. Die Höhe des vorenthaltenen Betrags bestimmt sich ebenfalls nach dem Sozialversicherungsrecht.⁷⁵ Bemessungsgrundlage ist das geschuldete (Brutto-)Arbeitsentgelt gem. § 14 Abs. 1 SGB IV. Gem. § 14 Abs. 2 S. 2 SGB IV gilt bei illegalen Beschäftigungsverhältnissen eine Nettolohnabrede als vereinbart, dies gilt auch für eine (Teil-)Schwarzlohnabrede.⁷⁶ Bei lückenhaften Erkenntnissen kann die Höhe der Löhne und damit der Sozialversicherungsbeiträge geschätzt wer-

den.⁷⁷ Bei untertariflicher Bezahlung („Lohndumping“) ist Bemessungsgrundlage das dem Arbeitnehmer tatsächlich zustehende Tarifentgelt.⁷⁸ Entsprechendes gilt für die Unterschreitung des gesetzlichen Mindestlohns. Soweit ein besonders schwerer Fall beim Haupttäter gem. § 266a Abs. 4 Nr. 1 StGB bei einem Vorenthalten aus grobem Eigennutz in großem Ausmaß vorliegt,⁷⁹ bestimmt sich, ob die Beihilfe an der Tat ein besonders schwerer (oder minder schwerer) Fall ist, nach der h.M. – unter Berücksichtigung allerdings auch der Haupttat – nach dem Tatbeitrag des Teilnehmers, der selbstständig zu würdigen ist.⁸⁰

VIII. Ergebnis

Natürliche Personen, die nicht Arbeitgeber sind und die auch nicht gem. § 14 StGB als Organe oder Vertreter dem Anwendungsbereich des § 266a Abs. 1 StGB unterfallen, können sich nur als Teilnehmer strafbar machen. Insbesondere die Beihilfestrafbarkeit gem. § 266a Abs. 1, 27 StGB wirkt mannigfaltige dogmatische Probleme auf. Gehilfen können sowohl unternehmensexterne als auch unternehmensangehörige Personen sein. Hier ist zu differenzieren, ob ein positives Tun oder ein nur unter den Voraussetzungen des § 13 StGB strafbares Unterlassen vorliegt. Es gibt unproblematische Konstellationen der aktiven Beihilfe, insbesondere durch Hilfeleistung bei Organisation und Durchführung von Schwarzarbeit. Soweit es aber um die Strafbarkeit des Arbeitnehmers geht, dessen Sozialversicherungsbeiträge durch den Arbeitgeber vorenthalten werden, wird sich der Tatbeitrag des Arbeitnehmers häufig auf die Schwarzlohnabrede, die Entgegennahme des Lohns und das Erbringen der Arbeitsleistung beschränken. Hier ist besonders sorgfältig unter Heranziehung auch der Grundsätze über die psychische Beihilfe zu prüfen, ob sich diese Verhaltensweisen zumindest fördernd auf das Vorenthalten der Arbeitnehmerbeiträge ausgewirkt haben und ob es sich um ein aktives Tun oder ein Unterlassen handelt. Sofern tatsächlich nur ein (die Haupttat förderndes) Unterlassen vorliegt, dürfte dies wegen Fehlens einer Garantenstellung straflos sein. Dies gilt erst recht für ein Unterlassen anderer Arbeitnehmer oder Unternehmensexterner.

⁶⁸ BGHSt 56, 153 (155); BGH BeckRS 2011, 18808 = BGH NSTZ 2011, 645 (insoweit nicht abgedruckt); Radtke (Fn. 10), § 266a Rn. 98; Hoyer (Fn. 10), § 266a Rn. 18; Saliger (Fn. 10), § 266a Rn. 5; Wiedner (Fn. 10), § 266a Rn. 8, 86.

⁶⁹ Radtke (Fn. 10), § 266a Rn. 98.

⁷⁰ Perron (Fn. 17), § 266a Rn. 20; Maiwald, Strafrecht, Besonderer Teil, 1. Teilband, 10. Aufl. 2009, § 45 Rn. 66.

⁷¹ Perron (Fn. 17), § 266a Rn. 20.

⁷² BGHSt 56, 153. Zur Diskussion, ob eine solche doppelte Strafmilderung auch vorzunehmen ist, wenn allein das Fehlen eines besonderen persönlichen Merkmals dazu führt, dass der an sich täterschaftlich Beteiligte nur als Gehilfe verurteilt werden kann, siehe BGHSt 26, 53; Joecks (Fn. 26), § 28 Rn. 54.

⁷³ Vgl. die Nachweise bei Saliger (Fn. 10), § 266a Rn. 2.

⁷⁴ BGH NSTZ 2006, 227; Saliger (Fn. 10), § 266a Rn. 28.

⁷⁵ Wiedner (Fn. 10), § 266a Rn. 26 ff.

⁷⁶ BGHSt 53, 71; BGH NSTZ 2010, 337; BGH NSTZ 2011, 645; zur Berechnung bei geringfügiger Beschäftigung siehe BGH NSTZ-RR 2010, 376.

⁷⁷ BGHSt 53, 71 (73); zu den Grenzen und methodischen Grundlagen einer Schätzung BGH NSTZ 2010, 635; BGH NSTZ 2011, 645.

⁷⁸ BSGE 93, 119; OLG Naumburg BeckRS 2011, 14021; Möhrenschräger (Fn. 39), § 266a Rn. 40.

⁷⁹ Hierzu Wittig, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 32), § 266a Rn. 38 m.w.N.

⁸⁰ BGHSt 29, 239 (244); BGH StV 1996, 87; BGH NSTZ-RR 2012, 342; Kühl (Fn. 60), § 46 Rn. 16 m.w.N.