

B u c h r e z e n s i o n

Marcus Loose, Das Vorenthalten von Arbeitgeberbeiträgen zur Sozialversicherung gemäß § 266a Abs. 2 StGB, Duncker & Humblot, Berlin, 2017, 259 S., € 74,90.

Die Arbeit von Loose wurde im Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Johannes-Gutenberg-Universität Mainz 2015 als Dissertation angenommen.

Das Buch gliedert sich in drei Hauptteile: zum ersten die Entstehungsgeschichte und gesetzgeberischen Beweggründe für die konkrete Ausgestaltung des § 266a Abs. 2 StGB; danach folgt ein Überblick über den Tatbestand und im dritten Teil geht der *Autor* auf die spezifischen Anwendungsprobleme der Vorschrift ein.

Im ersten Teil wird bereits deutlich, dass die Entstehungsgeschichte des § 266a Abs. 2 StGB für das Verständnis von besonderer Bedeutung ist. Bis zum 1.8.2004 existierte überhaupt kein eigener Straftatbestand zum Schutz der Arbeitgeberbeiträge. Ein teilweiser Schutz erfolgte lediglich über den Beitragsbetrug gem. § 263 Abs. 1 StGB. Das Schutzniveau, welches über § 263 Abs. 1 StGB hinsichtlich der Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung erreicht wurde, war aber lückenhaft. Der Betrugstatbestand erfordert es nämlich, dass die Täuschung, sei es durch ein positives Tun oder durch ein pflichtwidriges In-Unkenntnis-Lassen der Einzugsstelle über meldepflichtige Tatsachen im Sinne eines Unterlassens, zu einem Irrtum bei (dem Sachbearbeiter) der Einzugsstelle führt. Daran kann es aber unter Umständen fehlen, wenn der Arbeitgeber bei der zuständigen Einzugsstelle bislang überhaupt nicht bekannt ist. Das Unterlassen von Meldungen, also das vollständige Verschweigen des Betriebs, führt bei der Einzugsstelle nämlich dann, mangels einer konkreten Beziehung der Beteiligten, zu keinerlei Fehlvorstellung über die sozialversicherungsrechtlichen Gegebenheiten und mithin auch zu keinem Irrtum i.S.d. § 263 Abs. 1 StGB. Der *Autor* weist darauf hin, dass dies eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung darstellte, da der pflichtwidrig handelnde Arbeitgeber, der der Einzugsstelle bekannt ist, gegenüber dem ebenfalls pflichtwidrig handelnden Arbeitgeber, der der Einzugsstelle aber unbekannt ist, ohne sachlichen Grund schlechter gestellt wird (S. 29 f.).

Der lückenhafte Schutz des § 263 Abs. 1 StGB war insbesondere in den Fällen nicht nachvollziehbar, in denen die Sozialversicherungsbeiträge alleine durch den Arbeitgeber zu tragen waren, da in diesen Fällen auch keine Strafbarkeit gem. § 266a Abs. 1 StGB gegeben war.

Die Neufassung des § 266a StGB sollte nach Aussage des Gesetzgebers jedoch nicht nur die bestehenden Strafbarkeitslücken schließen, sondern auch den kriminalpolitischen Forderungen aus Praxis und Wissenschaft nachkommen, „die eine Strafbewehrung des Vorenthalten von Arbeitgeberbeiträgen im Interesse eines umfassenderen strafrechtlichen Schutzes des Sozialversicherungsaufkommens gegen Hinterziehungen des Gesamtsozialversicherungsbeitrages verlangt hatten“ (S. 30).

Es wird aufgezeigt, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 266a Abs. 2 StGB tatsächlich keinen „vollständigen“

strafrechtlichen Schutz des Sozialversicherungsaufkommens im Blick hatte, sondern lediglich einen „umfassenderen“ als zuvor (S. 30). Dies ergibt sich nach Ansicht von Loose vornehmlich daraus, dass § 266a Abs. 2 StGB nicht lediglich eine Erweiterung des § 266a Abs. 1 StGB um das Vorenthalten der Arbeitgeberbeiträge ist, sondern in Anlehnung an die Steuerhinterziehung gem. § 370 Abs. 1 AO, ein Vorenthalten von Arbeitgeberbeiträgen nur dann mit Strafe bewehrt ist, wenn diese Beiträge mittels unrichtiger oder unvollständiger Angaben bzw. einem pflichtwidrigen In-Unkenntnis-Lassen der Einzugsstelle hinterzogen wurden. § 266a Abs. 2 StGB erfordert also über die bloße Nichtzahlung hinausgehende Unrechtselemente.

Loose stellt hierzu fest, dass die Annahme des Gesetzgebers, dass eine bloße Realisierung der Nichtzahlung eine dem eigenen Vermögensbereich betreffende Schuld dem deutschen Strafrecht fremd ist, zugestimmt werden muss. Die Strafbewehrung des schlichten Vorenthalten von Arbeitgeberbeiträgen hätte ein Novum dargestellt, das keine über die schlichte Nichtzahlung hinausgehenden qualifizierenden Unrechtselemente aufgewiesen hätte. Soweit sei es richtig, dass der Gesetzgeber bis heute von einer Einbeziehung der Arbeitgeberbeiträge in § 266a Abs. 1 StGB abgesehen hat (S. 40).

Der *Autor* analysiert in der Folge die zweite Einschränkung des strafrechtlichen Schutzes der Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung, die sogenannte „Putzfrauenklausel“. Darunter versteht man, dass gem. § 111 Abs. 1 S. 2 SGB IV und § 209 Abs. 1 S. 2 SGB VII geringfügige Beschäftigungen im Privathaushalt von einer Strafbarkeit gem. § 266a Abs. 2 StGB ausgenommen wurden.

Es wird deutlich gemacht, dass die sogenannte „Putzfrauenklausel“ nicht nur rechtspolitisch zweifelhaft, sondern dass auch ihre konkrete inhaltliche Gestaltung problematisch ist. So werden sozialversicherungsrechtliche Detailfragen und Abgrenzungsprobleme (mehrere geringfügige Beschäftigungen eines Arbeitnehmers führen zu einer Überschreitung der entgeltlichen und zeitlichen Voraussetzung einer geringfügigen Beschäftigung im Privathaushalt) auf die Ebene des Strafrechts übertragen. Hinzu kommt, dass ein Ausschluss der Strafbarkeit gem. § 266a Abs. 2 StGB zu einem Wiederaufleben der Betrugsstrafbarkeit mit den bekannten Problemen der Ungleichbehandlung führt.

Es wird aber darauf verwiesen, dass die strafrechtliche Privilegierung von geringfügigen Beschäftigungen im Privathaushalt durch Änderungen der sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen zum 1.1.2013 größtenteils an Bedeutung verloren hat, da die Rentenversicherungsbeiträge auch bei geringfügigen Beschäftigungen in großen Teilen grundsätzlich häufig von Arbeitgebern und Arbeitnehmern zu tragen sind. Somit ergibt sich hier eine Strafbarkeit gem. § 266a Abs. 1 StGB, ohne dass ein Anwendungsausschluss greift (S. 41 ff.).

Im zweiten Teil seiner Untersuchung gibt Loose zunächst einen allgemeinen Überblick über den Tatbestand des § 266a Abs. 2 StGB.

Es wird ausgeführt, dass die praktische Bedeutung der Strafnorm mit Blick auf die polizeiliche Kriminalstatistik

nicht bezweifelt werden kann. Immerhin weist diese für das Jahr 2015 insgesamt 12.243 erfasste Fälle des § 266a StGB bei einer Aufklärungsquote von 99,4 % aus (S. 66). Jedoch wird auch darauf hingewiesen, dass die polizeiliche Kriminalstatistik nicht zwischen den verschiedenen Absätzen des § 266a StGB differenziert und für die Untersuchung daher nicht abschließend beurteilt werden kann, welcher Anteil darauf auf das Vorenthalten von Arbeitgeberbeiträgen gem. § 266a Abs. 2 StGB entfällt. Ein Blick in die „Strafverfolgungsstatistik“ des Statistischen Bundesamtes zeige allerdings, dass das Vorenthalten von Arbeitgeberbeiträgen gem. § 266a Abs. 2 StGB lediglich mit 121 Aburteilungen gelistet ist. Die Relevanz des § 266a Abs. 2 StGB dürfe aber aufgrund dieser Zahlen dennoch nicht in Abrede gestellt werden. Sie folgten wahrscheinlich auch daraus, dass nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes eine neben § 266a Abs. 1 StGB erfolgte Anwendung des § 266 Abs. 2 StGB nicht zu einer Tateinheitlichen Verwirklichung der beiden Tatbestände führt, sondern sich dies lediglich auf den Schuldumfang auswirkt (S. 68).

Danach widmet sich die Arbeit der Frage, welches Rechtsgut bzw. welche Rechtsgüter durch das Vorenthalten von Arbeitgeberbeiträgen gem. § 266a Abs. 2 StGB verletzt werden. Diese Frage sei nicht nur im Hinblick auf eine mögliche rechtfertigende Einwilligung (Disponibilität des geschützten Rechtsguts) von Bedeutung, sondern spiele auch für Schadensersatzansprüche sowie für das Klageerzwingungsverfahren eine Rolle. Loose kommt hierbei zu dem interessanten Ergebnis, dass § 266a Abs. 2 StGB eine doppelte Schutzrichtung aufweist. Der Straftatbestand schütze nicht nur das überindividuelle Interesse der Solidargemeinschaft an der finanziellen Leistungs- und Funktionsfähigkeit der Sozialversicherung, sondern eben auch das konkrete Vermögen der Sozialversicherungsträger. Den einzelnen Arbeitnehmern und den Geschäftspartnern des Arbeitgebers gegenüber entfalte § 266a Abs. 2 StGB jedoch allenfalls Schutzreflexe (S. 70 ff.).

Der Autor geht in der Folge auf das dogmatisch interessante Problem ein, ob die beiden Tatbestandsvarianten des § 266a Abs. 2 StGB als Erfolgsdelikte oder als schlichte (Un-)Tätigkeitsdelikte zu werten sind. In der Literatur werde das Tatbestandsmerkmal des „Vorenthaltens“ weit überwiegend als Taterfolg des § 266a Abs. 2 StGB bewertet, womit konsequenterweise eine Charakterisierung als Erfolgsdelikt einhergehen müsse. Diese erfolge jedoch nicht ausdrücklich und die Arbeit verweist auf Stimmen, die dies sogar vollständig ablehnen. Der Bundesgerichtshof habe § 266a Abs. 2 StGB zwar anfänglich als Erfolgsdelikt eingestuft, sei aber in seiner Entscheidung zu illegalen Beschäftigungsverhältnissen nur noch davon ausgegangen, dass § 266a Abs. 2 Nr. 1 StGB als Erfolgsdelikt anzusehen ist. Zwar spreche das Gericht sich in besagter Entscheidung nicht ausdrücklich gegen eine Charakterisierung des § 266a Abs. 2 Nr. 2 StGB als Erfolgsdelikt aus, aber es ordne Nr. 2 als „echtes Unterlassungsdelikt“ ein, was unter Umständen eine Einordnung als Erfolgsdelikt ausschließe (S. 77 ff.).

Loose sieht die Lösung nach der Frage der Einordnung als Erfolgsdelikt oder schlichtes (Un-)Tätigkeitsdelikt in der Deliktstruktur des § 266a Abs. 2 StGB und zeigt schlüssig auf, dass diese zwingend gebietet, § 266a Abs. 2 StGB insgesamt als Erfolgsdelikt einzustufen, wobei Nr. 1 als Begehungsdelikt und Nr. 2 als Unterlassungsdelikt angesehen werden müsse.

Im dritten Teil seiner Arbeit geht Loose auf spezifische Anwendungsprobleme des § 266a Abs. 2 StGB ein, die sich aus der strukturellen Anlehnung des Tatbestandes an § 370 Abs. 1 AO und der Übernahme des „Vorenthaltens“ von Beiträgen aus § 266 a Abs. 1 StGB ergäben (S. 114).

Er weist auf Auslegungsprobleme des Begriffs hin, die auch daraus resultieren würden, dass der Bundesgerichtshof die Auffassung vertritt, dass im Rahmen des § 266a Abs. 1 StGB „Vorenthalten“ als schlichtes Nichtzahlen zu verstehen ist, dass dies im Rahmen des § 266a Abs. 2 aber nicht die eigentliche Tathandlung, sondern die „Folge“ der betrugsähnlichen Tathandlungen ist. Der Bundesgerichtshof habe es aber bisher versäumt, eine von der schlichten Nichtzahlung abweichende Definition des „Vorenthaltens“ für § 266a Abs. 2 zu liefern (S. 116).

Eine Auslegung anhand des Wortlautes oder des Willens des Gesetzgebers führe zwar zu keiner eindeutigen Auslegung, aber Loose vertritt die Auffassung, dass die richtige Auslegung sich daraus ergibt, dass, wie er aufgezeigt hat, § 266a Abs. 2 StGB als Erfolgsdelikt zu werten ist. Ein schlichtes Nichtzahlen könne damit den Begriff des „Vorenthaltens“ im Rahmen des Tatbestandes nicht gerecht werden (S. 117 ff.).

Anschließend widmet sich die Untersuchung der Frage, ob der tatbestandlich geforderte Zusammenhang zwischen den betrugsähnlichen Tathandlungen und dem Vorenthalten der Arbeitgeberbeiträge als Taterfolg durch den Begriff „dadurch“ funktionaler oder kausaler Natur ist (S. 126 ff.).

Danach wird die für die Praxis bedeutsame Frage erörtert, ob sich die Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Beitragsentrichtung auf die Tatbestandsverwirklichung des § 266a Abs. 2 StGB auswirkt. Diese Frage ist deshalb so bedeutsam, da das Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen oft im Zusammenhang mit wirtschaftlichen Krisen und Zusammenbrüchen von Unternehmen auftritt, in denen es den betroffenen Arbeitgebern im Fälligkeitszeitpunkt regelmäßig nicht mehr möglich ist, die Beitragsansprüche zu erfüllen (S. 142 ff.).

Im nächsten Abschnitt des dritten Teils geht der Autor auf die spannende Frage der Verjährung ein. Diese Spannung ergibt sich daraus, dass der Bundesgerichtshof die Tatbeendigung an das Erlöschen der Beitragspflicht gekoppelt hat. Durch diese Koppelung entsteht die Problematik, dass eine Verjährung unter Umständen erst 35 bis beinahe 36 Jahre nach der Tatbestandsvollendung eintreten kann (S. 165 ff.).

Loose legt dar, warum dieses Ergebnis wohl unvereinbar mit den Zielen der Verjährung – der Rechtssicherheit, des Rechtsfriedens und der Disziplinierung der Strafverfolgungsorgane – ist (S. 180). Er spricht sich dafür aus, das Vorenthalten von Arbeitgeberbeiträgen gem. § 266a Abs. 2 StGB so-

wohl in seiner Begehungs- als auch in seiner Unterlassungsvariante an den vollständigen Eintritt des Vorenhaltungserfolges im Fälligkeitszeitpunkt zu koppeln (S. 189). Diese Ansicht des *Autors* überzeugt hinsichtlich des nicht zu rechtfertigenden großen Zeitfensters vollständig.

Im letzten Abschnitt seiner Arbeit geht Loose auf die Selbstanzeige gem. § 266a Abs. 6 StGB ein. Er kritisiert die Regelung scharf und vertritt die Auffassung, dass diese dringend reformbedürftig ist. Hierzu verweist er nicht nur auf die praktische Bedeutungslosigkeit im Gegensatz zu dem strafrechtlichen Pendant in § 371 AO, sondern zeigt auch auf, dass die Vorschrift de facto inhaltsleer ist. Das vom Gesetzgeber gestellte Ziel, den gesetzwidrig handelnden Arbeitgeber eine „goldene Brücke“ zurück in die Legalität zu bauen, werde durch die Vorschrift jedenfalls gewiss nicht erreicht. Loose schlägt insoweit eine Neuregelung vor (S. 190 ff.).

Dem *Autor* ist mit seiner Dissertation eine herausragende Arbeit geglückt. Er liefert nicht nur die zu erwartende „Fleißarbeit“ in Form der Darstellung des Meinungsstandes in Literatur und Rechtsprechung, sondern auch eine hervorragende Analyse des Tatbestandes, die auf einer gewissenhaften Auslegung und dem Eingehen auf dogmatische Probleme fußt. Darüber hinaus bietet er überzeugende Lösungen für Anwendungsprobleme und Reformvorschläge. Abschließend muss man darauf hinweisen, dass all dies in einer klaren Sprache geboten wird, die sich nicht in unverständlichen Schachtelsätzen verirrt. Dies ist bei zahlreichen Dissertationen leider keine Selbstverständlichkeit.

Rechtsanwalt Dr. Leonard Karl Kaiser, Fachanwalt für Strafrecht, Saarbrücken