

Veranstaltungen und politische Diskussionen

Arbeitsstrafrecht

Leitender Oberstaatsanwalt Folker Bittmann, Dessau-Roßlau; Rechtsanwalt Dr. Markus Rübenstahl, Köln; Richterin am Amtsgericht Dr. Sohre Tschakert, Lübeck

Stellungnahme zum „Diskussionsentwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Strafbarkeit organisierter Formen von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung“

I. Vorbemerkung

1. Es besteht ein dringendes Bedürfnis, das Beitragsaufkommen der Sozialversicherungssysteme zu sichern. Speziell die illegale Beschäftigung schädigt die Volkswirtschaft in erheblichem Maße, hat Beitragsausfälle zur Sozialversicherung zur Folge und geht damit zu Lasten der Sozialversicherung. Unterschiedliche Formen von Service- und Subunternehmerketten, die oft auch Auslandsbezüge aufweisen, beschäftigen zunehmend die Praxis. Ein Nebeneffekt besteht nicht nur in der Wettbewerbsverzerrung, sondern auch im ökonomisch bedingten Druck auf Mitkonkurrenten, ebenfalls zu kriminellen Mitteln greifen zu müssen.

Ein Mittel zum Zurückdrängen abgabengeminderter Beschäftigung ist sicherlich das Strafrecht. Wie wirksam sein Einsatz jedoch ist, lässt sich angesichts erheblicher Dunkelziffern letztlich nicht wirklich verlässlich beurteilen. Auffällig ist, wie oft Normen des Arbeitsstrafrechts in den etwa 30 Jahren seit Inkrafttreten des 2. Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität und der damit verbundenen Einfügung von § 266a in das StGB verschärft wurden. Arbeitsverwaltung und Sozialversicherung begehren gleichwohl weiter verschärfte Sozial- und Strafgesetze. Dies nährt den Verdacht, dass die fortbestehenden Probleme auf tieferliegenden Ursachen beruhen.

a) Eine dieser Ursachen für ein vermehrtes Bedürfnis, die vielfältigen Erscheinungsformen illegaler Beschäftigung besser erkennen und ahnden zu können, mag die zunehmende Internationalisierung der Wirtschaft sein, welche Freizügigkeit auch für solche Ausländer ermöglicht oder erleichtert, die nicht vorhaben, hier auf rechtstreu Weise ihren Lebensunterhalt zu sichern. Die technische Entwicklung erleichtert zudem das Erstellen falscher oder gefälschter Dokumente. Die Überlegungen sollten aber vielleicht bei diesem Befund nicht enden. In der Praxis zeigt sich nämlich, dass etliche Sozialgesetze kontraintuitiv wahrgenommen werden und zudem die Absicht, auch noch den letzten Beitragscent (z.B. im Bereich kurzfristiger Aushilfen) zu sichern, die Spannungen verschärft (wenn etwa der Anmelde- und Dokumentationsaufwand die in Anspruch genommene Arbeitskraft zeitlich übersteigt).

b) Dass manche Normunterworfenen den Sinn bestimmter, ihnen unbequemer Gesetze nicht zu erkennen vermögen, erklärt jedoch gewiss nicht das Handeln kriminell organisierter Kreise, die die Altersversorgung der Arbeitnehmer gefährden und massive Beitragsschäden anrichten. Allerdings bedarf es zur realistischen Betrachtung der Schadenshöhe auch der mildernden Berücksichtigung der sozialen Leistungen, auf die Inländer ohne ihre illegale Beschäftigung Anspruch hätten. Wohl aber könnte eine Bevölkerung mit ähnlich konfrontativen Erfahrungen im Kontakt mit anderen Verwaltungsbehörden dazu neigen, Verständnis für das Ziel aufzubringen, Abgaben zu ersparen. Eine Rolle dabei könnte zudem spielen, dass sich manch einer legale Aufträge aus wirtschaftlichen Gründen schwerer leisten kann als früher, ist doch das Einkommensniveau des Mittelstands, insbesondere in der jungen Generation, gesunken; müssen sich viele Betriebe auch aufgrund der hohen Abgaben und

der ihnen erteilten Auflagen intensiv bemühen, ihr wirtschaftliches Überleben zu sichern, und verdient mancher Selbständige weniger als seine Mitarbeiter (und das auch noch bei Fehlen einer sozialen Absicherung). Diese Art der Wahrnehmung, die ein gewisses Verständnis für rechtswidriges Handeln fördern könnte, wird noch gesteigert, wenn eine Ausschreibung seitens der öffentlichen Hand von einem unseriösen Anbieter gewonnen wird, der versucht, über mangelhafte Leistungen, Nachträge oder den Einsatz illegal Beschäftigter auf seine Kosten zu kommen. Und gegen den sich Wettbewerber, die allen Anforderungen gerecht werden wollten, als nicht konkurrenzfähig erwiesen. Zu erwägen wäre daher, ob weniger nicht mehr sei, nachlassendes Streben, alles erfassen zu wollen, den Druck mindern und Einsicht in die wie Erfüllen der Notwendigkeit steigern könnte.

2. Dass das Strafrecht *ein* wirksames Mittel gegen Schwarzarbeit ist, entlässt das Arbeits-, Sozial- und/oder Verwaltungsrecht jedoch nicht aus der Verantwortung, bereits im Vorfeld zu versuchen, sozialschädliche Verhaltensweisen mit den je eigenen Instrumentarien einzudämmen. Als positives Beispiel sei die Taxi-Branche erwähnt. In Ermittlungs- und Strafverfahren wurde immer wieder behauptet, ohne Schwarzlohnzahlung keine Arbeitnehmer zu finden. Erwirtschaftet wurden die Schwarzlöhne mittels nicht aufgezeichneter Fahrten und unterbliebenem Erstellen ordnungsgemäßer Belege. Abhilfe schaffen hier (wahrscheinlich) die technisch optimierten Taxometer. Vergleichbares gilt für das Vorschreiben des Einsatzes nicht manipulierbarer und nicht umgehungsfähiger Registrierklassen. Ähnlich spezifizierte Regeln lassen sich vermutlich für die meisten Branchen finden. Sie würden zudem Kontrollen ermöglichen (und zudem erleichtern), die angesichts der Personallage derzeit nicht stattfinden können.

II. Systematik

In rechtssystematischer Hinsicht ist festzustellen, dass der Hybridcharakter des § 266a StGB zu Brüchen und zu Anwendungsschwierigkeiten führt. Die Bestimmungen des § 266a StGB erstrecken sich auf zwei gänzlich unterschiedliche kriminologische Phänomene, verbunden durch das gemeinsame Rechtsgut, die Sicherung des Beitragsaufkommens der Sozialversicherungsträger. § 266a StGB ist einerseits ein Delikt im Vorfeld einer Insolvenz und andererseits auf Schwarzarbeit anwendbar.

1. Typisches Beispiel für ein Insolvenzvorfelddelikt ist § 266a Abs. 1 StGB. Ihm liegt ein Verhalten zugrunde, das nicht originär kriminell ist. Der Arbeitgeber wirtschaftet im Kern legal und hat seine Arbeitnehmer korrekt bei der Einzugsstelle angemeldet. Erst dann, wenn seine finanziellen Mittel nicht mehr ausreichen, um alle seine Verbindlichkeiten zu erfüllen, „erspart“ er sich, meist in der (vergeblichen) Hoffnung auf bessere Zeiten das (rechtzeitige) Abführen der Sozialversicherungsbeiträge. Für diese Fälle ist die Möglichkeit geschaffen, sich gemäß § 266a Abs. 6 StGB Straffreiheit zu verschaffen. Sie ist leider praktisch nicht sinnvoll anwendbar und stellt (weitgehend) totes Recht dar.

Dass § 266a Abs. 1 StGB lediglich Arbeitnehmeranteile erfasst, beruht auf einem historischen Missverständnis: Da das schlichte Nichterfüllen einer Verbindlichkeit nicht strafwürdig ist, behalf man sich mit der fiktiven Vorstellung einer Art treuhänderischen Einbehaltens des eigentlich dem Arbeitnehmer gebührenden Nettolohns, obwohl es der Arbeitgeber war und ist, der die Mittel zunächst selbst erwirtschaften muss, die er an seine Beschäftigten auskehren kann. Bis zum Beseitigen des herausgeschobenen Fälligkeitszeitpunkts auf den 15. des Folgemonats vor etwa 10 Jahren fand die Vorstellung einer Treuhand für die Zwischenzeit von gut zwei Wochen eine argumentative Stütze im Sozialversicherungsrecht. Sie war aber bereits zuvor brüchig geworden, als der Gesetzgeber von der auf das Einbehalten abstellenden Lohnzahlungs- auf die Lohnpflichttheorie umschwenkte. Im Ergebnis ist heute das schlichte Nicht-Zahlen von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung strafbar und wird damit inzident als strafwürdig angesehen. Eine Abschwächung liegt allerdings darin, dass Unmöglichkeit zur Beitragsabführung Strafflosigkeit zur Folge hat (jedenfalls prinzipiell, wenn die Vorsorgepflicht eingehalten und der Vorrang vor anderen schuldrechtlichen Pflichten beachtet wurde). Es lässt sich kontrovers beantworten, ob eine derart begangene Beitragsvorenthaltung kriminelles Unrecht und nicht nur eine Ordnungswidrigkeit darstellen sollte. Zu erwägen wäre jedoch, ob der geringere Grad der Auflehnung gegen das Recht eine Senkung des Strafrahmens für diese Fälle des § 266a Abs. 1 StGB gegenüber den Fällen der Schwarzarbeit bedingt. Nur wenig anderes gilt für die in der Praxis seltenen Fälle des § 266a Abs. 3 StGB.

2. Klassische Schwarzarbeit wird von § 266a Abs. 2 StGB erfasst. Auf diese Konstellation abgestimmt sind auch die besonders schweren Fälle des § 266a Abs. 4 StGB. Sie sind zwar theoretisch auch auf § 266a Abs. 1 StGB als Insolvenzvorfelddelikt anwendbar, praktisch aber nicht, weil dort der Versuch, die eigene wirtschaftliche Bedrängnis in den Griff zu bekommen, in den die Praxis beschäftigenden Fällen nicht mit den von § 266a Abs. 4 StGB benannten Mitteln oder Begleiterscheinungen unternommen wird.

§ 266a Abs. 2 StGB bezieht sich ausschließlich auf die Arbeitgeberanteile. Das ist aus historischen Gründen so geregelt worden: Weil § 266a Abs. 1 StGB nur die Arbeitnehmeranteile erfasst, bezog sich die deswegen und in den Fällen der Nicht-Anmeldung auch von § 263 StGB belassene Strafbarkeitslücke allein auf die Arbeitgeberanteile. Das Schließen dieser Lücke führte zu § 266a Abs. 2 StGB, der als Insolvenzvorfelddelikt nicht einschlägig ist. Dies erschwert die Anwendbarkeit in der Praxis, zumal da die Beitragspflicht nicht mehr hälftig zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern aufgeteilt ist und daher eine beitragsakzessorische Aufteilung auf Abs. 1 und Abs. 2 in den Schätzungsfällen der Schwarzarbeit unmöglich ist. Die Rechtsprechung steht damit vor Herausforderungen, wie sie sich in der Entscheidung BGH, NJW 2011, 3047 f., zeigten: es ist nicht gelungen, für § 266a StGB einheitliche Regeln über die Unmöglichkeit zu finden.

3. Diese systematischen Überlegungen könnten für den Versuch sprechen, eine konsistentere Regelung zur Ahndung von Beitragsvorenthaltung, Schwarzarbeit und Lohnsteuerhinterziehung zu suchen.

III. Ergänzung der Regelbeispiele für besonders schwere Fälle

1. a) Regelbeispiele unterscheiden sich von Tatbeständen durch ihre Indizwirkung. Sie gestatten damit ein flexibles Eingehen auf die Umstände des Einzelfalls. Trotz erfülltem Regelbeispiel kann daher die Strafe dem Normalstrafrahmen entnommen oder umgekehrt, trotz nicht verwirklichtem Regelbeispiel ein besonders schwerer Fall bejaht werden. Diese Gesetzestechnik dient einerseits der Arbeitserleichterung der Justiz und kommt andererseits der Einzelfallgerechtigkeit entgegen.

b) Ein verdeutlichendes Beispiel, welche Gesichtspunkte bereits das geltende Recht zu berücksichtigen erlaubt, zeigt ein Urteil des LG Freiburg (Breisgau) vom 14.03.2014, Aktenzeichen 10 Ns 410 Js 4578/11 - AK 10/13.

Der Angeklagte hatte Eisenflechter als Arbeitnehmer beschäftigt, denen er zum Teil Schwarzlohn gezahlt und diesen gegenüber der Einzugsstelle verschwiegen hatte. Zwecks Verschleierung hatte er sich im Zeitraum von April bis Juli 2011 Abdeckrechnungen über 245.505,83 € verschafft und selbst quittiert.

Zur Strafzumessung führte die Kammer im Wesentlichen aus:

Bei der Strafzumessung wurde für jede Einzeltat vom Strafrahmen des § 266 a Abs. 1 StGB (Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe) ausgegangen. Zwar lagen zahlreiche straferschwerende Umstände vor, die es erforderlich machten zu prüfen, ob ein unbenannter besonders schwerer Fall i. S. d. § 266 a Abs. 4 StGB vorlag. Hier handelte es sich um folgende Umstände:

- Der Angeklagte ist bereits vier Mal einschlägig vorbestraft und stand im Tatzeitraum einschlägig unter Bewährung.
- Er hat zur Verschleierung der Taten gefälschte Quittungen hergestellt und vorgelegt, ohne allerdings das Regelbeispiel des § 266 a Abs. 4 Nr. 2 StGB zu erfüllen, da die gefälschten Belege nicht gegenüber der Einzugsstelle für die Sozialversicherungsbeiträge vorgelegt wurden.
- Er hat gewerbsmäßig gehandelt, denn es ging bei der Konstruktion ersichtlich darum, sich durch höhere Gewinnspannen eine Einkommensquelle von einiger Dauer und einigem Umfang zu eröffnen.
- Er hat einen hohen Gesamtschaden und in den meisten Einzelfällen auch hohe Einzelschäden verursacht, wenn auch in jedem Einzelfall der Grenzwert von 50.000,00 Euro für die Annahme eines Schadens in großem Ausmaß gem. § 266 a Abs. 4 Nr. 1 StGB nicht erreicht wurde (vgl. BGH NStZ 2009, 271; Fischer, StGB, 61. Auflage, § 266a, Rdnr. 27).

Die festgestellten Einzelfälle heben sich aufgrund dieser Vielzahl zu Lasten des Angeklagten sprechender Umstände nach dem Gewicht von Unrecht und Schuld vom Durchschnitt vorkommender Fälle ab.

Die Strafkammer hat dennoch davon abgesehen, jeweils unbenannte besonders schwere Fälle i. S. d. [§ 266 a Abs. 4 StGB](#) zu bejahen. Den belastenden Umständen standen nämlich folgende, zu Gunsten des Angeklagten zu berücksichtigende Strafzumessungskriterien gegenüber:

- Aus Sicht des Angeklagten handelt es sich um eine relativ lange Verfahrensdauer, nachdem er seit der Durchsuchung vom 07.10.2011 von den Ermittlungen im vorliegenden Verfahren wusste.
- Der Angeklagte muss damit rechnen, dass die Vollstreckung der derzeit zur Bewährung ausgesetzten Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und vier Monaten widerrufen wird, was zu einer Verlängerung seines Freiheitsentzuges führen wird. Gleichzeitig ist von einer besonderen Haftempfindlichkeit des Angeklagten als Erstverbüßer und Familienvater auszugehen.
- Zudem ist zu sehen, dass die Arbeitnehmer des Angeklagten immerhin beim Sozialversicherungsträger angemeldet waren und somit vollständig krankenversichert waren und - wenn auch zu geringe - Anwartschaften auf Arbeitslosen- und Rentenleistungen erworben haben.

Insgesamt war die Strafkammer deswegen der Auffassung, dass letztlich trotz des überwiegenden Gewichts der zu Lasten des Angeklagten sprechenden Gesichtspunkte die Anwendung des Ausnahmestrahfrahmens (noch) nicht geboten erschien.

c) Das Beispiel zeigt auf, wie umfassend die bisherigen Regelbeispiele durch ihre Indizwirkung sind und wie die Anwendbarkeit von einer Gesamtschau vieler Faktoren in beide Richtungen abhängt und dass der vom Gesetzgeber gedachte Zweck bereits mit den bisherigen Regelbeispielen dem Grunde nach ausreichend gehandelt werden kann.

2. Unabhängig von den bisherigen eher allgemeinen Erwägungen ist zu konstatieren, dass die Praxis der „Abdeckrechnungen“, welche in den beiden neuen Regelbeispielen des [§ 266a Abs. 4 StGB](#) aufgegriffen werden soll, zweifelsfrei kriminelles Unrecht darstellt. Hier wird „Unrecht als Gewerbe“ (Joecks) betrieben.

a) Indes ist weder erkennbar, dass es ein Bedürfnis für die vorgesehenen neuen Regelbeispiele gibt, noch, dass es von ihnen erfüllt werden könnte: Im Kern sind beide Vorschläge als Unterfälle des bisherigen [§ 266a Abs. 4 S. 2 Nr. 2 StGB](#) formuliert.

b) Das Nachmachen und Verfälschen setzt bei [§ 266a Abs. IV S. 2 Nr. 2 StGB](#) ebenso wie bei [§ 267 StGB](#) eine Täuschung über den Aussteller voraus; die schriftliche Lüge des erkennbaren Ausstellers ist folglich nicht erfasst. Belege im Sinne der Nr. 2 sind Schriftstücke, mit denen sozialrechtlich erhebliche Tatsachen nachgewiesen werden können. Durch den falschen Beleg muss sich ein unrichtiges Bild gerade über die sozialrechtlich erheblichen Tatsachen ergeben. Eine tatsächliche Kenntnisnahme ist nicht erforderlich, so dass es für die Verwendung genügt, wenn der Beleg der zuständigen Einzugsstelle vorgelegt oder sonst wie zugänglich gemacht wird. Fortgesetzt werden Beiträge dann vorenthalten, wenn mehrere selbständige Taten (nach Abs. 1 oder 2) vorliegen, bei denen jeweils nachgemachte oder gefälschte Belege verwendet oder zumindest (erneut) in Bezug genommen werden.

c) Da beide ins Auge gefassten neuen Regelbeispiele von weiteren Voraussetzungen abhängen sollen, gehen sie weniger weit als das allgemein gefasste bereits bestehende Regelbeispiel Nr. 2. Dieses ist deshalb schon jetzt in der Lage, für sämtliche Fälle der Novelle einen besonders schweren Fall der Beitragsvorenthaltung zu begründen.

d) Anderes mag im Hinblick auf die Tathandlung gelten. Das bisherige Recht stellt auf die „Verwendung“ ab, während [§ 266a Abs. 4 S. 2 Nr. 3 StGB-E](#) mit der Maßgeblichkeit des „sich Verschaffens“ eine Vorverlagerung vorsieht. Wenn es denn dafür ein Bedürfnis geben sollte, obwohl in einer derartigen Konstellation bereits jetzt ein unbenannter besonders schwerer Fall angenommen werden kann und in aller Regel mehrere Taten (verschiedene Kassen; mehrere Beitragsmonate) zur Aburteilung stehen, so dass im Wege der Gesamtstrafenbildung schon auf der Basis der bestehenden Gesetze dem Unrecht angemessene Strafen festgesetzt werden können, dann wäre es um ein Vielfaches einfacher, lediglich den bisheri-

gen § 266a Abs. 4 S. 2 Nr. 2 StGB dahingehend zu verändern, dass das „sich Verschaffen“ an die Stelle des „Verwendens“ träte.

3. a) Auch die Differenzierung zwischen § 266a Abs. 4 S. 2 Nrn. 3 und 4 StGB-E überzeugt nicht. Täterschaftlich wird das in Nr. 4 beschriebene Verhalten vollständig nicht nur bereits vom bisherigen Regelbeispiel § 266a Abs. 4 S. 2 Nr. 2 StGB erfasst, sondern auch von der neuen Vorschrift des § 266a Abs. 4 S. 2 Nr. 3 StGB-E. Zudem ist zweifelhaft, ob sich die Entscheidung BGH 4 StR 612/06, die sich mit Gegenständen der Tat befasste, auf Vorgänge des Erwerbs von Tatmitteln übertragen lässt, weil bei diesen der Erwerbsvorgang nicht vom Antagonismus Veräußerer – Erwerber gekennzeichnet ist, sondern das gemeinsame Interesse beider am späteren gewinnträchtigen Einsatz des Mittels, der Abdeckrechnung, im Vordergrund steht, eine Konstellation vergleichbar der Entlohnung eines Helfers.

b) aa) Selbständige Bedeutung könnte die neue Nr. 4 nur dann erhalten, wenn sich dieses Regelbeispiel, wie in der Begründung (S. 3, Mitte des vorletzten Absatzes) ausgeführt, auch auf diejenigen erstreckte, der bandenmäßig falsche Belege erstellt. Dies ist jedoch täterschaftlich nicht möglich, weil der Ersteller der Abdeckrechnungen nicht Arbeitgeber derjenigen Beschäftigten ist, deren Beiträge nicht abgeführt wurden. Damit scheidet er insoweit (anders ggf. im Hinblick auf hinterzogene Beiträge der von ihm eingestellten Arbeitnehmer) als tauglicher Täter i.S. von § 266a StGB von vorn herein aus.

bb) In Betracht kommt er jedoch als Helfer. Nach dem neuen Regelbeispiel wäre es deshalb denkbar, ihn unter Anwendung von § 266a Abs. 4 S. 2 Nr. 4 StGB-E wegen Beihilfe zur Beitragsvorenthaltung in einem besonders schweren Fall zu verurteilen. Eine Änderung ergäbe sich jedoch nur insoweit, als eine solche Verurteilung heute auf Nr. 2 gestützt oder als unbenannter schwerer Fall angesehen werden müsste – aber auch könnte.

4. Im Ergebnis könnte sich die geplante Neuregelung, sicher zur Überraschung ihrer Befürworter, als Privilegierung gegenüber dem bisherigen Recht erweisen: da die gravierenderen Regelbeispiele des § 266a Abs. 4 S. 2 Nrn. 3 und 4 StGB-E denselben Strafraum aufweisen wie das ein geringeres Unrecht darstellende Beispiel in Nr. 2, liegt die Schlussfolgerung auf der Hand, dass in Fällen, in denen diese Nr. 2 einschlägig ist, nur eine geringere Strafe als bei Vorliegen der neuen Regelbeispiele festgesetzt werden darf. Dies hätte für die forensische Praxis zudem zur Folge, dass im Falle des Erstrebens einer höheren Strafe immer auch die Voraussetzungen der neuen Regelbeispiele thematisiert werden müssten. Eine deutliche Ausweitung der Beweisaufnahme wäre die unausweichliche Folge (man denke nur an die in der Begründung, S. 3, 1. Absatz, erwähnten Nach- und Subunternehmerketten).

IV. Fazit

Demnach fällt das Fazit ebenso schlicht wie eindeutig aus: Würde der Entwurf Gesetz, so wäre dies im Sinne seiner angestrebten Ziele kontraproduktiv.