

Arbeitsstrafrecht

LOStA a.D. Rechtsanwalt Folker Bittmann, Köln

§ 266a StGB: eine hybride Vorschrift

I. Prolog

Mit Strafvorschriften verfolgt der Gesetzgeber bestimmte Zwecke. Er kann z.B. ein bestimmtes Rechtsgut mit einer Strafnorm schützen, zumindest kann er es versuchen. Es ist allerdings keineswegs so, dass ein Rechtsgut nur von einer Strafbestimmung geschützt werden könnte. Es sind vielmehr verschiedene weitere Kombinationen möglich:

- ein Rechtsgut, mehrere Strafbestimmungen,
- verschiedene Rechtsgüter, eine Strafbestimmung, und
- verschiedene Rechtsgüter, mehrere Strafbestimmungen.
- Anstatt als Straftat könnte der Schutz auch als Ordnungswidrigkeit gewährt werden.

Ein Rechtsgut ist keineswegs zwingend nur einer einzigen Gefahr ausgesetzt. Kann es in verschiedenen Situationen unterschiedlich bedroht sein, so steht der Gesetzgeber vor der Wahl, ob er den Versuch unternimmt, dieses bestimmte Rechtsgut gegen diverse Einflüsse innerhalb einer einzigen Bestimmung zu schützen, oder ob er dafür mehrere Strafnormen vorsieht. Da es insoweit keinerlei verfassungsrechtliche Vorgaben gibt, liegt die Wahl sowohl der Mittel als auch des Weges im Ermessen des Gesetzgebers.

II. § 266a StGB

1. Varianten des geltenden Rechts

Voraussetzung für die Ausübung des Gestaltungswahlrechts ist allerdings, dass dem Gesetzgeber die Unterschiedlichkeit der Gefährdungen bewusst ist. Betrachtet man § 266a StGB, so stößt man in den verschiedenen Absätzen auf unterschiedliche Bedrohungsszenarien, die mit unterschiedlichen Mitteln strafbewehrt sind:

- § 266a Abs. 1 StGB schützt allein die Arbeitnehmeranteile, diese aber bereits gegen bloßes Vorenthalten, verstanden als schlichte Nichtzahlung.
- § 266a Abs. 2 StGB hat ausschließlich die Arbeitgeberanteile im Blick, beschränkt die Strafdrohung jedoch auf die beiden Varianten einer Täuschung der Einzugsstelle oder das ihr gegenüber pflichtwidrige Unterlassen der Mitteilung sozialversicherungsrechtlich erheblicher Tatsachen.
- § 266a Abs. 3 StGB befasst sich mit sonstigen Teilen des Arbeitsentgelts, pönalisiert deren Vorenthaltung allerdings nur im Fall der Verheimlichung gegenüber dem Arbeitnehmer.
- § 266a Abs. 5 StGB stellt Auftraggeber eines Heimarbeiters, Hausgewerbetreibende, Personen, die i.S.d. Heimarbeitergesetzes einem solchen gleichgestellt sind, und Zwischenmeister einem Arbeitgeber gleich.
- § 266a Abs. 4 StGB normiert für alle Varianten verschiedene besonders schwere Fälle.

Nimmt man die Sondersituation des § 266a Abs. 3 StGB aus, so orientiert sich die Vorschrift an den Kriterien: Gefährder des Beitragsaufkommens zur Gesamtsozialversicherung einerseits, und Abstufung zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberanteilen andererseits. Eine Differenzierung nach unterschiedlichen Gefährdungssituationen ist der Vorschrift als solcher dagegen nicht zu entnehmen. Sie gilt demzufolge nach absolut herrschender Auffassung allgemein für Minderungen des Beitragsaufkommens und zwar unabhängig von den dafür maßgeblichen Umständen und Gründen.

2. Zwei unterschiedliche Anwendungsbereiche

Betrachtet man die Ermittlungspraxis und die veröffentlichten Entscheidungen, so stellt sich sehr schnell heraus, dass § 266a StGB auf (zumindest) zwei gänzlich unterschiedliche kriminogene Situationen Anwendung findet:

- Historischer Ausgangspunkt und noch immer der „klassische“ Anwendungsbereich ist das Schuldigbleiben der Arbeitnehmeranteile in der wirtschaftlichen Krise des Arbeitgebers (oder eines gleichgestellten sozialversicherungsrechtlichen Schuldners). Schutzgegenstand des § 266a Abs. 1, ggf. i.V.m. Abs. 5 StGB sind allein die Arbeitnehmeranteile. Es handelt sich insoweit um ein typisches *Insolvenzvorfelddelikt*.
- Darauf ist die Anwendbarkeit des § 266a Abs. 1, ggf. i.V.m. Abs. 5 StGB aber nicht beschränkt. Sie erstreckt sich vielmehr auch auf die Fälle der *Schwarzarbeit*, in denen ein Arbeitgeber seine Beschäftigten entweder überhaupt nicht zur Sozialversicherung anmeldet, oder nur einen Teil davon. Liegt ein Fall der Schwarzarbeit vor, so sind jedoch nicht nur die Arbeitnehmer-, sondern auch die Arbeitgeberanteile geschützt, § 266a Abs. 2, ggf. i.V.m. Abs. 5 StGB.
- Die in § 266a Abs. 4 StGB aufgeführten Regelbeispiele für besonders schwere Fälle sind allgemein formuliert, haben aber durchweg nur die Schwarzarbeit im Blick. Es ist zwar auch möglich, bei Begehung des § 266a Abs. 1 StGB als Insolvenzvorfelddelikt Regelbeispiele zu verwirklichen, etwa § 266a Abs. 4 S. 2 Nr. 1 oder Nr. 5 StGB. Dabei handelt es sich jedoch eher um theoretische Überlegungen. Jedenfalls spielt keines der Regelbeispiele in den Fällen des § 266a Abs. 1 StGB als Insolvenzvorfelddelikt eine praktische Rolle.

Das ist auch nicht verwunderlich, weil die Ursachen für das Schuldigbleiben von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen (oder Teilen davon) beim Insolvenzvorfelddelikt keine Überschneidungen mit den Gründen für schwarzarbeitsbedingte Hinterziehung von Sozialversicherungsbeiträgen aufweisen.

3. Insolvenzvorfelddelikt

Beim Insolvenzvorfelddelikt hat der Arbeitgeber seine Informationspflichten gegenüber der Einzugsstelle vollständig erfüllt. Er bleibt Beitragsanteile nur dann schuldig, wenn er nicht mehr über ausreichend Mittel verfügt, um alle seine Verbindlichkeiten erfüllen zu können.

Das Begehen des Insolvenzvorfelddelikts gemäß § 266a Abs. 1 StGB ist folglich nicht intendiert, sondern der krisenhaften wirtschaftlichen Entwicklung geschuldet.

a) Unterlassungsdelikt

§ 266a Abs. 1 StGB ist ein Unterlassungsdelikt. Eine Unterlassung führt nur dann zur Strafbarkeit, wenn die geschuldete, aber unterbliebene Handlung dem Pflichtigen sowohl möglich als auch zumutbar war. Demzufolge scheidet eine Strafbarkeit gemäß § 266a Abs. 1 StGB dann aus, wenn der Arbeitgeber überhaupt nicht in der Lage war, die geschuldeten Arbeitnehmeranteile zur Gesamtsozialversicherung am Fälligkeitstag zu begleichen, weil er nicht mehr über die finanziellen Mittel dazu verfügte und sie sich auch nicht durch geeignete Vorsorgemaßnahmen hätte zurücklegen können.

Nach herrschender, wenngleich durchaus umstrittener Auffassung ist Unmöglichkeit allerdings nicht bereits dann anzunehmen, wenn dem Arbeitgeber nicht mehr so viele finanzielle Mittel zur Verfügung stehen, dass er sämtliche seiner Gläubiger vollständig befriedigen kann, reicht es zudem auch nicht aus, dass er zahlungsunfähig i.S.v. § 17 Abs. 2 InsO (= Deckungslücke von 10 %) ist, sondern ist nur dann zu bejahen, wenn er über keinerlei Mittel mehr verfügt oder nur über so wenige, dass er die fälligen Arbeitnehmeranteile schon rein faktisch nicht (vollständig) begleichen kann. Die Rechtsprechung bejaht damit den Vorrang der Pflicht zur Tilgung der fälligen Arbeitnehmeranteile vor der Pflicht zur Erfüllung sonstiger Verbindlichkeiten (es sei denn, sie stehen den Arbeitnehmeranteilen gleich, wie es sich in Bezug auf die Gelder verhält, die zur Erfüllung der Buchführungs- und Bilanzierungspflichten aufgewendet werden müssen).

aa) Einhegen betriebswirtschaftlich gegenteiliger Impulse

Damit trägt die Rechtsprechung den gegenteiligen wirtschaftlichen Anreizen im Interesse des geschützten Rechtsguts Rechnung, dem Beitragsaufkommen zur Gesamtsozialversicherung. Der Kaufmann oder sonstige Arbeitgeber trachtet bei aufkommenden Krisenanzeichen vorrangig danach, seine noch vorhandenen finanziellen Mittel in erster Linie zur Befriedigung solcher Gläubiger zu verwenden, von denen der Fortbestand seiner wirtschaftlichen Tätigkeit bzw. seines Betriebes abhängt. Darunter fallen Zulieferer ebenso wie Stromlieferanten und Internet-Provider. In der betriebswirtschaftlichen Betrachtung sind demgegenüber Pflichten zur Zahlung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen schlichtweg unproduktive Kosten. Sie müssen nur deshalb beglichen werden, weil es gesetzlich vorgeschrieben ist, sind aber rein ökonomisch nicht konstitutiv für das Aufrechterhalten der unternehmerischen oder sonstigen selbstständigen Tätigkeit.

Angesichts dessen besteht der erste betriebswirtschaftliche Impuls in einer Krise darin, die Begleichung dieser unproduktiven Kosten zurückzustellen oder ganz zu vermeiden. Um diesem intuitiven Streben Einhalt zu gebieten, hat der Gesetzgeber (durchaus unterschiedliche) Vorschriften zum Schutz sowohl des Steueraufkommens als auch der Arbeitnehmeranteile der Beiträge zur Gesamtsozialversicherung geschaffen. § 266a Abs. 1 StGB würde seinem Rechtsgut zwar auch ohne den ihm beigelegten absoluten Vorrang der Arbeitnehmeranteile vor anderen finanziellen Verpflichtungen des Arbeitgebers dienen, allerdings in einem weniger ausgeprägten Maße.

bb) Rangfolge von Verbindlichkeiten

Die Strafbestimmung des § 266a Abs. 1 StGB erinnert in gewisser Weise an den Zweck des § 283c StGB, Gläubigerbegünstigung, ohne dass allerdings beide Vorschriften parallel strukturiert wären. Die Übereinstimmung besteht darin, dass beide Strafnormen nicht etwa die Minderung des Schuldnervermögens oder der Insolvenzmasse im Blick haben, sondern sich mit der Rangfolge der Verbindlichkeiten des Schuldners befassen. § 283c StGB dient seiner Intention nach dem insolvenzrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz: *par conditio creditorum*. Seine Reichweite ist allerdings sehr begrenzt. Der Zweck des § 266a Abs. 1 StGB besteht zuvörderst in der Verhinderung des Effekts, aus ökonomischen Gründen die Begleichung der Arbeitnehmeranteile zur Gesamtsozialversicherung hinter die Befriedigung der (aus betriebswirtschaftlicher Sicht: produktiven) Verbindlichkeiten zurückzustellen. Im Ge-

gensatz zur Gläubigerbegünstigung reicht der Schutz hier sehr weit und dokumentiert sich in der bereits angeführten Vorrang-Rechtsprechung.

b) Kriminologische Klassifizierung

Der typische Täter der Beitragsvorenthaltung gemäß § 266a Abs. 1 StGB ist also der legal agierende Arbeitgeber, der in der Krise – seiner kaufmännischen Intuition entsprechend – die Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung schuldig bleibt. Er handelt demgemäß grundsätzlich sozialverträglich, verfügt auch über ökonomisch intakte Impulse, und hat lediglich den juristischen Restriktionen in der Krise nicht ausreichend Rechnung getragen. Er handelte damit rechtswidrig, aber nicht böswillig.

4. Die Schwarzarbeit

a) Keinerlei Anmeldung

Der Tätertyp bei der Schwarzarbeit ist ein völlig anderer. Das wird insbesondere in den Fällen deutlich, in denen ein Arbeitgeber insgesamt davon absieht, seinen Betrieb anzumelden und die Einzugsstellen über seine Beschäftigten zu informieren. Für einen solchen Arbeitgeber steht nicht das legale Wirtschaften im Vordergrund, sondern das Streben nach dem „schnellen Geld“. Im Extremfall handelt es sich um organisierte Banden, die Arbeitslose, gern auch aus armen Ländern, unter wucherischen Bedingungen beschäftigen und die Zeitläufe der deutschen Bürokratie dadurch unterlaufen, dass sie unter permanent wechselnder Firmierung auftreten und nach manchmal zwei, spätestens nach vier Monaten zudem ihren Standort verlagern. Es handelt sich um „Schattenwirtschaft“, die u.a. auf das Hinterziehen von Steuern und Beiträgen zur Gesamtsozialversicherung geradezu angelegt sind. Derartige Täter streben von vornherein keine legale Gestaltung ihrer Arbeitgeber Tätigkeit an und halten sich an die ein oder andere gesetzliche Bestimmung bestenfalls aus taktischen Gründen, um möglichst nicht gleich aufzufallen und ins Visier der hiesigen Behörden erst dann zu geraten, wenn sie längst „über alle Berge“ sind.

b) Kriminologische Klassifizierung

Während beim Insolvenzvorfelddelikt der Rechtsverstoß die unwillkommene Ausnahme ist, ist es auf dem Gebiet der Schwarzarbeit gerade umgekehrt: Insoweit ist es gerade die Gesetzeskonformität, welche die unwillkommene Ausnahme darstellt.

c) Mischformen

Anders als es nach dieser Typisierung aussehen mag, gibt es selbstverständlich auch bei der Schwarzarbeit Abstufungen. Nicht jeder Schwarzarbeitgeber versucht gänzlich jenseits der Aufmerksamkeit der Behörden „zu segeln“. Es gibt durchaus Mischformen, in denen Arbeitgeber einen Teil ihrer Beschäftigten anmelden und nur die übrigen verschweigen. Die Motive dafür sind durchaus vielfältig. Sie können wie bei kompletter Schwarzarbeit in der Gier liegen, durchaus aber auch krisenbedingt sein: Wenn Kostensenkungen notwendig werden, ist dies schließlich nicht allein dadurch möglich, dass Beiträge deklarierter Arbeitnehmer offenbleiben, sondern auch mittels Beschäftigung des ein oder anderen Schwarzarbeiters.

5. Trennlinie

Gleichwohl: Es ist ein wesentlicher Unterschied, ob ein Arbeitgeber in der Krise zumindest noch seinen Meldepflichten nachkommt oder jedenfalls keine Schwarzarbeitnehmer beschäftigt, also transparent agiert, oder ob er seine wirtschaftlichen Schwierigkeiten zu verbergen und sich mittels Tricksens „über die Runden zu retten“ trachtet. Ersterenfalls bleibt der Wille zur Legalität erkennbar, während der Arbeitgeber letzterenfalls den Weg in die Illegalität bewusst beschreitet. Der kategoriale Unterschied zum Insolvenzvorfelddelikt bleibt demnach trotz der Abstufungen innerhalb der Schwarzarbeit bestehen. Ihnen kann und muss im Rahmen der Strafzumessung ausreichend Rechnung getragen werden – und wird es von der Rechtsprechung selbstverständlich auch.

III. Konsequenzen

1. Schwarzarbeit

Sämtliche strafrechtlichen Verschärfungen der letzten zumindest 20 Jahre wurzeln in der Schwarzarbeit. Das zeigt sich insbesondere an den besonders schweren Fällen des § 266a Abs. 4 StGB: Zwar können die Arbeitnehmeranteile auch bei einem Insolvenzvorfelddelikt ein großes Ausmaß annehmen, ohne dass dabei allerdings die zusätzliche Voraussetzung des „groben Eigennutzes“ tatsächlich einmal hinzutreten dürfte. Unzutreffende Belege sind gerade das Kennzeichen für Schwarzarbeit, gleiches gilt für die Verschleierung, erst recht für bandenmäßiges Handeln. Ein pflichtvergessener Amtsträger müsste schon altruistisch handeln, um einem Arbeitgeber, der „klamm“ ist, zu helfen. Viel lukrativer ist es für ihn, an den Gewinnen der Schwarzarbeitgeber zu partizipieren.

Ob die vorhandenen materiellrechtlichen und strafprozessualen Instrumente der realen Schwarzarbeitgeberszene ausreichend Rechnung tragen, ist nicht Gegenstand der vorliegenden Überlegungen. Eine seriöse Beurteilung dürfte sozialwissenschaftliche Erhebungen voraussetzen. Die von Strafverfolgungsbehörden und auch in der Öffentlichkeit, insbesondere von Politikern weiterhin beklagten Missstände beziehen sich jedoch durchweg, wenn nicht sogar ausschließlich auf den Schwarzarbeitssektor. Davon, dass die Beitragshinterziehung als Insolvenzvorfelddelikt nicht ausreichend zielführend wäre, ist allerdings keine Rede – und kann es auch nicht sein, weil es für eine derartige Annahme keine tatsächlichen Gründe gibt.

2. Insolvenzvorfelddelikt

Im Gegenteil: Den schwarzarbeitsbedingten Strafschärfungen stehen Änderungen der sozialrechtlichen Bestimmungen gegenüber, welche die Legitimität des § 266a Abs. 1 StGB als Insolvenzvorfelddelikt sehr deutlich in Frage stellen:

Die Rechtsprechung zur Vorsorgepflicht knüpfte ursprünglich an dem Umstand an, dass die Sozialversicherungsbeiträge erst zur Mitte des Folgemonats und damit erst später als der an die Beschäftigten auszubezahlende Lohn fällig wurden. Die Vorsorgepflicht hatte folglich zum Ziel, den Nachteil der Sozialversicherungsträger aufgrund der späteren Fälligkeit nicht noch dadurch zu verstärken, dass sie folgenlos das Risiko nachträglich eingetretener Zahlungsschwierigkeiten tragen müssten. Mittlerweile verhält es sich sozialrechtlich ganz anders, manchmal gar umgekehrt: Die Beiträge zur Sozialversicherung sind am drittletzten Banktag des laufenden Monats abzuführen. Je nach Gestaltung des Arbeitsvertrages können Sie demnach sogar vor dem auszubezahlenden Lohn fällig werden.

Inzwischen sind auch weitere Restriktionen gefallen: Gemäß der ursprünglichen sog. Lohnzahlungstheorie setzte die Strafbarkeit wegen Beitragsvorenthaltung das Ausbezahlen des Lohns an die Beschäftigten voraus. Erhielten die Beschäftigten kein Geld, so war es also nicht strafbar, wenn der Arbeitgeber auch die Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung schuldig blieb. Dies ist spätestens mit der gesetzlichen Normierung der sog. Lohnpflichttheorie im Jahr 2004 Rechtsgeschichte. Die mangelnde Abführung der Arbeitnehmeranteile ist nunmehr unabhängig davon strafbar, ob die Arbeitnehmer ihren Lohn erhielten oder nicht.

Abgeschafft ist überdies die Dispositionsfreiheit von Arbeitgeber und Arbeitnehmer über die Höhe des Lohns. Damit ist es für die Strafbarkeit gemäß § 266a Abs. 1 StGB irrelevant geworden, ob der Arbeitnehmer seinen Lohn (ganz oder teilweise) gestundet hat oder nicht. Selbst kollektiver Lohnverzicht zur Sicherung der Existenz des Arbeitgebers mindert die Beitragspflicht nicht zwingend: Sie richtet sich weiterhin nach den Tariflöhnen, bei Einschlägigkeit des Mindestlohngesetzes nach dessen Höhe. Flexibilität der Arbeitnehmer schlägt demgemäß nicht auf die Höhe der Beitragspflicht durch: Sie bleibt gleich, selbst wenn der Beschäftigte nicht den vollen Lohn erhält.

Im Ergebnis ist aufgrund der sozialrechtlichen Veränderungen aus dem untreuähnlichen Delikt des § 266a Abs. 1 StGB eine Vorschrift geworden, die schlicht das Nichterfüllen einer schuldrechtlichen Pflicht unter Strafe stellt. Die Bestimmung ist damit zu einem Unikum im

deutschen Strafrecht geworden. Sie durchbricht damit als einzige den Grundsatz, dass Geldmangel für sich nicht strafbar ist.

3. Aufspaltung an der Trennlinie zwischen Insolvenzvorfeld- und Schwarzarbeitsdelikt

Dieser Befund ist allerdings nicht gleichzusetzen mit dem Konstatieren der Überflüssigkeit von Schutzvorkehrungen. Es bleibt ein durchaus legitimes Anliegen der Rechtsgemeinschaft, das Beitragsaufkommen zur Gesamtsozialversicherung möglichst auch bei krisenhaften Entwicklungen des Arbeitgebers zu sichern. Es gibt inzwischen allerdings keinen wirklich überzeugenden Grund mehr dafür, dies mit Mitteln des Strafrechts sichern zu wollen.

a) Sozialrecht

Die Notwendigkeit einer Entkriminalisierung zeigt sich umso deutlicher, weil und wie es möglich ist, das Ziel der Beitragssicherung auch auf anderem Wege zu gewährleisten – und zwar ohne Einbußen an Effektivität. Wenn ein Arbeitgeber nicht mehr über die Mittel verfügt, die Sozialversicherungsbeiträge zu begleichen, so kann er bereits heute nicht dafür belangt werden: Unmögliches kann von ihm nicht verlangt werden. Die finanziellen Interessen der Sozialversicherungsträger können also nur dort geschützt werden, wo entweder der Arbeitgeber selbst oder das für ihn handelnde Organ noch über ausreichende finanzielle Mittel verfügen. Dies kann im Wege der Mithaftung sozialrechtlich genauso sichergestellt werden, wie es steuerrechtlich der Fall ist.

b) Ordnungswidrigkeit

Soweit der Gesetzgeber der Auffassung ist, trotzdem auch auf repressive Mittel nicht verzichten zu können, bietet das Ordnungswidrigkeitenrecht eine Palette an phantasievoll nutzbaren Möglichkeiten. Bebußen ließen sich z.B., nicht rechtzeitige Mitteilungen an die Einzugsstelle, das vorrangige Bedienen anderer Verbindlichkeiten oder das Unterlassen möglicher Vorsorgemaßnahmen trotz ersichtlicher Gefahren für das Abführen der Arbeitnehmeranteile, denen jeweils Arbeitgeberanteile gleichgestellt werden könnten. Für die beiden zuletzt genannten Varianten ließe sich sogar die Möglichkeit zur Einziehung (des Werts) von Taterträgen erhalten, obwohl die Strafbarkeit der schlichten Beitragsvorenthaltung entfielen. Umgekehrt ließe sich aufgrund des Opportunitätsprinzips unverschuldeten Krisen flexibel Rechnung tragen und ggf. über § 47 OWiG auf Sanktionen verzichten.

c) § 266a StGB - neu

Die erforderlichen Änderungen in § 266a StGB ergäben sich aus der Konzentration auf das Schwarzarbeitsdelikt quasi von allein: Erhaltenbleiben würden lediglich die jetzigen Abs. 2 und 4, wobei Abs. 2 auf die Arbeitnehmeranteile erstreckt würde. Für die Rechtspraxis zeitigte das zudem den Vorteil, dass die lästige (und manchmal durchaus aufwändige) Aufteilung der Beitragsrückstände auf Arbeitnehmer- und Arbeitgeberanteile entfielen: Es könnte schlicht auf die rückständigen Gesamtsozialversicherungsbeiträge abgestellt werden.