

IRRUM ÜBER DIE ARBEITGEBEREIGENSCHAFT

Strafrechtlicher Vorsatz in sozialrechtlich schwierigen oder sonst komplexen Strukturen

von RA Prof. Dr. Carsten Wegner, Berlin

| Ein vorsätzliches Handeln ist bei pflichtwidrig unterlassenem Abführen von Sozialversicherungsbeiträgen nur dann anzunehmen, wenn der Täter auch die außerstrafrechtlichen Wertungen des Arbeits- und Sozialversicherungsrechts – zumindest als Parallelwertung in der Laiensphäre – nachvollzogen hat, er also seine Stellung als Arbeitgeber und die daraus resultierende sozialversicherungsrechtliche Abführungspflicht zumindest für möglich gehalten und deren Verletzung billigend in Kauf genommen hat. |

Sachverhalt

Der Angeklagte (A) vermittelte in den Jahren 2008 bis 2014 über ein Einzelunternehmen osteuropäische Pflegekräfte in Privathaushalte in Deutschland. Die meist ungelerten Pflegekräfte warb er in deren Heimatländern an, sorgte für ihre Reise nach Deutschland, brachte sie zu den Familien, gab diesen praktische Tipps für die Beschäftigung, sicherte den Familien zu, im Bedarfsfall für eine Ersatzkraft zu sorgen, und gewährleistete eine Absicherung für die Inanspruchnahme ärztlicher Leistungen durch die Pflegekräfte. Hierfür erhob A bei der jeweiligen Familie eine einmalige Vermittlungsgebühr sowie monatliche Kostenpauschale. Von der Monatspauschale sollten jeweils 30 EUR für eine Krankenversicherung verwendet werden; sofern anderweitig Versicherungsschutz bestand, reduzierte sich die Pauschale um diesen Betrag. Nach Ablauf des vereinbarten Pflegezeitraums (10–12 Wochen) organisierte A Ersatz. Während der Arbeitseinsätze der Pflegekräfte hatte A keinen Kontakt zu diesen, insbesondere kontrollierte er deren Tätigkeit nicht. Ein schriftlicher Arbeitsvertrag wurde in keinem der Fälle geschlossen.

Nach den Feststellungen des Landgerichts soll es dem A mit seinem Geschäftsmodell darauf angekommen sein, den Familien (mit einer pflegebedürftigen Person) zu ermöglichen, die vermittelten Pflegekräfte ohne Anmeldung zur Sozialversicherung und Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen zu beschäftigen. Ihm sei auch nicht an einer Anmeldung gelegen, weil er die Vereinnahmung seiner Monatspauschale gefährdet sah und er seinen wettbewerblichen Vorteil gegenüber den Konkurrenten gerade darin erkannte, dass die Gesamtkosten für die Kunden besonders niedrig waren.

Entscheidungsgründe

Der BGH hob eine Verurteilung des A wegen Beihilfe zum Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen (§§ 266a, 27 StGB) in einigen Fällen auf (BGH 24.9.19, 1 StR 346/18, Abruf-Nr. 212015). Denn in den Urteilsgründen war jeweils die subjektive Tatseite der möglichen Haupttäter (pflegebedürftige Person oder deren Familienangehörige) nicht rechtsfehlerfrei begründet worden, sodass der Schuldspruch gegen A insoweit keinen Bestand haben kann (keine Beihilfe ohne Haupttat).

ENTSCHEIDUNG
BGHIHR PLUS IM NETZ
pstr.iww.de
Abruf-Nr. 212015

MERKE | Bei allen Varianten des § 266a StGB ist Vorsatz erforderlich. Bedingt vorsätzliches Handeln setzt voraus, dass der Täter den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges als möglich und nicht ganz fernliegend erkennt (Wissenselement) sowie dass er ihn billigt oder sich um des erstrebten Zieles willen zumindest mit der Tatbestandsverwirklichung abfindet (Willenselement).

In den Streitfällen zu § 266a StGB – sei es auf Baustellen, sei es aber auch wie hier in heimischen Pflegesituationen – kommt es hinsichtlich der eine Strafbarkeit begründenden Arbeitgebereneigenschaft und der daraus folgenden Abführungspflicht für das Vorliegen von bedingtem Vorsatz entscheidend auf Folgendes an: Der Arbeitgeber muss erkannt und billigend in Kauf genommen haben, dass aufgrund der Umstände des Einzelfalls möglicherweise von einer abhängigen Beschäftigung auszugehen ist und daraus ggf. für ihn eine Abführungspflicht folgt. Er muss in einer zumindest laienhaften Bewertung erkannt haben, dass er selbst möglicherweise Arbeitgeber ist, dass eine Abführungspflicht existieren und er durch die fehlende Anmeldung oder unvollständige oder unrichtige Angaben die Heranziehung zum Abführen von Sozialabgaben ganz oder teilweise vermeiden könnte.

MERKE | Eine bloße Erkennbarkeit reicht für die Annahme von Vorsatz nicht aus. Denn darin würde nur ein Fahrlässigkeitsvorwurf gründen können. Anders als im Zusammenspiel der §§ 370, 378 AO erfasste § 266a StGB bis Mitte 2019 nur vorsätzliche Fehlverhaltensweisen, weshalb gerade die Abgrenzung von Leichtfertigkeit und bedingtem Vorsatz sehr praxisrelevant werden kann. § 8 Abs. 3 SchwarzArbG (2019) erfasst nun leichtfertige Verstöße als Ordnungswidrigkeit, ist so aber nicht auf Altfälle anwendbar.

Relevanz für die Praxis

Diese Entscheidung gibt einen Ausblick auf schwierige Situationen in einer immer älter werdenden Gesellschaft, bei gleichzeitiger Ausweitung doppelter Erwerbstätigkeiten der Kinder der Pflegebedürftigen, weshalb die Betreuung oft ausgelagert wird. Wie kann also private Pflege von Angehörigen organisiert werden? Welche Fallstricke – oder gar strafrechtlichen Risiken – drohen?

Da der BGH nur für die sanktionsrechtliche Bewertung zuständig ist und von ihm insoweit – berechtigterweise – keine Lösungen zu erwarten sind, bleiben mit einem kühlen Blick auf die strafrechtliche Dogmatik aus der vorliegenden Entscheidung folgende Punkte festzuhalten:

Nach der bisherigen BGH-Rechtsprechung musste sich der Vorsatz mit Blick auf die Eigenschaft als Arbeitgeber und -nehmer sowie die daraus resultierenden sozialversicherungsrechtlichen Pflichten nur auf die hierfür maßgeblichen tatsächlichen Umstände beziehen, während es keiner zutreffenden rechtlichen Einordnung und damit auch keines Fürmöglichhaltens und keiner Billigung einer möglichen Verletzung der etwa in eigener Person bestehenden Verpflichtung, Beiträge abzuführen, bedurfte. Lag dieses Kenntnis der tatsächlichen Verhältnisse vor, unterlag der Täter, wenn er glaubte, nicht Arbeitgeber zu sein oder für die Abführung der Beiträge nicht Sorge tragen zu müssen, nach bisheriger Rechtsprechung keinem vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum, sondern (allenfalls) einem i. d. R. vermeidbaren – Verbotsirrtum (BGH 4.9.13, 1 StR 94/13).

Es muss Vorsatz vorliegen

Bloße Erkennbarkeit reicht nicht, um Vorsatz anzunehmen

Kenntnis der tatsächlichen Verhältnisse erforderlich

Hieran hält der 1. Strafsenat des BGH nicht fest (24.1.18, 1 StR 331/17): Ein vorsätzliches Handeln soll nur anzunehmen sein, wenn der Täter über die Kenntnis der insoweit maßgeblichen tatsächlichen Umstände hinaus auch die außerstrafrechtlichen Wertungen des Arbeits- und Sozialversicherungsrechts – zumindest als Parallelwertung in der Laiensphäre – nachvollzogen hat. Der Täter muss danach seine Stellung als Arbeitgeber und die daraus resultierende sozialversicherungsrechtliche Abführungspflicht zumindest für möglich gehalten und deren Verletzung billigend in Kauf genommen haben. Demgemäß ist eine Fehlvorstellung über die Arbeitgeberbereiensechaft in § 266a StGB und die daraus folgende Abführungspflicht als Tatbestandsirrtum i. S. v. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB einzuordnen.

Der 1. BGH-Strafsenat zieht Parallelen zu § 370 AO, wo zum Vorsatz der Steuerrückziehung gehört, dass der Täter den Steueranspruch dem Grunde und der Höhe nach kennt oder zumindest für möglich hält und ihn auch verkürzen will. Eine sichere Kenntnis des Steueranspruchs setzt der Hinterziehungsvorsatz allerdings weder dem Grunde noch der Höhe nach voraus. Nach Ansicht des 1. BGH-Strafsenats besteht kein sachlicher Grund für eine vorsatz- und irrtumsdogmatische Ungleichbehandlung von Arbeitgeberstellung i. S. v. § 266a StGB und Pflichtenstellung i. S. v. § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO. Sowohl § 266a Abs. 1 bis 3 StGB – mit Ausnahme von § 266a Abs. 2 Nr. 1 StGB – als auch § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO stellen echte Unterlassungsdelikte dar, die sich in der Tatbestandsausformung dogmatisch nicht unterscheiden. Bei derartigen Sonderdelikten, die durch Unterlassen begangen werden, muss der Vorsatz nach Ansicht des 1. BGH-Strafsenats die (handlungs-)pflichtbegründenden Umstände umfassen.

Während bei § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO der die Erklärungspflicht begründende Umstand in der „Steuerobjektstellung“ liegt, handelt es sich im Bereich des § 266a StGB bei der Arbeitgeberstellung um den (abgabe-)pflichtbegründenden Umstand. Ob eine Person „Arbeitgeber“ ist, richtet sich nach dem Sozialversicherungsrecht. Der Beurteilung, die aufgrund einer Vielzahl von Kriterien zu erfolgen hat (u. a. das Maß der Eingliederung des die Dienste Leistenden in den Betrieb, das Bestehen eines Direktionsrechts bezüglich Zeit, Dauer, Ort und Ausführung der Dienstleistung, das Vorliegen eines eigenen unternehmerischen Risikos des die Dienste Leistenden), kann eine komplexe Wertung zugrunde liegen, wobei sich die Ergebnisse – wie selbst der BGH konstatiert – nicht immer sicher vorhersehen lassen.

Entscheidend für die Abgrenzung von unselbstständiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit sind – ausgehend vom Vertragsverhältnis der Beteiligten – die tatsächlichen Gegebenheiten der „gelebten Beziehung“, die einer wertenden Gesamtbetrachtung zu unterziehen sind (BGH 13.12.18, 5 StR 275/18).

MERKE | Ob ein Arbeitgeber seine entsprechende Stellung und das Bestehen hieraus folgender sozialversicherungsrechtlicher Abführungspflichten für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen hat, muss vom Tatgericht im Rahmen der Beweiswürdigung im Einzelfall anhand der konkreten Tatumstände geklärt werden.

1. Strafsenat des BGH zieht Parallelen zu § 370 AO

Ob jemand Arbeitgeber ist, richtet sich nach dem Sozialversicherungsrecht